

ANTONIO ALBERTO VIOLI

# LA FALSA DENUNCIA EN EL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN FAMILIAR

**Delitos - Efectos - Responsabilidad**

El régimen comunicacional.

Derecho de comunicación. Protección del interés superior del niño.

Suspensión y supresión del régimen comunicacional.

Síndrome de alienación parental.

Estadísticos descriptivos (frecuencias y porcentajes) con gráficos

**Impedimento de contacto.**

Dispositivo legal. Agravantes.

**El delito de falsa denuncia.**

Consecuencias. Estigmatización del denunciado.

Criterios para determinar la responsabilidad del cónyuge denunciado.

**Abuso sexual simple.**

Modalidades, características y complejidad del delito.

**LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL.**

**JURISPRUDENCIA COMPLETA.**



© 2021 - **EDICIONES D&D S.R.L.**  
Av. Córdoba 1522, 3º Piso - Buenos Aires  
Tel.: (011) 4519-8204  
[www.edicionesdyd.com.ar](http://www.edicionesdyd.com.ar)  
[info@edicionesdyd.com.ar](mailto:info@edicionesdyd.com.ar)  
[facebook.com/edicionesdyd](https://facebook.com/edicionesdyd)

*Queda prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio de impresión, en forma idéntica, extractada o modificada; en castellano o en cualquier otro idioma.*

Impreso en Argentina

Hecho el depósito de la ley 11.723

ANTONIO ALBERTO VIOLI

# LA FALSA DENUNCIA EN EL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN FAMILIAR

**Delitos - Efectos - Responsabilidad**

El régimen comunicacional.

Derecho de comunicación. Protección del interés superior del niño.

Suspensión y supresión del régimen comunicacional.

Síndrome de alienación parental.

Estadísticos descriptivos (frecuencias y porcentajes) con gráficos

**Impedimento de contacto.**

Dispositivo legal. Agravantes.

**El delito de falsa denuncia.**

Consecuencias. Estigmatización del denunciado.

Criterios para determinar la responsabilidad del cónyuge denunciado.

**Abuso sexual simple.**

Modalidades, características y complejidad del delito.

**LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL.**

**JURISPRUDENCIA COMPLETA.**





# ÍNDICE INTERACTIVO

<u>Introducción.....</u>	13
--------------------------	----

## CAPÍTULO I RÉGIMEN COMUNICACIONAL

<u>§ 1.1. Protección del interés superior del niño.....</u>	17
<u>§ 1.1.1. Convenciones internacionales.....</u>	18
<u>§ 1.1.2. Constitución Nacional.....</u>	25
<u>§ 1.1.3. Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes N° 26.061.....</u>	27
<u>§ 1.2. El derecho de comunicación.....</u>	29
<u>§ 1.2.1. Antecedentes y definición.....</u>	29
<u>§ 1.2.2. Regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación.....</u>	31
<u>§ 1.3. Régimen comunicacional.....</u>	33
<u>§ 1.3.1. Diferencias entre el Código Civil y Comercial de la Nación y el Código Civil derogado.....</u>	33
<u>§ 1.3.2. Concepto de régimen comunicacional.....</u>	35
<u>§ 1.3.3. Características del régimen comunicacional.....</u>	38
<u>§ 1.3.4. Modalidades.....</u>	39
<u>§ 1.3.5. Organizaciones de padres en defensa de un régimen comunicacional pleno .....</u>	43
<u>§ 1.3.6. Pautas para fijar el régimen comunicacional.....</u>	45
<u>§ 1.3.7. Jurisprudencia.....</u>	50
<u>§ 1.4. Legislación en países de la región.....</u>	58
<u>§ 1.4.1. Bolivia.....</u>	58
<u>§ 1.4.2. Brasil.....</u>	58
<u>§ 1.4.3. Chile.....</u>	60
<u>§ 1.4.4. Paraguay.....</u>	60
<u>§ 1.4.5. Uruguay.....</u>	61

**CAPÍTULO II**  
**SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL**

<u>§ 2.1. Concepto.....</u>	63
<u>§ 2.2. Reconocimiento de problemas entre el niño y sus cuidadores en documentos internacionales.....</u>	65
<u>§ 2.2.1. Organización Mundial de la Salud.....</u>	66
<u>§ 2.2.2. Asociación Americana de Psiquiatría.....</u>	66
<u>§ 2.3. Clasificación.....</u>	67
<u>§ 2.3.1. Casos severos de SAP.....</u>	68
<u>§ 2.3.2. Casos moderados de SAP.....</u>	69
<u>§ 2.3.3. Casos leves del SAP.....</u>	69
<u>§ 2.4. Manifestación del SAP .....</u>	70
<u>§ 2.5. Niño alienado.....</u>	73
<u>§ 2.6. Padres alienadores.....</u>	77
<u>§ 2.7. Testimonio de niños alienados.....</u>	80
<u>§ 2.8. Irreparabilidad de los daños generados por el SAP.....</u>	84
<u>§ 2.9. Regulación en Brasil y en México.....</u>	90
<u>§ 2.9.1. Brasil.....</u>	90
<u>§ 2.9.2. México.....</u>	92
<u>§ 2.10. Descripción y análisis porcentual de fallos.....</u>	94
<u>§ 2.11. Jurisprudencia .....</u>	98

**CAPÍTULO III**  
**IMPEDIMENTO DE CONTACTO**

<u>§ 3.1. Antecedentes legislativos.....</u>	103
<u>§ 3.2. Dispositivo legal.....</u>	103
<u>§ 3.2.1. Tipo objetivo.....</u>	104
<u>§ 3.2.2. Tipo subjetivo.....</u>	106
<u>§ 3.2.3. Bien jurídico protegido.....</u>	107
<u>§ 3.2.4. Sujetos.....</u>	109
<u>§ 3.2.4.1. Sujeto activo.....</u>	109
<u>§ 3.2.4.2. Sujeto pasivo.....</u>	111

<u>§ 3.2.5. Consumación.....</u>	112
<u>§ 3.2.6. Agravante.....</u>	112
<u>§ 3.2.7. Mudanza de domicilio del niño sin autorización.....</u>	112
<u>§ 3.3. Jurisprudencia.....</u>	114

## CAPÍTULO IV DELITO DE FALSA DENUNCIA

<u>§ 4.1. Dispositivo legal.....</u>	121
<u>§ 4.2. Antecedentes históricos.....</u>	121
<u>§ 4.3. Antecedentes legislativos.....</u>	124
<u>§ 4.3.1. Ausencia de tipificación.....</u>	124
<u>§ 4.3.2. Ley 13.569.....</u>	125
<u>§ 4.4. Descripción del tipo penal.....</u>	127
<u>§ 4.4.1. El tipo objetivo.....</u>	127
<u>§ 4.4.1.1. Acción típica.....</u>	127
<u>§ 4.4.1.2. Sujeto activo.....</u>	130
<u>§ 4.4.2. El tipo subjetivo.....</u>	130
<u>§ 4.4.3. Bien jurídico protegido.....</u>	131
<u>§ 4.5. Consumación.....</u>	134
<u>§ 4.6. Falsa denuncia y calumnia.....</u>	134
<u>§ 4.7. Jurisprudencia.....</u>	139
<u>§ 4.8. Legislación en países de la región.....</u>	148
<u>§ 4.8.1. Bolivia.....</u>	148
<u>§ 4.8.2. Brasil.....</u>	149
<u>§ 4.8.3. Chile.....</u>	150
<u>§ 4.8.4. Paraguay.....</u>	150
<u>§ 4.8.5. Uruguay.....</u>	150

## CAPÍTULO V DELITO DE ABUSO SEXUAL SIMPLE

<u>§ 5.1. Introducción.....</u>	153
<u>§ 5.2. Dispositivo legal.....</u>	153

<u>§ 5.3. Antecedentes legislativos.....</u>	153
<u>§ 5.4. Bien jurídico protegido.....</u>	154
<u>§ 5.5. La acción típica.....</u>	156
<u>§ 5.6. Tesis sobre los actos que constituyen el abuso sexual.....</u>	158
<u>§ 5.6.1. Doctrina subjetivista.....</u>	158
<u>§ 5.6.2. Doctrina objetivista.....</u>	158
<u>§ 5.7. Modalidades del abuso sexual.....</u>	159
<u>§ 5.7.1. Víctima menor de trece años.....</u>	159
<u>§ 5.7.2. Uso de violencia.....</u>	160
<u>§ 5.7.3. Uso de amenaza.....</u>	161
<u>§ 5.7.4. Abuso coactivo de una relación de dependencia, autoridad o poder.....</u>	162
<u>§ 5.7.5. Víctima sin consentimiento libre.....</u>	162
<u>§ 5.8. Consumación y tentativa.....</u>	163
<u>§ 5.9. Abuso sexual infantil.....</u>	164
<u>§ 5.9.1. Complejidad.....</u>	164
<u>§ 5.9.2. Falsa denuncia de abuso sexual infantil.....</u>	164
<u>§ 5.9.3. Crítica a la versión canónica.....</u>	166
<u>§ 5.9.4. Jurisprudencia.....</u>	168
<u>§ 5.10. Legislación en países de la región.....</u>	174
<u>§ 5.10.1. Bolivia.....</u>	174
<u>§ 5.10.2. Brasil.....</u>	175
<u>§ 5.10.3. Chile.....</u>	175
<u>§ 5.10.4. Paraguay.....</u>	176
<u>§ 5.10.5. Uruguay.....</u>	177

## CAPÍTULO VI

### CONSECUENCIAS DE LA FALSA DENUNCIA DE ABUSO SEXUAL Y DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL DENUNCIADO

<u>§ 6.1. Consecuencias de la falsa denuncia de abuso sexual.....</u>	179
<u>§ 6.1.1. Enfrentar un proceso judicial.....</u>	179
<u>§ 6.1.2. Ser estigmatizado por la sociedad.....</u>	180
<u>§ 6.1.3. Afectación del vínculo paterno-filial.....</u>	186
<u>§ 6.1.3.1. Suspensión del régimen comunicacional.....</u>	188

§ 6.1.3.2. Supresión del régimen comunicacional.....	189
§ 6.2. Criterios para determinar la responsabilidad del denunciado.....	192
§ 6.2.1. Presunción de inocencia.....	193
§ 6.2.2. Plazo razonable.....	196
§ 6.2.3. Determinación de los hechos.....	199
§ 6.2.4. Valoración de la prueba.....	203
§ 6.2.4.1. Verdad en el proceso penal.....	205
§ 6.2.4.2. Certeza, probabilidad y duda.....	207
§ 6.2.4.3. Bloques y enfoques para la valoración de la prueba....	209
§ 6.2.4.4. Indicios.....	211
§ 6.2.4.5. Estándares de prueba.....	215
§ 6.2.4.6. Garantías y prohibiciones.....	220
§ 6.2.5. Motivación de la prueba.....	223
§ 6.3. Pruebas para determinar la responsabilidad del cónyuge imputado.....	224
§ 6.3.1. Testimonio del menor.....	225
§ 6.3.2. Suficiencia de la pericia psicológica.....	230
§ 6.4. Jurisprudencia.....	238

## CAPÍTULO VII CONCLUSIONES

§ 7.1. Conclusiones y propuestas.....	247
Anexo I. Resolución FG N° 304/2018.....	251
Anexo II. Causas asignadas y resoluciones emitidas.....	255
Anexo III. Resoluciones de primera instancia, segunda instancia y tribunales supremos.....	257
Bibliografía.....	263



## INTRODUCCIÓN

Un padre no puede borrar al otro de la vida de su hijo. No puede hacerlo porque esto genera un daño irreversible en el menor. Las niñas y los niños no son objetos ni propiedad de sus padres y tienen derecho a ser felices y a disfrutar la vida con ambos progenitores. Si bien pueden existir problemas entre los cónyuges, los niños no pueden dejar de mantener contacto con estos. Basta de falsas denuncias, de violencia infantil, de lágrimas, de experiencias no vividas, de cumpleaños no celebrados, de abrazos y de besos no dados por el mero capricho de uno de los cónyuges.

Los problemas que se presentan durante la separación de los cónyuges se proyectan en la relación que estos mantienen con sus hijos. Esta situación viene acompañada por un conflicto respecto a la determinación y al cumplimiento efectivo del régimen comunicacional. La problemática en que se ven envueltos los cónyuges repercute en el desarrollo de los menores, pues estos no podrán mantener una relación fluida con ambos progenitores. Esta situación se agudiza cuando el progenitor conviviente manipula al menor para rechazar al otro cónyuge. A esto se suma que la relación conflictiva de los progenitores puede desembocar en graves acusaciones, tales como las falsas denuncias de abuso sexual infantil, con el único fin de desprestigiar al cónyuge no conviviente y evitar que este establezca un vínculo paterno-filial con sus hijos. Los hechos descritos afectan gravemente la relación entre el menor y el cónyuge no conviviente a tal punto de generar un alejamiento definitivo entre estos y romper el vínculo paternofilial que los une.

El tema abordado es de carácter muy complejo, ya que involucra derechos de los menores, quienes a pesar de no ser responsables del conflicto entre los progenitores se ven afectados de una manera especial. Conviene precisar que la separación entre los miembros de la familia genera un periodo de transición para el niño, pues el vínculo que mantenía con sus padres ya no será el mismo. Este cambio resulta adverso cuando ambos cónyuges se entrampan en una batalla motivada por cuestiones personales en la que consideran que el niño es un trofeo.

En este contexto, los cónyuges acuden a la vía judicial para que el juez establezca un régimen comunicacional. Frente a esta situación que pone en riesgo el bienestar de los menores, surge la necesidad de que los jueces de familia prioricen el interés superior del niño y que solo en situaciones excepcionales el juez suspenda o suprima el régimen comunicacional.

Sobre la base de la problemática expuesta, consideramos conveniente formular los siguientes interrogantes: ¿qué efectos genera la interposición de una falsa denuncia de abuso sexual en el régimen comunicacional?, ¿existe la posibilidad de modificar el régimen comunicacional cuando se comprueba que el cónyuge no conviviente ha sido falsamente denunciado?, ¿qué actuaciones debe realizar el juez para garantizar el régimen de comunicación cuando se presenta una situación de manipulación del menor?

El objetivo que pretendemos alcanzar con la presente investigación consiste en establecer los efectos que genera la falsa denuncia de abuso sexual interpuesta por el cónyuge conviviente contra el otro cónyuge en el cumplimiento del régimen comunicacional. Cabe precisar que este trabajo se centra en las denuncias realizadas en una situación en la que los cónyuges se encuentran en conflicto a raíz de un divorcio. En este sentido, desarrollamos aspectos referidos al régimen comunicacional, el síndrome de alienación parental, el impedimento de contacto, la falsa denuncia, el delito de abuso sexual simple y la determinación de la responsabilidad del denunciado. Estos temas serán abordados sobre la base de estudios normativos, doctrinarios y jurisprudenciales.

La relevancia de esta publicación está en proponer criterios para que los jueces garanticen el derecho de comunicación entre padres e hijos y establezcan soluciones rápidas y prácticas. Consideramos que el resguardo del ejercicio de este derecho permitirá la consolidación del vínculo paternofilial y que el régimen comunicacional no se vea afectado por las discrepancias de los cónyuges ni subordinado a las falsas denuncias que uno realice en contra del otro. Asimismo, sostenemos que la fijación de un régimen comunicacional en un plazo razonable beneficiará al niño, el cual tendrá la posibilidad de desarrollarse bajo el cuidado de ambos progenitores. Para cumplir con el objetivo planteado, hemos estructurado el trabajo en siete capítulos cuya descripción vamos a realizar a continuación.

En el Capítulo I abordaremos lo atinente a la protección del interés superior del niño, tanto en la normativa nacional como en la internacional. Asimismo, describiremos los alcances del derecho a la comunicación, el régimen comunicacional, así como las pautas y criterios adoptados para su fijación.

En el Capítulo II abordaremos el síndrome de alienación parental como forma de maltrato infantil. Describiremos el tratamiento que se le ha dado desde diferentes áreas del conocimiento y el tratamiento que los tribunales nacionales vienen dando al respecto. Asimismo, incluiremos un análisis porcentual con respecto a casos en los que se presentan denuncias de abuso sexual y de alienación parental.

Teniendo en cuenta que este tipo de maltrato puede desembocar en hechos como delitos de impedimento de contacto y falsas denuncias, estos serán tratados en el Capítulo III y Capítulo IV, respectivamente.

En el Capítulo V abordaremos el delito de abuso sexual simple. En este sentido, precisaremos su regulación en el Código Penal y la descripción de sus elementos realizada por la doctrina. Asimismo, señalaremos las particularidades del abuso sexual infantil, su desarrollo jurisprudencial y su regulación en el derecho comparado.

En el Capítulo VI abordamos el tema de las consecuencias de la falsa denuncia de abuso sexual y la determinación de la responsabilidad del denunciado. En este apartado describiremos las graves consecuencias que el cónyuge no conviviente debe enfrentar durante el desarrollo del proceso y los criterios que los jueces deben adoptar para determinar su responsabilidad en el delito que se le atribuye.

Finalmente, en el Capítulo VII formularemos las conclusiones y las propuestas a las que hemos arribado durante el desarrollo del presente trabajo.



## CAPÍTULO I

### RÉGIMEN COMUNICACIONAL

#### § 1.1. Protección del interés superior del niño

Las decisiones que adopte el estado con relación a los niños, sean estas administrativas o judiciales, deben realizarse sobre la base de la aplicación del principio de protección del interés superior del niño. Debemos precisar que, en situaciones en las que se establece el régimen comunicacional, los jueces tienen el deber de priorizar la comunicación entre el menor y sus padres. En este sentido, consideramos pertinente que los operadores del derecho deben tener en cuenta los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fornerón e Hija vs. Argentina*. A continuación, citamos los párrafos correspondientes a los criterios establecidos por el citado Tribunal Internacional:

Toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia.

Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que este requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”.

Recientemente, la Corte ha señalado que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características

personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

Por otra parte, esta Corte también ha sostenido que en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades.

Adicionalmente, el Tribunal ha establecido que el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto<sup>1</sup>.

### § 1.1.1. Convenciones internacionales

Los tratados suscritos en materia de derechos humanos tienen rango constitucional en aplicación del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional. En cuanto a la protección de los derechos del niño, estos instrumentos internacionales están orientados a cautelar el interés del niño y a preservar el vínculo entre estos y sus padres.

Sobre el particular Olga Orlandi (2011, p. 187) precisa lo siguiente:

Se han incorporado —con rango constitucional— los derechos humanos al sistema jurídico, lo que obliga a una relectura del Derecho de Familia teniendo en cuenta la supremacía de sus normas. Además marca el techo ideológico que impone principios y límites al legislador en cuanto a la adecuación de sus normas infraconstitucionales. Es así como aparecen nuevos derechos y contenidos nuevos de viejos derechos a los integrantes de las familias.

En los tratados incorporados encontramos principios y disposiciones que delinear la concepción de la familia y las relaciones paterno-filiales. En la materia que nos ocupa —desde esta perspectiva—

---

<sup>1</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Fornerón e Hija Vs. Argentina*, 27 de abril de 2012, párrafos 48, 49, 50, 51 y 52.

destacamos: la democratización de las relaciones de género en la familia y de los vínculos paterno-filiales, el reconocimiento del niño como sujeto de derecho, y el derecho del niño a vivir con sus padres y mantener con ellos una adecuada comunicación. Todo ello unido por un eje conductor que es la protección del “interés superior del niño”.

Conviene precisar que para adoptar una decisión que incida en los menores, los jueces deben aplicar el principio superior del niño. Este se entiende desde una triple dimensión, tal como ha sido señalado en la Observación N° 14 elaborada por el Comité de los Derechos del Niño. En esta se estableció que el interés superior del niño es un concepto triple que incluye lo siguiente.

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

A continuación, citamos artículos de diferentes documentos suscritos por la Argentina en los que se precisa cuál es el rol del Estado para garantizar los derechos del niño y sus relaciones familiares.

## Convención sobre los Derechos del Niño<sup>2</sup>

### Artículo 8

1. *Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.*
2. *Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.*

### Artículo 9

1. *Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*
2. *En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.*
3. *Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.*
4. *Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de*

---

<sup>2</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Aprobada por la ley 23.849 y publicada en el Boletín Oficial del 22/10/1990.

que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

#### Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

#### Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

## Convención Americana Sobre Derechos Humanos<sup>3</sup>

### Artículo 17. Protección a la Familia

1. *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.*
2. *Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.*
3. *El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno conocimiento de los contrayentes.*
4. *Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.*

## Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>4</sup>

### Artículo 5

*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:*

- a) *Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;*
- b) *Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.*

---

<sup>3</sup> Suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica, entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Aprobada por ley 23.054.

<sup>4</sup> Aprobada por la resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1979. Aprobada por ley 23.179, publicada en el Boletín Oficial del 03/06/1985.

d) *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*<sup>5</sup>.

#### Artículo 10

*Los Estados Partes en el presente pacto reconocen que:*

1. *Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.*
2. *Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.*
3. *Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.*

#### Artículo 12

1. *Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.*
2. *Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:*
  - a) *La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;*
  - b) *El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y el medio ambiente;*
  - c) *La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;*
  - d) *La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.*

<sup>5</sup> Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966. Aprobado por Ley N° 23.313, publicada en el Boletín Oficial del 13-may-1986.

## **Pactos Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>6</sup>**

### **Artículo 24**

- 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.*
- 2. Todo niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.*
- 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.*

## **Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>7</sup>**

### **Artículo 25**

- 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.*
- 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.*

## **Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores<sup>8</sup>**

### **Artículo 5**

*A los efectos del presente Convenio:*

- a) El “derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;*
- b) El “derecho de visita” comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.*

---

<sup>6</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Aprobado por Ley 23.313, publicada en el Boletín Oficial del 13/05/1986.

<sup>7</sup> Asamblea General; Resolución 217-A (iii), 10 de diciembre de 1948.

<sup>8</sup> Aprobado por la ley 23.857, publicado en el Boletín Oficial del 31 de octubre de 1990.

### Artículo 3

*El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:*

*a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y*

*b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.*

*El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.*

### Artículo 21

*Una demanda que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la demanda para la restitución del menor.*

*Las Autoridades Centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el Artículo 7º para asegurar el ejercicio pacífico de los derechos de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de esos derechos. Las Autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de esos derechos.*

*Las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dichos derechos y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio de los mismos.*

#### § 1.1.2. Constitución Nacional

Con la reforma constitucional de 1994, el Estado asumió la obligación de proteger la familia. Tal compromiso se estableció expresamente en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Esta modificación del texto constitucional trajo consigo un nuevo paradigma, que implicó el reconocimiento de nuevas relaciones entre los miembros de la familia en las que prima el interés superior del niño.

*Artículo 14 bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.*

*Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.*

*El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.*

Con relación a la incorporación de nuevos paradigmas a partir de la reforma constitucional, Gil Domínguez et al. (2012, pp. 39-40) precisan lo siguiente:

Luego de la reforma constitucional de 1994 y a la luz de los tratados y convenciones que han venido a conformar la nueva redacción del art. 75 inc. 22, la doctrina ha puesto en resalto el surgimiento de nuevos paradigmas en el marco de la evidente interacción entre derechos humanos y derecho de familia.

Estos paradigmas se han erigido como pautas interpretativas tanto a los viejos problemas que acarrea la regulación de la familia, como ante las diversas problemáticas y retos que han estallado en el mundo y han incidido directamente en el derecho de familia, particularmente en las últimas décadas del siglo XX, tales como uniones homosexuales, el transexualismo, la reproducción asistida, entre tantos otros.

### § 1.1.3. Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes N° 26.061<sup>9</sup>

La ley 26.061, de protección de los derechos del niño y adolescente, contiene previsiones específicas sobre la cuestión, tal como detallamos a continuación:

#### Artículo 4. Políticas públicas

*Las políticas públicas de la niñez y adolescencia se elaborarán de acuerdo a las siguientes pautas:*

- a) Fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes;*
- b) Descentralización de los organismos de aplicación y de los planes y programas específicos de las distintas políticas de protección de derechos, a fin de garantizar mayor autonomía, agilidad y eficacia;*
- c) Gestión asociada de los organismos de gobierno en sus distintos niveles en coordinación con la sociedad civil, con capacitación y fiscalización permanente;*
- d) Promoción de redes intersectoriales locales;*
- e) Propiciar la constitución de organizaciones y organismos para la defensa y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.*

#### Artículo 7. Responsabilidad familiar

*La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.*

*El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.*

*Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones.*

#### Artículo 11. Derecho a la identidad

*Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de confor-*

<sup>9</sup> Sancionada el 28/09/2005 y promulgada el 21/10/2005.

*midad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil.*

*Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando estos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley.*

*En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contrarie el interés superior del niño.*

*Solo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.*

#### Artículo 35. Aplicación

*Se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes. 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 dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares.*

#### Artículo 66. Obligaciones

*Las organizaciones no gubernamentales mencionadas en esta ley deben cumplir con los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, Tratados Internacionales sobre los de Derechos Humanos en los que la República Argentina sea parte, y observar los siguientes principios y obligaciones:*

*a) Respetar y preservar la identidad de las niñas, niños y adolescentes y ofrecerles un ambiente de respeto, dignidad y no-discriminación;*

- b) *Respetar y preservar los vínculos familiares o de crianza de las niñas, niños y adolescentes y velar por su permanencia en el seno familiar;*
- c) *No separar grupos de hermanos;*
- d) *No limitar ningún derecho que no haya sido limitado por una decisión judicial;*
- e) *Garantizar el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los asuntos que les conciernan como sujetos de derechos;*
- f) *Mantener constantemente informado a la niña, niño o adolescente sobre su situación legal, en caso de que exista alguna causa judicial donde se pueda tomar una decisión que afecte sus intereses, y notificarle, en forma personal y a través de su representante legal, toda novedad que se produzca en forma comprensible cada vez que la niña, el niño o el adolescente lo requiera;*
- g) *Brindar a las niñas, niños y adolescentes atención personalizada y en pequeños grupos;*
- h) *Ofrecer instalaciones debidamente habilitadas y controladas por la autoridad de aplicación respecto de las condiciones edilicias, salubridad, higiene, seguridad y confort;*
- i) *Rendir cuentas en forma anual ante la autoridad de aplicación, de los gastos realizados clasificados según su naturaleza; de las actividades desarrolladas descriptas en detalle; de las actividades programadas para el siguiente ejercicio descriptas en detalle, su presupuesto, los gastos administrativos y los recursos con que será cubierto. Se dará cuenta también de las actividades programadas para el ejercicio vencido que no hubieran sido cumplidas, y las causas que motivaron este incumplimiento.*

## § 1.2. El derecho de comunicación

### § 1.2.1. Antecedentes y definición

El derecho a la comunicación tiene su origen en Francia, país en el que se señaló que la restricción de las visitas de los abuelos a los nietos no era un acto discrecional. Sobre el particular, Rivero Hernández (1997, p.42) refiere lo siguiente:

Los tribunales franceses hasta mediados de hasta mediados del XIX se mostraron reticentes, y varias *Cours d' Appel* se negaron a autorizar a los abuelos a visitar a sus nietos contra la voluntad del

padre, razonando que ello suponía un atentado inadmisibile contra los derechos de patria potestad, y en particular del artículo 374 del *Code* [...].

La Cour de Cassation francesa cambió de orientación y abrió un mayor camino en su sentencia de 8 de julio de 1857 (en la que casada la de Montpellier de 17 de febrero de 1855), considerada como la primera y fundamental en el largo íter jurisprudencial de configuración de nuestra institución. En aquella resolución, si bien se reconoce aún que en principio el padre puede prohibir a sus hijos “la visita de personas, incluso de su familia, cuya influencia, creería poder temer”, afirma luego que ese derecho no es discrecional, y a menos que haya motivos graves y legítimos, de los que el padre no puede ser “el único soberano y juez”, no puede oponerse a las relaciones de sus hijos, con los abuelos de estos.

Se trata de un deber-derecho subjetivo familiar de contenido extrapatrimonial que le impone el deber y a su vez le otorga la facultad a su titular a mantener un trato próximo, directo, fluido, regular, frecuente, por diferentes modos y medios (ya sea personalmente o por medios escritos, telefónicos, audiovisuales, electrónicos u otros) con sus hijos menores de edad (Kemelmajer de Carlucci et al., 2014).

Para Julia Rossi et al. (2011, p.132):

La esencia del derecho a mantener una adecuada comunicación paternofilial es la preservación del vínculo, ya que tiende a la conservación y subsistencia del lazo familiar y afectivo. Es decir, mediante este derecho se procura que el emplazamiento en el estado de hijo trasciende más allá de sus consecuencias jurídicas y adquiera un contenido real, efectivo y eficaz.

Por su parte, Olga Orlandi (2011) señala que este derecho implica tanto al hijo como al padre no conviviente:

El derecho a la comunicación es una facultad que tienen el hijo y el progenitor que no ejerce la guarda de relacionarse con él.

Ese derecho subjetivo familiar se establece para garantizar la satisfacción del progenitor y del hijo constituye simultáneamente un deber jurídico.

En relación al padre es un derecho instrumental que se concede para facilitar la observancia de un deber correlativo a través del control de la educación y formación del niño, de su asistencia emocional y material, de la conservación de un trato fluido y de la transmisión de sentimientos de afecto.

En consecuencia, el derecho de comunicación –que comprende el del padre no conviviente de visitar y frecuentar a sus hijos– importa el deber jurídico del progenitor de brindar cuidado, educación, etc. (Orlandi, 2011, p. 186)

Asimismo, la autora agrega:

Ante la falta de convivencia, en caso de disolución de la unión o el matrimonio, deben adoptarse medidas que aseguren la protección necesaria a los hijos y su derecho a una adecuada comunicación con sus padres. El niño separado de uno o de ambos padres tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos de modo regular, salvo si ello es contrario al interés del niño. Por otro lado debe asegurarse dicha comunicación al progenitor que no convive con el hijo para que pueda cumplir con el deber jurídico de brindarle los cuidados y educación delineados en la ley. (Orlandi, 2011, p. 212)

Para Mónica Assandri et al. (2011), este es un derecho subjetivo familiar y precisa sus alcances en los siguientes términos:

El derecho de comunicación es un derecho del hijo y no solo del progenitor o los parientes que no viven con él.

Se trata de un derecho subjetivo familiar de doble manifestación y para el menor implica el derecho a gozar de una frecuente comunicación con quienes tenga vínculos afectivos significativos estructurantes de su personalidad. (p. 55)

Siguiendo esta línea, Alejandro Ossola (2011, p. 444) precisa:

El derecho de visitas no solo es una potestad establecida a favor de los progenitores sino un derecho-función que tiene igualmente por sujetos a los hijos menores, ya que la cuestión a resolver se encuentra estrechamente vinculada con los deberes que le competen a aquellos y el interés de los menores.

### § 1.2.2. Regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación

El derecho de comunicación a favor de familiares se encuentra mencionado expresamente en el artículo 555 del CCCN, pues en este se reconoce su legitimidad para ejercer este derecho. Asimismo, en el artículo 556 se establece que los titulares de un interés afectivo legítimo también pueden solicitarlo. Para completar estas disposiciones, en el artículo 557 se reconoce la facultad del juez para hacer eficaz el régimen de comunicación.

**ARTÍCULO 555. Legitimados. Oposición.**

*Los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de estos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado. Si se deduce oposición fundada en posibles perjuicios a la salud mental o física de los interesados, el juez debe resolver lo que corresponda por el procedimiento más breve que prevea la ley local y establecer, en su caso, el régimen de comunicación más conveniente de acuerdo a las circunstancias.*

**ARTÍCULO 556. Otros beneficiarios.**

*Las disposiciones del artículo 555 se aplican en favor de quienes justifiquen un interés afectivo legítimo.*

**ARTÍCULO 557. Medidas para asegurar el cumplimiento.**

*El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia.*

Con relación al artículo 555, Rodolfo Jáuregui (2016, p. 180) refiere:

Este último deja explícitamente mencionados de manera taxativa quiénes son los que tienen derecho a que se les permita la comunicación, o sea, los legitimados: ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales y unilaterales y parientes por afinidad en el primer grado.

Tanto cuidado, parece carecer de sentido o desvanecerse, porque en el artículo 556 del CCCN se le concede igual derecho a quienes justifiquen un “interés legítimo afectivo”, sin exigir otro recaudo. Refiere a todo sujeto unido al niño o adolescente por lazos fundados en el amor o el cariño, siempre —obviamente— que sean legítimos.

Parecería que supone la norma que los parientes mencionados portan en todos los casos un interés afectivo legítimo, y que los “otros beneficiarios” tienen la anunciada carga de justificarlo.

En los artículos 646 y 652 del CCCN se establece el rol que corresponde a los progenitores. En este sentido, en el artículo 646 se reconoce el deber de los padres a facilitar las relaciones personales de los hijos con parientes o personas con las que tengan un vínculo afectivo, mientras que en el artículo 652 se reconoce este deber derecho al cónyuge no conviviente.

*Artículo 646.- Enumeración. Son deberes de los progenitores:*

*a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo;*

*b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo;*

*c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos;*

*d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos;*

*e) respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo;*

*f) representarlo y administrar el patrimonio del hijo.*

*Artículo 652.- Derecho y deber de comunicación.*

*En el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo.*

### § 1.3. Régimen comunicacional

#### § 1.3.1. Diferencias entre el Código Civil y Comercial de la Nación y el Código Civil derogado

Dentro de las modificaciones que introdujo el Código Civil y Comercial de la Nación en las relaciones entre padres e hijos, debemos destacar que esta se desarrolló sobre la base del paradigma de que los hijos no son propiedad de los padres y que en las decisiones judiciales deben primar el interés del niño y el fortalecimiento del vínculo entre padres e hijos para garantizar el desarrollo integral de estos últimos.

Respecto de las diferencias entre el Código Civil derogado y el Código Civil Comercial, Mauricio Mizrahi (2015, p. 521) precisa lo siguiente:

En nuestro país, si bien el artículo 264, inciso 2, del derogado Cód. Civil, regulaba el derecho del progenitor de tener adecuada comunicación con el hijo y supervisar su educación, otros preceptos hacían alusión a la palabra visitas. Así, el artículo 376 bis, del mismo Código, señalaba que los padres debían permitir la visita” de determinados parientes y preveía la facultad del juez de fijar el régimen de visitas más conveniente; expresión también contenida en el artículo 236, que mencionaba la posibilidad de que la demanda conjunta de divorcio contenga acuerdos sobre régimen de visitas de los hijos. Asimismo, el artículo 34, inciso 1, párrafo 2, del Cód. Procesal Civil y Comercial, determina —cuando se refiere a los juicios de divorcio, separación personal y nulidad de matrimonio— que “*el juez tratará*

*de reconciliar a las partes sobre cuestiones relacionadas con la tenencia de hijos, régimen de visitas y atribución del hogar conyugal”.*

Mizrahi es uno de los autores que considera conveniente el cambio de la expresión *régimen de visitas* por el de *régimen de comunicación*. En este sentido, precisa lo siguiente:

Con gran acierto, el Código Civil y Comercial eliminó de su texto la expresión visitas. En efecto, la Sección 2° (título IV) se denomina “*Derecho de comunicación*”, y el artículo 555, de esa sección, menciona las palabras régimen de comunicación. A su vez el artículo 652 del mismo Código alude al derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo; y el artículo 646, inciso e, hace referencia a respetar el derecho del hijo a mantener relaciones personales. Los Fundamentos del Anteproyecto expresan que “se modifica la terminología legal y se sustituye la expresión ‘visitas’ por la de ‘derecho de comunicación’, al involucrar por igual a dos personas que no se visitan sino que se relacionan, se comunican, y profundizan vínculos afectivos fundados, principalmente, en el parentesco”. (2015, p. 524)

Siguiendo esta línea, Gabriel Tavip (2011, p. 341) sostiene:

Sin lugar a dudas la denominación tradicional “derecho de visitas” no expresa toda la amplitud de esta prerrogativa, ya que no se trata solo de ver periódicamente a los hijos y al padre/madres, sino que va más allá e implica tratarlos y mantener con ellos relaciones afectuosas, cultivando una recíproca y sincera comunicación; de allí la importancia de las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que son fijadas.

Así, entiendo que ese “derecho de visitas” o la “adecuada comunicación” se vincula con ese conjunto de relaciones que se pueden llegar a entablar entre dos personas —una de ellas menor de edad—, que no conviven y entre las cuales existe una relación paternofilial y a través de su ejecución se tratará de establecer una vinculación o adecuada comunicación entre esas dos personas.

Con relación a la sustitución de régimen de visitas por el de derecho-deber de comunicación, Rodolfo Jáuregui señala:

Remplazó el conocido y lejano “derecho de visitas”. Que colocaba claramente al no conviviente en un incómodo y secundario lugar de extraño, ajeno a la familia, prácticamente en una situación similar y análoga a la de huésped, considerada una persona alojada en casa ajena. En efecto, el niño no es ajeno a la casa de su padre o de su madre no convivientes. (2016, p. 183)

Asimismo, especifica el sentido del artículo 652 del CCCN y precisa lo siguiente:

El artículo 652 del CCCN regula *el derecho y deber de comunicación*. Inexplicablemente antepone de forma prioritaria la condición de ser un derecho por sobre la de constituirse en un deber, quizás como resabio prácticamente imperceptible de la antigua concepción. Contempla que “en el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo”. También cualifica – dando privilegios en la consideración judicial para evaluar la idoneidad– la actitud de quien facilita el contacto con el otro progenitor (art. 653), respecto del que no adopta esa actitud, como ya fuera analizado recién, y *el de informar*, antes referido (art. 654). (Jáuregui, 2016, pp. 177-178)

### § 1.3.2. Concepto de régimen comunicacional

Mizrahi (2015, p. 518) señala que el régimen de comunicación consiste en: “Ver y tratar periódicamente a personas menores de edad, o a mayores de edad limitados en su capacidad, inhabilitados, impedidos o enfermos y, con el objeto de conservar y cultivar las relaciones personales emergentes de esos contactos”.

En cuanto a su finalidad, Mizrahi (en Marconi et al. 2011, p. 132) precisa:

Dentro de las alternativas normalmente conflictivas que devienen de la ruptura, el instituto bajo estudio persigue el mantenimiento de una natural y adecuada comunicación del hijo con el progenitor con quien no convive, consultando siempre el beneficio del niño. Procura impedir la disgregación familiar, fomentar y consolidar la coparentalidad, con la intención de que dicha relación se semeje lo más posible al contacto que existiría de una familia unida.

Asimismo la existencia de un vínculo jurídico afectivo fluido asegura el cumplimiento armónico de los derechos-deberes subjetivos familiares que se derivan de la responsabilidad parental.

Por otra parte resulta oportuno advertir que la finalidad descripta no solo es beneficiosa para el progenitor y el hijo, sino que alcanza en mayor o menor grados a los demás miembros de la familia, proyectándose de manera inevitable a la sociedad.

Con relación a la manifestación del derecho de comunicación, Belluscio (2010) sostiene que existen diferentes posibilidades para su ejercicio y que este guarda relación con el desarrollo tecnológico de los medios de comunicación:

El derecho de comunicación paternofamiliar se manifiesta no solo en el contacto físico entre padre e hijo (el derecho de “visitas” propiamente dicho), sino también a través de conversaciones telefónicas y comunicación postal y, en la actualidad, mediante el envío de *e-mail*, mensajes de texto, de fotos vía internet, mensajes instantáneos, o sesiones de chat o videoconferencia.

Por lo tanto, también se estará violando el derecho-deber que tiene tanto el progenitor no conviviente como los hijos menores de edad, si se frustra u obstaculiza la comunicación entre ambos por los medios precitados, aun cuando se permita el contacto físico en los días determinados o acordados. (p. 50)

En cuanto a la relación entre el régimen de visitas y la tenencia, precisa lo siguiente:

El régimen de visitas se encuentra indudablemente relacionado con la tenencia o guarda (por usar la terminología tradicional) que ostenta el progenitor conviviente con el hijo menor de edad.

Por un lado, como la contracara de esa tenencia, es decir, el derecho que le incumbe al progenitor que no ostenta esa tenencia y, por ende no convive con el hijo, para tener contacto con aquél.

Pero también se relaciona con una tendencia judicial y doctrinaria enmarcada en la posibilidad de asignar la tenencia a aquel de los padres que mejor garantice el derecho de contacto y comunicación entre el hijo y el otro progenitor.

Asimismo, la negativa o la obstrucción del contacto a que tiene derecho el padre no conviviente respecto de su hijo, podrá traer aparejado el cambio de la tenencia de este último. (Belluscio, 2010, p. 53)

Mizrahi refiere que, una vez producida la ruptura de la pareja, se presentarán dos situaciones distintas para definir la guarda de los niños:

Con la ruptura de la unión, inevitablemente acontecerá un desmembramiento de la llamada guarda de los hijos, que generará una suerte de *modalización* de los deberes que pesan sobre los padres. En efecto, ante ese nuevo cuadro dos son las situaciones posibles. Una es el esquema más tradicional en nuestro país; esto es, cuando se generan dos figuras que son propias del estado de separación de los padres: el cuidado personal principal o continuo a cargo de uno, y el régimen de comunicación a favor del otro, quien tendrá el cuidado secundario o discontinuo del hijo común.

Empero, *otra* puede ser la situación, y se presentará cuando los padres convengan –o se decida judicialmente conferir a ellos– una

guarda alternativa o compartida alternada de los hijos [...], desapareciendo pues de la escena el que denominamos progenitor discontinuo que solo contaba con un tiempo secundario junto a su hijo. Al respecto adviértase que también en esas hipótesis se originará un desmembramiento de la guarda o del cuidado personal, dado que de todos modos no se verificará un cuidado simultáneo de los progenitores sobre los niños. Ya señalábamos que en estos casos también ha de jugar un régimen de comunicación, pero no será en relación a un solo padre sino respecto de ambos (2015, p. 520).

Por su parte, Rivero Hernández (1997, p. 187) señala:

Lo que ahora conocemos por derecho *de visita* —expresión notoriamente insuficiente, como dije en su momento— es ante todo un derecho y un régimen de relaciones lo más amplias y profundas posibles entre titular y menor (salvo otra concreción judicial), para lo que las “visitas” *stricto sensu* apenas valen, y que son hoy en la mayoría de los casos solo una forma residual y alternativa cuando no caben otras formas de relación y comunicación (por enfermedad o corta edad del menor, por ejemplo). La convivencia del titular con el menor, el “tenerlos en su compañía” fuera del ámbito del guardador jurídico, sea unas horas, un fin de semana, varios días o semanas, es ya la forma de presentación más habitual, típica (en sentido real y jurídico), de nuestra institución, que apenas solo difieren entre sí en el aspecto temporal (duración de tales formas de visita o convivencia), mas en todas ellas se da el mismo tipo de sustracción del menor (más material que jurídica en su alcance) a la guarda y poder de su guardador.

Julia Rossi et al. (2011, p. 129) sostienen:

Teniendo en cuenta que este derecho solo puede ser ejercido en función o subordinado al interés prevalente del niño, el cual es a la vez límite y punto de referencia del mismo, participa de los caracteres propios del derecho de familia, en cuanto se trata de un derecho-deber o derecho-función, con predominio de intereses ajenos a los de su titular formal, prevaleciendo el aspecto de deber sobre el de derecho.

Por lo expresado, todas las actuaciones de su titular son funcionales, puesto que no pueden ser ejercidas sino en vistas de la realización del fin que está en la base de su concesión: favorecer las relaciones humanas y la corriente afectiva entre el titular y el niño, prevaleciendo en todos los casos el interés superior de este último.

### § 1.3.3. Características del régimen comunicacional

#### a) Recíproco

Las relaciones que se establecen entre los padres e hijos implican la existencia de un vínculo de reciprocidad. Esto guarda relación con un proceso de retroalimentación que se concretiza en la interacción entre el padre no conviviente y el menor.

Sobre el particular, Mariano Otero (2012, p. 179) refiere:

Las vinculaciones que intentan salvarse o restablecerse mediante la fijación de un régimen de visitas, hace que se trate de un derecho-deber recíproco.

No puede soslayarse que se fija a favor de quien visita como de quien es visitado. El caso más común es el de la relación paternofilial, en la cual no solo se fija a favor de quien no ejerce la tenencia, sino principalmente de los hijos.

La citada reciprocidad es la que permite que un pedido de régimen de visitas sea iniciado por un hijo respecto a su padre no conviviente, o de una incapaz para visitar a un pariente (ej. abuelo).

Con relación a esta característica, para Julia Rossi et al. (2011, p. 16):

Subyace al régimen comunicacional fijado judicial o convencionalmente, una relación jurídica que en esencia se mantiene entre el niño y la persona con quien se comunica. Sin embargo también se vincula, de manera inevitable, el guardador jurídico del menor, pues es él quien tiene que consentir, permitir y facilitar dicha comunicación. En consecuencia, la relación que determina la fijación de un régimen comunicacional, involucra a tres personas implicadas en forma diferente.

#### b) Irrenunciable

El derecho del padre no conviviente y del menor es irrenunciable, pues el vínculo que los une no puede estar sujeto a algún acuerdo que establezca su no ejercicio por alguna de las partes.

Otero (2012, p. 180) refiere: “Cualquier acuerdo celebrado entre los progenitores de un menor en el que uno renuncie a su derecho a visitar a su hijo o el hijo a visitar a uno de ellos será inválida y acarreará su nulidad”.

#### c) Modificable

El régimen comunicacional entre padres e hijos no es estático en el tiempo, pues este puede variar en función de las circunstancias que se presenten en el caso en concreto.

En este sentido, tal como sostiene Otero, el régimen de comunicaciones es de carácter provisorio. En palabras del citado autor:

Toda decisión que recaiga en un juicio sobre régimen de visitas es de naturaleza provisorio, toda vez que lo decidido hoy, puede no resultar conveniente mañana y dar lugar a transformaciones sustanciales. Por ese motivo pueden ser modificadas cuando las circunstancias y el interés de los menores así lo aconsejen. (Otero, 2012, p. 181)

Por su parte, Mizrahi (2015, p. 530) sostiene:

Todo régimen de contacto y de relaciones personales, tiene —como máximo— una vigencia *rebus sic stantibus*, pues variada la plataforma práctica en virtud de la cual se determinó la modalidad de la relación, esta debe también modificarse. Más aún, ni siquiera es necesario que se presenten nuevas situaciones ya que —aunque el esquema fáctico no se haya alterado— un nuevo análisis de la cuestión puede justificar un cambio de régimen.

#### d) Inalienable

El derecho del progenitor no conviviente a tener una adecuada comunicación con su hijo menor de edad es tan fuerte que no puede enajenarse ni supeditarse al cumplimiento de otro deber, como por ejemplo, el alimentario (Otero, 2012).

#### e) Personal

El régimen de visitas se fija para establecer o restablecer un vínculo entre dos personas (padre-madre-hijo; abuelo-nieto; padrino-ahijado; etc.). Ese derecho-deber solo podrá ser gozado y cumplido por ellos (Otero, 2012).

### § 1.3.4. Modalidades

#### a) Amplia

Esta modalidad es acordada por los padres, quienes deciden que lo mejor para el niño es que mantenga contacto con ambos. Generalmente, en este acuerdo no se requiere la intervención judicial.

Sobre el particular, Mariano Otero (2012, p. 198) señala: “Esta modalidad es fijada de común acuerdo entre los padres, y no requiere de la intervención judicial, salvo que se pretenda la homologación de un acuerdo”.

Precisa también lo siguiente:

El régimen de visitas amplio también puede darse entre hermanos no convivientes, y ocasionalmente en la relación entre abuelos y nietos.

En los demás supuestos, el juez deberá analizar la viabilidad de establecer un régimen amplio, pero con un criterio mucho más estricto. (Otero, 2012, p. 199)

### **b) Supervisada**

Esta modalidad implica la participación de un tercero durante las visitas que realice el padre no conviviente. Asimismo, es de carácter excepcional, pues se pretende garantizar la integridad del menor y evitar algún hecho que afecte su desarrollo. El tercero puede ser un psicólogo, un asistente social, un personal del juzgado o un personal policial.

Cabe precisar que el pago al profesional que presencia los encuentros puede acarrear dificultades para mantener el contacto entre los padres no convivientes y los menores. Con relación a este punto, Mariano Otero señala lo siguiente:

En principio, la supervisión es efectuada por un profesional integrante del juzgado o por un perito (asistente social, psicólogo); este segundo caso, genera gastos que a veces pueden derivar en la imposibilidad de afrontarlos y, por ende, de continuar con el régimen de visitas. Una alternativa que utilizan los juzgados nacionales es que ante los problemas económicos que atraviesan las partes que le impide continuar con el pago de los honorarios de una asistente social, se establezcan los encuentros mediante la intervención del “Programa de Encuentros entre Padres e Hijos”, los que se desarrollan en el Jardín Japonés con un equipo de profesionales que supervisa el desarrollo de las visitas; la coordinación del Programa está a cargo de tres jueces del fuero civil. (2012, p. 200)

Si bien esta modalidad es una alternativa para mantener el contacto entre padres e hijos, la presencia del tercero presenta ventajas y desventajas en la relación paternofilial.

De acuerdo a lo expuesto por Otero, entre las ventajas y desventajas del régimen de visita supervisado tenemos las siguientes (2012, p. 201):

#### **Ventajas**

- Poder analizar —a través de un profesional idóneo— cómo es el vínculo entre progenitor e hijo.
- A partir de ello, buscar el sistema más adecuado de comunicación.
- Puede servir para ampliar, limitar o suspender el régimen implementado, siempre teniendo como norte el interés superior del hijo.

#### **Desventajas**

- Se quita privacidad, naturalidad y espontaneidad en el trato.

- Puede generar desazón y desconfianza en las partes al advertir que no pueden solucionar sus problemas sin la intervención del tercero.

### c) Durante las vacaciones

En este caso, el régimen de comunicación a favor del cónyuge no conviviente se concretiza en el periodo de vacaciones. La aceptación de esta modalidad implica tanto que no exista ningún riesgo para el menor, como que el contacto coadyuve a su formación. Asimismo, cabe precisar que el periodo de vacaciones debe ser conocido por ambos cónyuges y que, una vez terminado este periodo, el niño regrese con el cónyuge que tiene la tenencia.

### d) Posibilidad de pernocte

Existe la posibilidad de que el menor pueda pernoctar algunas noches en la casa del cónyuge no conviviente a fin de compartir momentos familiares muy significativos, tales como la cena, contar cuentos, comentar las experiencias durante el día, etc.

### e) Sumamente estipulada

Esta modalidad implica que todo lo referente a las visitas esté estipulado con precisión. Por ejemplo: horarios, días, lugares de encuentro, etc. Esta modalidad implica el cumplimiento de todas las obligaciones que el cónyuge que ejerce la tenencia y el cónyuge no conviviente asumieron.

Otero menciona los siguientes ejemplos que se dan en la práctica judicial (2012, pp. 204-205):

- El retiro debía hacerlo el padre en el colegio al que asiste el menor, pero la madre lo retiró antes del horario de finalización de clases, sin comunicar previamente esta situación.
- La madre retrasa el horario de entrega del menor por varios minutos. Incluso hasta más de una hora por diferentes motivos, *v. gr.*, que no está cambiado, que todavía no llegó de la casa de un amigo, etc.
- Debía llevarse a cabo en la casa del padre y en realidad el menor fue trasladado a la casa de los abuelos paternos y sin la presencia del padre.
- Durante la visita, el progenitor no conviviente reúne al menor con familiares respecto de los cuales se había acordado que no mantenían vínculos.
- Debía reintegrar al menor al domicilio materno a determinada hora, pero el padre avisa que le será imposible llevarlo.

#### **f) Lugar de los encuentros**

El lugar donde se realice el encuentro puede ser el domicilio de cualquiera de los cónyuges o en un lugar neutral que acuerden ambos. En caso de que no lleguen a fijar uno, el juez es el competente para hacerlo. Cabe precisar que sería conveniente que el lugar elegido sea el domicilio del cónyuge no conviviente a fin de afianzar la relación entre este y su hijo.

#### **g) Encuentro con presencia de terceros**

El encuentro entre el padre no conviviente y el menor puede realizarse con la presencia de terceros, siempre y cuando esta no resulte inconveniente para el niño. En caso de existir algún inconveniente, el padre que tiene la tenencia debe explicar los motivos por los cuales la presencia del tercero es perjudicial para el menor.

#### **h) Progenitores que viven en distintas ciudades**

Esta modalidad implica que los domicilios de los cónyuges se encuentran en distintas ciudades, por lo que es necesario coordinar con antelación las visitas del cónyuge no conviviente o, en su defecto, el traslado del menor al domicilio de este. En esta modalidad es necesario que se fijen de manera específica y con antelación cómo se desarrollarán los encuentros y los gastos que estos impliquen.

#### **i) Comunicación virtual**

Esta modalidad es posible cuando no exista la posibilidad de mantener contacto físico entre el cónyuge no conviviente con el menor. Esta situación se presenta cuando la distancia entre los domicilios de los cónyuges dificulte la frecuencia de los encuentros presenciales.

La jurisprudencia ha reconocido también que este mecanismo de acercamiento resulta insuficiente:

Si bien he de tener en cuenta las manifestaciones del Sr. T. en cuanto a que Z. mantiene asiduo contacto con la Sra. G. mediante video llamadas, no puedo dejar de advertir que el régimen de contacto directo se encuentra interrumpido de forma permanente hace más de un mes entre madre e hija. En tal sentido, considero que la falta de adopción de medidas que puedan mitigar esta situación generaría un perjuicio aún mayor para las partes y principalmente para Z., en desmedro de su interés superior por el que debo velar.

**Expte. 40788/2019-“G. F. M. c/ T. G. D. s / Régimen de Comunicación” - Juzgado Nacional Civil N° 23 - 27/04/2020.**

**j) Contacto telefónico**

Este mecanismo, al igual que el virtual (punto i), permitiría establecer un mayor contacto entre el padre no conviviente y el menor. De este modo, la frecuencia en la comunicación sería mayor y permitiría vencer las barreras espaciales que separan a padres e hijos.

**§ 1.3.5. Organizaciones de padres en defensa de un régimen comunicacional pleno**

Las dificultades para efectivizar el régimen de comunicación en la Argentina ha dado lugar a la creación de grupos de padres que desde hace años vienen bregando para que la justicia dé respuesta a sus necesidades y de este modo volver a tener contacto con sus hijos. Dentro de estas podemos mencionar a las siguientes:

ORGANIZACIÓN DE PADRES	ACTIVIDADES
<b>APADESHI</b> Asociación de padres alejados de sus hijos <a href="http://www.apadeshi.org.ar">www.apadeshi.org.ar</a>	Es un organismo no gubernamental, sin fines de lucro. Se destaca la elaboración del proyecto que dio origen a la sanción de la ley 24.270. Su principal objetivo es la protección de los hijos, en medio de los desbordes del sistema de separación que involucra a los padres (papás y mamás) ante la ruptura conyugal.
<b>AFAMSE</b> Asociación de familiares separados <a href="http://www.afamse.org.ar">www.afamse.org.ar</a>	El objetivo principal de la asociación es realizar todas aquellas actividades, en beneficio de los miembros que la integran y la comunidad en general, tendientes a solucionar las situaciones que se presentan ante la separación conflictiva postdivorcio, donde los principales perjudicados son las familias y en especial los menores de edad. La idea es generar o crear un espacio para intentar solucionar estos conflictos, no supliendo sino complementando la actividad judicial.
<b>ANUPA</b> Asociación de nuevos padres <a href="http://www.anupa.com.ar">www.anupa.com.ar</a>	Organización sin fines de lucro que tiene por objetivo principal el difundir la opción de la tenencia compartida de los hijos del divorcio como alternativa superadora a los múltiples problemas que acarrea la crianza monoparental postconyugal.
<b>Padres del Obelisco</b> <a href="http://www.facebook.com/PadresdelObeliscoOficial">http://www.facebook.com/PadresdelObeliscoOficial</a> )	Padres, madres, hijos, abuelas, abuelos, familiares se reúnen por el derecho del hijo alejado sin causa justa de sus familiares.

<p>AAFANI</p> <p>Agrupación Argentina de Familias por los Niños</p> <p><a href="http://www.twitter.com/AAFANI_Arg">www.twitter.com/AAFANI_Arg</a></p>	<p>Entre los principales pedidos, destacan la búsqueda de que “el Estado garantice la igualdad ante la ley, que no perjudique ni a padres ni a hijos y que el sistema de justicia restaure la presunción de inocencia a la par de mejorar los tiempos de los trámites que consumen meses y hasta años de la niñez de sus hijos, tiempo en el que son separados de sus padres”.</p>
<p>ASAPMI</p> <p>Asociación Argentina de Prevención del Maltrato Infanto-Juvenil</p> <p><a href="mailto:infoi@asapmi.org.ar">infoi@asapmi.org.ar</a></p>	<p>Es una Asociación sin fines de lucro, creada en la CABA en el año 2000, con personería jurídica. Su propósito es desarrollar acciones efectivas en la prevención del maltrato infanto-juvenil. Consolidar la protección integral de la infancia, detectando e incluyendo las diferentes categorías de maltrato intrafamiliar, como también diversas formas de maltrato institucional y social.</p>
<p>APALUHI</p> <p>Asociación de Padres que Luchan por sus Hijos</p> <p><a href="http://www.twitter.com/ApaluhiAr">www.twitter.com/ApaluhiAr</a></p>	<p>Es una asociación civil con personería jurídica sin fines de lucro dedicada a la defensa de los derechos de los niños.</p> <p>Tiene por objetivos defender la efectiva vigencia de nuestra Carta Magna y los principios rectores del estado de derecho, promover el cumplimiento de las normas que protegen a los niños y la eliminación de todas las formas de violencia en el mundo.</p>
<p>GAPADESHI</p> <p>Movimiento en defensa hijos del divorcio</p> <p><a href="http://www.gaspadeshi.org.ar">www.gaspadeshi.org.ar</a></p>	<p>Es un grupo de autoayuda conformado en Rosario (Santa Fe) por madres, padres, abuelos alejados de sus hijos y nietos. Su labor es el restablecimiento de los vínculos familiares y el principal objetivo es minimizar el daño emocional causado en estos casos.</p>
<p>AFABIN</p> <p>Acción de familias argentinas por el bienestar infantil</p> <p><a href="https://www.facebook.com/afabin.argentina/">https://www.facebook.com/afabin.argentina/</a></p>	<p>Organización sin fines de lucro. Lucha por los derechos del niño, resguardando su salud mental y física.</p>
<p>Infancia Compartida</p> <p><a href="http://www.infancia-compartida.org">http://www.infancia-compartida.org</a></p>	<p>Tiene como finalidad luchar por el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener un papá y una mamá y poder disfrutar de ambos por igual.</p>

<p>AFASHI</p> <p>Asociación de Familiares Separados de sus Hijos</p> <p><a href="http://www.afashi.com.ar">www.afashi.com.ar</a></p>	<p>Es una asociación de padres separados que han atravesado distintos procesos judiciales y sufren en carne propia el dolor de estar alejados de sus hijos con la legislación actual. Sustentan el legítimo reclamo por dejar de ser un “papá McDonald’s”.</p>
<p>Asociación Civil Unión de Padres por los Derechos de los Niños</p> <p><a href="mailto:unionpadres@hotmail.com">unionpadres@hotmail.com</a></p> <p>Departamento San Lorenzo, Santa Fe</p>	<p>Tiene como objetivo difundir el contenido de la Convención Internacional por los Derechos del Niño, denunciar ante las autoridades correspondientes los casos en que se compruebe la violación de los derechos del niño, difundir la necesidad de los niños de crecer en su entorno familiar y afectivo, contribuir con la comunidad en ayuda a los niños en situación de riesgo, brindar asistencia legal gratuita, realizar campañas de concientización.</p>
<p>Padres de la Guarda</p> <p><a href="http://padresdelaguarda.com.ar">http://padresdelaguarda.com.ar</a></p>	<p>Sus integrantes reclaman el derecho a recuperar el contacto porque sostienen que las denuncias que los alejan de sus familias son falsas. La lucha de esta organización aborda un tema complejo que muchas veces se evita profundizar, porque cada caso tiene sus particularidades. Además, este tipo de organizaciones corre el riesgo de amparar a personas violentas.</p>

### § 1.3.6. Pautas para fijar el régimen comunicacional

Para fijar el régimen comunicacional, el juez debe analizar el caso en concreto y determinar los criterios que son aplicables. Cabe precisar que, dentro de estos, debe dar prioridad al interés superior del niño, y que la homosexualidad y el concubinato no pueden ser causales para restringir la comunicación entre padres e hijos.

Sobre el particular, Alejandro Ossola (2011, p. 438) precisa lo siguiente:

Sucedo que para la determinación del régimen de visitas, no existen pautas objetivas e inmutables a establecer apriorísticamente, correspondiendo en cada hipótesis su adaptación a las peculiaridades del caso y la posibilidad de su modificación conforme lo aconsejen los acontecimientos. Nunca deberá dejarse de tener presente que la forma, modo y tiempo del ejercicio del derecho de visitas reconocido a los progenitores debe hallarse siempre subordinado al supremo interés del menor que debe prevalecer frente a cualquier otra circunstancia.

### a) El interés superior del niño

El régimen de comunicación debe fijarse sobre la base de diferentes criterios, dentro de los cuales adquiere relevancia el interés superior del menor, pues este permite garantizar su desarrollo integral.

Debemos indicar que no existe confrontación entre el interés del menor y el interés familiar. Sobre el particular, Mizrahi (2015, p. 33) señala:

A pesar de que estamos ante expresiones diferentes –interés del niño e interés familiar–, cabe reiterar que no se presenta dicotomía alguna entre ambas, pues no estamos frente a la aplicación de intereses distintos. En consecuencia entendida la cuestión como se acaba de describir, los dos intereses siempre *marcharán juntos*, en el sentido de que el interés superior del niño no podrá tener cabida si se opone al interés familiar, de modo tal que, si se decide conforme al primero nombrado, el segundo –necesariamente– ha de quedar nombrado. La razón estriba en que la satisfacción plena de los derechos del niño no se compadece con conductas que adquieran ribetes abusivos o transgredan la regla básica de la solidaridad familiares que no se comprende de qué modo se pueden efectivizar los derechos de los niños si por hipótesis se verificara un aval judicial a las supuestas pretensiones individuales egoístas e insolidarias que aquellos pudieran articular.

Cabe precisar que el interés del menor es indesligable del principio de dignidad de la persona. En este sentido, Rivero Hernández (1997, p. 157) precisa lo siguiente:

Si desde el punto de vista jurídico-formal puede bastar inicialmente el identificar el interés del menor con la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, en cuanto su respeto garantiza una protección suficiente al menor, desde un punto de vista humano, especialmente relevante aquí y tratándose de un niño, parece que no pueda prescindirse de alguna referencia a la felicidad y bienestar personal de ese menor, al equilibrio emocional y afectivo, que tanto pueden contribuir (positiva o negativamente) a la formación y desarrollo de su personalidad son algo abstracto y aséptico, sino que se refieren a una realidad humana concreta y pluridimensional: su salud y su bienestar psíquico, su afectividad comprendida, junto a otros de tipo material.

El citado autor precisa también que el interés del menor se determina en el caso concreto y sostiene:

Si es difícil en el plano teórico tratar de definir en qué consiste el interés del menor, más lo es aún el determinarlo en la práctica, en cada caso concreto; porque cada situación es irreductible a otras,

todo caso es particular, ya que estamos en un campo en estrecho contacto con la vida. Por si esos condicionantes fueran pocos, téngase en cuenta que al hijo no siempre se le ofrece lo mejor: en lo que aquí concierne se elige casi siempre entre dos padres y sus respectivos papeles (guardador o visitador). Se elige a veces la alternativa menos mala (que en ello consiste con frecuencia su interés o beneficio); y eso no puede olvidarlo quien deba optar o decidir al respecto. (Rivero Hernández, 1997, p. 160)

Asimismo, precisa aludiendo a la normativa española que existen dos ideas fundamentales que el juez debe considerar.

a) El juez no debe regirse, en la ponderación del interés del menor, en sí mismo y en conflicto con otros intereses y personas, tanto por sus convicciones personales (ideológicas, sociales, jurídicas) cuanto por criterios de valoración generales y bien asentados en la sociedad en el lugar y momento en que se demanda su decisión. Quiero decir que el juez deberá prescindir de sus principios personales más o menos autoritarios o liberales, de sus convicciones políticas, religiosas o educacionales sobre el matrimonio, la familia, los hijos o el divorcio, a la hora de apreciar el interés del menor en su relación con sus padres u otras personas, y, declinando de tales opiniones subjetivas, decidir de acuerdo con las generales o preponderantes en el sistema constitucional y en la sociedad y momento en que ha de pronunciarse.

b) El criterio y valoración judicial del interés del menor son discrecionales, en tanto que no vienen regulados en nuestro Ordenamiento —salvo por medio de una cláusula general, con enunciados casi siempre idénticos—. De discrecionalidad del juzgador habla la STS de 17 de julio de 1995, sin otro límite que el del interés del menor. Mas ello no quiere decir que el juez pueda manejar de cualquier forma el arbitrio que la ley le concede.

Es decir, se trata de una apreciación discrecional, que no arbitraria. La diferencia entre una y otra radica en la racionalidad del juicio de valor que haga el juzgador a partir de los datos y circunstancias del caso concreto, la sensata ponderación de los hechos, la equilibrada valoración de lo que convenga al menor, sus beneficios y riesgos, las ventajas e inconvenientes de cada opción posible; todo lo cual debe conducir a una prudente decisión al respecto en vista de la mejor protección de los derechos fundamentales del menor (su dignidad humana, el desarrollo de su personalidad) con una visión de futuro más que de presente, y predominio de los bienes y valores espirituales sobre los materiales, según conocemos y dejé dicho. (Rivero Hernández, 1997, pp. 163-164)

Un aspecto relevante vinculado con la concreción de este principio es el respeto de la autonomía del menor. En este sentido, Adriana Krasnow (2011, p. 405) precisa lo siguiente:

Este interés superior nos está indicando que los padres y el Estado deben ocuparse de velar por la satisfacción de los derechos de la niña, niño y adolescente, sino también, que debe respetarse su autonomía y su lugar en la familia y en la sociedad. Con esto queremos expresar que tiene derecho a participar en todos aquellos que se vincule de forma directa con su interés, como su derecho a preservar sus relaciones familiares.

### **b) Opinión del menor**

Para fijar el régimen de visitas es necesario que se conozca la opinión del menor y se le conceda la posibilidad de ofrecer su punto de vista con relación a la conveniencia de mantener el contacto con sus progenitores. Este criterio debe ser analizado con sumo cuidado y evaluar si la opinión del menor ha sido direccionada por el cónyuge conviviente contra el cónyuge no conviviente.

Asimismo, tal como sostiene Mariano Otero, es importante que el juez analice las pruebas que sustentan la opinión del menor. En este sentido, refiere (2012, p. 184): “No podría denegarse un pedido de fijación de régimen de visitas ante la simple e infundada negativa del menor, esta deberá estar acompañada y abonada por la prueba que sustente la opinión del menor”.

Por su parte, Mauricio Mizrahi, sostiene que el juez no puede basar su decisión en opiniones fabricadas por uno de los progenitores en contra del otro.

El tema de la autenticidad de las opiniones del niño resulta fundamental, pues más allá de la terminología –síndrome de alienación parental y de que se discutan las denominaciones técnicas y científicas– quienes trabajamos en el día a día de los tribunales comprobamos como una realidad insoslayable el fenómeno apuntado; esto es, los ya típicos casos de hijos que repiten monótonamente el discurso paterno o materno, sin poder dar explicación alguna de las razones que puedan sostener –si siquiera mínimamente– los pareceres que verbalizan ante los jueces. Claro está que pertenece en verdad al progenitor con cual mantiene un vínculo patológico y simbiótico. (2015, p. 62)

### **c) Actividades del menor**

Para determinar el régimen comunicacional es necesario que se considere el modo como en que el menor desarrolla sus actividades diarias. De este

modo, el tiempo fijado para los encuentros será aprovechable para el progenitor y el menor.

#### **d) Actividades de los progenitores**

Las actividades laborales que realizan los progenitores constituyen un criterio fundamental para establecer el régimen comunicacional, pues este será posible siempre en cuando los padres dispongan del tiempo adecuado para optimizar los momentos que compartan con el menor.

#### **e) Relación fluida entre padres e hijos**

La fijación del régimen comunicacional implica que las relaciones entre el menor y el padre no conviviente se haga más sólida. Lo que se busca es que estos tengan mayores posibilidades de interactuar y de establecer un vínculo más cercano.

#### **f) Lugar en el que se desarrollarán los encuentros**

La fijación del lugar para los encuentros resulta fundamental para garantizar la comodidad y seguridad del menor. En el caso de que los encuentros sean en el domicilio del cónyuge no conviviente, este tiene la responsabilidad de ofrecer un espacio seguro y adecuado para el niño. Sobre el particular, Otero (2012, p. 187) precisa: “Como principio, serán en el domicilio de quien no ejerce la tenencia y sin la supervisión de terceros. De esta manera se logra más intimidad y confianza, así como mayor espontaneidad en el trato”.

#### **g) Forma en que se desarrollarán los encuentros**

El juez tiene la potestad de establecer que los encuentros se realicen con la presencia de terceros. Esto resulta aplicable en casos en que exista algún tipo de riesgo para el menor.

#### **h) Opinión de peritos o profesionales imparciales**

La opinión de los peritos es un criterio relevante para la fijación del régimen comunicacional. Estos profesionales evaluarán si es conveniente mantener o no el vínculo comunicacional sobre la base de informes periciales realizados en el caso concreto. Cabe precisar que estos informes no son vinculantes.

Sobre el particular, Belluscio (2010) señala:

Esta es una pauta que muchas veces cobra singular importancia en la materia, pues los informes del equipo interdisciplinario aunque no son vinculantes) con frecuencia son seguidos por el juez sobre todo, en los casos en que existe un alto nivel de conflicto familia, y es imprescindible el asesoramiento técnico), constituyéndose en el fundamento principal de los determinado en la sentencia que estable-

ce, modifica, restringe, amplía o suspende el régimen de contacto. (Belluscio, 2010, pp. 80-81)

Por su parte, Alejandro Ossola (2011, p. 438) precisa:

A menudo la modalidad del régimen de visitas podrá depender de la realización de pericias (psicológicas), o de contar con informes (psicoambientales, etc.), y el contacto personal y directo del tribunal con las partes involucradas, elementos que le han de permitir al juzgador tomar una cabal percepción y dimensión de la situación existente y de tal modo resolver lo más conveniente a la recomposición de las relaciones familiares, no dejando de considerar que los hijos de padres desavenidos de padres que han llegado a la ruptura de su relación son quizá los más necesitados de mantenimiento de los vínculos paternofiliales.

### § 1.3.7. Jurisprudencia

#### **La obstaculización del régimen comunicacional da lugar a su modificación**

Sin dudas que la Sra. B. no ha sabido direccionar su obrar de conformidad a las responsabilidades que le caben como adulta. Los hijos no pueden convertirse en preseas valiéndose de estos para impedir el contacto fluido con el restante progenitor. Una cosa es la ruptura del vínculo convivencial que otrora los unía y otra —y muy grave— es privar al padres de ver a sus hijos. Tanto es así que el legislador previó un tipo penal para los casos como el que nos ocupa y que más abajo analizaré. Es dable destacar y reiterar que tanto el Tribunal, el Asesor Letrado como la psicóloga de la sede nos hemos encaminado a tratar de reestablecer el vínculo paterno empobrecido aun cuando lamentablemente no pudo recomponerse en su integridad. La fijación de un nuevo régimen controlado en sede judicial —logrado de común acuerdo y con el aval de un profesional en el tema— se erigió como una simiente y nuevo punto de partida en la relación de los niños con su padre. Empero las constantes oposiciones de la madre han sido un valladar insostenible para mantener el cuidado personal a su cargo, no quedando más opciones tanto para el padre como para el Tribunal en disponer su modificación. El daño suscitado a los menores no ha sido mensurado por la progenitora, quien ni siquiera ante los constantes emplazamientos del Tribunal ha demostrado un cambio de actitud. Por el contrario, se ha empeinado en obstaculizar injustamente la concreción de régimen comunicacional acordado.

**Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y de Familia de 2ª Nominación de Marcos Juárez, B., C. E. c. S., F. M. s/ Régimen de Visitas/Alimentos - Contencioso, 01/11/2018. Cita Online: AR/JUR/69304/2018.**

## **Afectación de la psiquis del niño puede generar la suspensión del régimen comunicacional**

Teniendo en cuenta que el accionar del demandado encuadra en un caso de violencia de género ejercido contra la progenitora de su hijo, utilizándolo al niño como herramienta para ejercer el control de la actora, resultando por ello perjudicial para la psiquis del niño, además de configurarse también ello en un método reproductor de enseñanza generacional de violencia, corresponde ordenar la suspensión del régimen de comunicación.

Dicha suspensión obedece al hecho de que la responsabilidad parental persigue un determinado objeto-fin (la protección, el desarrollo y la formación integral del hijo menor); y para poder cumplir con dicha función social consagrada por la ley (art. 638 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), es necesario “satisfacer necesidades del menor de variada índole, asumiendo el cumplimiento de un plexo de conductas legalmente esperadas y determinadas en la ley civil” (D’Antonio, Daniel H., “Patria Potestad”, Ed. Astrea, Bs. As., p. 25). Resulta evidente que un vínculo paternofilial que se desarrolla en las condiciones advertidas y probadas en estas actuaciones, se corrompe y se degenera en sus fines.

**Juzgado de Familia N° 5 de Cipolletti, P. M. B. s/ Incidente Denuncia por Violencia de Género (ley 26.485), 07/05/2018. Cita Online: AR/JUR/18104/2018.**

## **Suspensión de encuentros entre el cónyuge no conviviente e hijo debe responder a impedimentos graves y no a excusas**

Sin perjuicio del acuerdo formulado por las partes, entiendo que corresponde que la suscripta se expida con respecto a las manifestaciones del actor en el sentido de la obstaculización a la concreción de la comunicación por parte de familiares de la progenitora y en su caso de esta. Que es sabido y así se expresó supra al citar el art. 652 del C.C. y C., de la importancia de que el niño mantenga un contacto fluido y adecuado con sus progenitores, especialmente con el no conviviente. Que este derecho no admite excusas más allá de alguna enfermedad o impedimento grave debidamente justificado que amerite la suspensión de los encuentros. Convencida de que la vinculación con su progenitor influye en el desarrollo y formación integral y por ende en la vida futura del niño, considero pertinente hacer saber a la progenitora-en su carácter de cotitular de la responsabilidad parental ejercida conjuntamente con el progenitor-, que deberá abstenerse de obstruir la vinculación del padre con el niño,

haciendo extensiva la recomendación a aquellos familiares, y/o allegados y/o terceros que se encuentren en la vivienda del niño, bajo apercibimiento de imponer astreintes por día de incumplimiento.

**Juzgado de Familia Nro. 3 de Corrientes, G. J. M. c. S. S. A. s/ Régimen Comunicacional, Considerando V, 01/09/2015. Cita Online: AR/JUR/29434/2015.**

### **Fijación del régimen comunicacional debe realizarse considerando las circunstancias del caso en concreto**

En este contexto relató de manera clara como era T. M., cuáles eran los cuidados que le proporcionaba y como era su vida cotidiana cuando estaban juntos. Ese trato “paternofilial” se hacía más intenso teniendo en cuenta que la pequeña no tiene un reconocimiento paterno (constancias de fjs. 7), por lo que estimo sin lugar a dudas que entre A. y el Sr. F. T. M. se creó un verdadero lazo paternofilial, como un padre de crianza o padre afín. Todo ello me lleva a sostener que debe fijarse un régimen de visitas que le permita a la niña seguir manteniendo este vínculo afectivo que la nutre y favorece, pero con las características especiales que el mismo debe adquirir conforme a la nueva circunstancia de vida de esta familia que ya no comparte espacios y tiempos en común.

**Juzgado de Familia de 2a Nominación de Córdoba, T. M., F. c. C., B. s/ Medidas Urgentes (art. 21, inc. 4, ley 7.676), considerando III, 09/02/2015. Cita Online: AR/JUR/145/2015.**

### **Padre a quien se le asigna el cuidado personal del niño debe permitir el cumplimiento del régimen comunicacional dispuesto a favor del otro cónyuge**

Debo referir a continuación, que de las ocasiones en que C. M., ejerció el derecho que le confiere el art. 12 de la CDN –sin perjuicio de no resultar ello vinculante–, el niño expuso su deseo de continuar cohabitando con su padre, sin perder contacto con la madre, de quien resentía la nueva relación de pareja entablada. De las constancias de la causa emerge la aceptación por parte de la Sra. G. del cambio de la custodia del niño, no logrando materializarse adecuadamente su contracara, consistente en la garantía del contacto con la progenitora no conviviente, lo que nos ubica en la presente situación de pronunciamiento sobre una cuestión de absoluta pertenencia a las responsabilidades de todo progenitor. La abdicación de los padres en ese sentido determina la obligación del órgano jurisdiccional de

resolver el tema, con la mira puesta exclusivamente en el mejor interés del niño, que en el caso concreto consiste en la determinación y efectivo cumplimiento del régimen comunicacional con su progenitor no conviviente, con garantías jurisdiccionales suficientes para que dicho derecho se materialice. Importa un ejercicio abusivo de la autoridad parental el interferir arbitrariamente en la vida privada y espacios personales del hijo, conducta prohibida por la regla 16.1 de la Convención de los Derechos del Niño, que dispone que “ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada”, siendo también de aplicación el art. 10 de la ley 26.061, en cuanto determina: “las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar”. Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales” y en el orden local, el art. 18 de la Ley III N° 21, que reconoce el derecho de los niños y los adolescentes a “ser respetados”. Si bien en autos, como ya lo dije, no puede atribuirse con calidad de verdad indiscutible que el Sr. C. despliegue abuso en el ejercicio de la custodia que se atribuyó unilateralmente, lo cierto es que, justamente por su carácter de padre cuidador exclusivo, es quien debe propender a que el régimen comunicacional se cumpla. Si, como él mismo dijo en la demanda, había acondicionado su domicilio para albergar al niño, aún habiendo cedido la custodia a la madre, lo esperable era que procurara judicialmente su cambio, y no realizar el camino inverso. No obstante, la realidad tampoco puede ser soslayada: la mamá consintió en definitiva esta modalidad. Lo que no se permitirá bajo ningún concepto es que la postura arbitraria del padre triunfe en lo que al régimen comunicacional se refiere, pues de hacerlo, no estarían garantizados los derechos enunciados más arriba, ya que se admitiría que el padre conviviente interfiera en el espacio de privacidad que el niño ha de procurar con su linaje materno.

**Juzgado de Primera Instancia de Familia Nro. 1 de Esquel, C., D. E. c. G., N. s/ Incidente de Modificación de Custodia en Autos N° 33-11, Considerando II, 26/07/2013. Cita Online: AR/JUR/38820/2013.**

### **Modificación del régimen comunicacional no se puede determinar sobre la base de elucubraciones**

Llevada esa apreciación al caso concreto, así como tengo el deber de oír al niño y respetar su opinión si ello no le causa perjuicio, lo mismo ha de hacer el progenitor que asumió su cuidado: tiene la obligación de respetar que el hijo quiere a su madre, disfruta de ella y sus abuelos maternos y tiene derecho a permanecer con ellos en una modalidad adecuada a sus intereses. La referencia a la pareja de

la madre no es motivo siquiera de inquietud de esta magistrada, pues no existe ni un solo hecho descripto a su respecto, perdiéndose en la nebulosa de lo hipotético y subjetivo de la parte. Las aseveraciones paternas respecto de la falta de idoneidad de la madre, en tren de elucubrar, también pueden ser vistas como oposiciones e incumplimientos permanentes del régimen de comunicación, por lo que se insta al ciudadano C. a desistir de las mismas si no puede describirlas y comprobarlas adecuadamente.

**Juzgado de Primera Instancia de Familia Nro. 1 de Esquel, C., D. E. c. G., N. s/ Incidente de Modificación de Custodia en Autos N° 33-11, Considerando III, 26/07/2013. Cita Online: AR/JUR/38820/2013.**

**No se puede impedir la adecuada comunicación entre el niño y el cónyuge no conviviente si no existen circunstancias objetivas que lo impidan**

En este estado, es necesario recalcar que este decisorio no emite un juicio valorativo sobre cuál de los dos progenitores se encuentra más capacitado para ejercer la custodia de su hijo. No se trata de poner en la balanza dicha circunstancia, pues la progenitora en definitiva abdicó de su pretensión, sino de respetar el derecho de C. a una convivencia familiar con cada progenitor, respetuosa de sus derechos. Estando involucrado uno de raigambre fundamental, como es el acceso a ambos progenitores aún sin la continuidad de la pareja, es dable recordar que los derechos humanos generan tres niveles de obligaciones para el Estado: de respeto, protección, y garantía o cumplimiento. Debido a ello, advertida la interferencia en el pleno goce de dicho derecho, es obligación de todos los adultos la remoción de los obstáculos para el logro de la adecuada comunicación, sin interferencias de ningún tipo, pues no existen circunstancias objetivas que lo impidan.

**Juzgado de Primera Instancia de Familia Nro. 1 de Esquel, C., D. E. c. G., N. s/ Incidente de Modificación de Custodia en Autos N° 33-11, Considerando IV, 26/07/2013. Cita Online: AR/JUR/38820/2013.**

**Fijación del régimen comunicacional no causa estado**

Debe dejar sentado que lo que en definitiva se resuelve no se trata de una cuestión inmutable y puede en el futuro ser objeto de las modificaciones necesarias para asegurar el ejercicio del derecho

aludido, siempre formulado por escrito y con homologación judicial. Cualquier vía de hecho que se adopte, será pasible de los apercibimientos consignados para el incumplimiento del régimen, según lo peticione la parte interesada.

**Juzgado de Primera Instancia de Familia Nro. 1 de Esquel, C., D. E. c. G., N. s/ Incidente de Modificación de Custodia en Autos N° 33-11, Considerando IV, 26/07/2013. Cita Online: AR/JUR/38820/2013.**

### **Falta de cumplimiento en el pago de la cuota alimentaria no es un criterio determinante para fijar el cuidado personal**

Inicialmente corresponde señalar que más allá de la propuesta de modificación de la sentencia de grado que efectuaré más adelante, hay un aspecto de los agravios de la Sra. E. A. que no resulta idónea para la revocación pretendida. En este punto considero importante señalar que la falta de cumplimiento con el pago de los alimentos no resulta un argumento válido para decidir a cargo de quien estará el cuidado personal de los menores de edad, ni para asignar un determinado lugar de residencia.

**Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala III, M., P. R. c. A., E. s/ Cuidado Personal de Hijos, 01/03/2018. Cita Online: AR/JUR/1442/2018.**

### **Opinión del niño es un criterio insoslayable para la adopción de decisiones judiciales**

En definitiva, advierto así, a la luz de los criterios jurídicos y jurisprudenciales antes expuestos y en el marco del respeto de la capacidad progresiva de los menores, que me encuentro en condiciones de valorar como un dato determinante la opinión de ellos, la que expresada bajo tales circunstancias, supone una casi inexorable identificación con su superior interés que, como se dijera, constituye una pauta que guía todas las decisiones de los jueces que involucren intereses de niños, niñas y adolescentes (art. 3 CDN), y me permite también advertir, los riesgos y consecuencias que en la hora actual y a partir de los incontrastables términos en los que se expresaron en sus expresiones de agravios y en la audiencia mantenida antes este Tribunal generaría en sus personas actuar en contra de su voluntad (ver fs. 820/26, fs. 828/832 y fs. 874).

**Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala III, M., P. R. c. A., E. s/ cuidado personal de hijos, 01/03/2018. Cita Online: AR/JUR/1442/2018.**

### **Reconstitución del vínculo paternofilial resulta beneficioso para el desarrollo psíquico y emocional del niño**

Entendemos que en este caso, se presentan circunstancias que no permiten sin más restablecer el contacto paternofilial, ni siquiera a través de un régimen de comunicación asistido como el previsto por la Ac. N° 26.633 de la SCJ, toda vez que de la prueba colectada surge que padre e hijo no se ven ni comunican desde hace más de seis años (noviembre de 2011); que el niño no registra a su progenitor como tal sino a la pareja de su madre (fs. 198); que por ahora no desea verlo y que la periciante, Lic. V. G., a fs. 72/73 vta., aconseja que se adopte una alternativa de revinculación paulatina y progresiva, que tenga lugar luego de que el pequeño cuente con un espacio terapéutico (tratamiento psicológico) en el que ir desplegando las significaciones construidas en relación a la figura paterna.

No dudamos, a pesar de lo expresado por el niño, que se debe reconstituir el vínculo paternofilial por resultar beneficioso para el desarrollo psíquico y emocional de M., a pesar de su negativa actual.

**Cámara de Familia de Mendoza, R., F. G. p/Su Hijo Menor c. S., S. s/ Régimen visitas, considerando VII, 15/12/2017. Cita online AR/JUR/105459/2017.**

### **Opinión del niño concretiza su autonomía progresiva para el diseño de su plan de vida**

Se discute cuál es la interpretación y alcance que corresponde darle a la expresión: “En condiciones de formarse un juicio propio [...], para algunos autores sería la edad de catorce años por ser la que el Cód. Civil fijaba para el discernimiento en los actos lícitos; para otros cabe fijarla en los diez años por ser la que el mismo código establecía para discernir los actos ilícitos (art. 921 Cód. Civil) y para otros dado que la Convención no indica una edad en concreto, el juez deberá evaluar en cada caso particular la capacidad de comprensión del niño en relación al asunto sobre el cual debe opinar, capacidad que estará dada en cada niño por el contexto familiar, socioeconómico y cultural en el que se ha desarrollado, que indudablemente influyen directamente en la conformación de su personalidad, de su “modo de ser en el mundo y en el grado madurativo intelecto-emocional. Compartimos esta última visión que permite evaluar, en cada caso particular, en base a sus circunstancias y características, cuál es el grado de comprensión que de los derechos e intereses en juego tiene cada niño, niña o adolescente. Los arts. 26, 639, 706 y cc. del Cód. Civ. y Com. de la Nación, han venido a reafirmar el respeto a la auto-

nomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, convirtiéndolos en protagonistas principales del diseño de su plan de vida, promoviendo su participación en todos los asuntos en que sus derechos e intereses estén en juego y otorgando una especial consideración a sus opiniones y deseos, en la medida que su edad, grado de madurez y desarrollo emocional se lo permitan. (cf. A. Bueres, “Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Hammurabi, 2015, T° 1, ps. 82 vta./83; M.Herrera y ots., direc., “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. D.N.S.A.I.J-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, pp. 68/71).

**Cámara de Familia de Mendoza, R., F. G. p/Su Hijo Menor c. S., S. s/ Régimen Visitas, Considerando VII, 15/12/2017. Cita online AR/JUR/105459/2017.**

### **Dependiendo de la edad del niño será necesario contar con un espacio terapéutico antes de fijar el régimen comunicacional**

Advertimos que por su edad y vivencias experimentadas, M. aún no tiene la madurez necesaria para poder comprender la trascendencia que para su vida pueda tener el mantenimiento del vínculo afectivo con su padre biológico, siempre que este siga mostrándose comprometido con tal función. Sin perjuicio de ello y tal como lo adelantáramos ut supra, hasta tanto M. no cuente con el espacio terapéutico y con el tiempo necesario para elaborar dichas significaciones en torno a la figura paterna y el rol que cabe darle a la pareja de su madre, no es posible fijar un régimen de comunicación, ni aún, con la modalidad de “asistido tal como lo ha establecido la juez *a quo*.”

**Cámara de Familia de Mendoza, R., F. G. p/su hijo menor c. S., S. s/ Régimen visitas, considerando VII, 15/12/2017. Cita online AR/JUR/105459/2017.**

### **Cónyuge que tiene el cuidado personal debe permitir la inclusión de los abuelos en el régimen comunicacional**

Aun cuando la licenciada en psicología no se haya expedido expresamente acerca de la conveniencia de la inclusión de los abuelos en el régimen de comunicación paternofilial, no debe pasarse por alto que el principio general que se deriva del art. 555 permite concluir que la madre del niño —en tanto tiene a su cargo su cuidado personal— se encuentra obligada a permitir una adecuada comunicación con sus abuelos.

Por ello, y por no encontrarse debidamente acreditadas razones de gravedad que actualmente justifiquen la falta de contacto del niño con sus abuelos paternos, corresponde desestimar los agravios vertidos, máxime si se tiene en cuenta que lo que allí se ha resuelto, es que los encuentros del niño con sus abuelos paternos se realicen cada quince días y en presencia de la asistente social interviniente.

**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, SALA H, T., A. y otro s/ denuncia por violencia familiar, 03/10/2017. Cita Online: AR/JUR/83870/2017.**

## § 1.4. Legislación en países de la región

### § 1.4.1. Bolivia

#### Código de Familia

Capítulo II. Del Ejercicio y de la Extensión y Contenido de la Autoridad de los Padres

Sección I. Del Ejercicio de Autoridad

*Artículo 257. Derechos de los Padres que no Ejercen Autoridad*

*Los padres que no ejercen su autoridad pueden conservar con sus hijos las relaciones personales que permitan las circunstancias, y supervigilar su mantenimiento y educación, a no ser que a ello oponga el interés de dichos hijos.*

### § 1.4.2. Brasil

#### Código de la Niñez y Adolescencia

Capítulo III. El Derecho a la Familia y la Comunidad

Sección I. Disposiciones Generales

*Artículo 21. La patria será ejercida, en igualdad de condiciones, por el padre y por la madre, en la forma que disponga la legislación civil, asegurando a cualquiera de ellos el derecho de, en el caso de desacuerdo, recurrir a la autoridad judicial competente para solución de la divergencia.*

*Artículo 22. Corresponde a los padres el deber de sostenimiento, guarda y educación de los hijos menores, correspondiéndoles, además, en el interés de estos, la obligación de cumplir y hacer cumplir las determinaciones judiciales.*

## Código Civil

## Capítulo XI. De la Protección de la Persona de los Hijos

*Artículo 1.583. La guarda será unilateral o compartida*

1. *Se entiende por guardias unilaterales asignadas a uno de los padres o alguien para reemplazar (artículo 1584, 5) y la custodia compartida responsabilidad conjunta y el ejercicio de los derechos y deberes del padre y madre que no vive bajo el mismo techo, en relación con el poder de los niños normales de la familia.*

2. *La guardia unilateral será asignada a los padres para revelar una mejor posición para ejercerla y, objetivamente, más capacidad de proporcionar a los niños los siguientes factores:*

*I - afecto en la relación con el padre y el grupo familiar;*

*II - la salud y la seguridad;*

*III - la educación.*

3. *Las fuerzas de la guardia unilateral del padre o madre que no posee para supervisar los intereses de los niños.*

*Artículo 1.584. La guarda, unilateral o compartida, puede ser:*

*I - Requerida por consenso por el padre y la madre, o cualquiera de ellos en la acción autónoma de separación, divorcio, disolución de matrimonio o de medidas cautelares;*

*II - Ordenado por el juez, tenga en cuenta las necesidades específicas del niño, o debido a la distribución del tiempo requerido para esta interacción con el padre y la madre.*

1. *De la audiencia La conciliación, el juez le informará al padre y la madre del significado de la custodia, su importancia, la similitud de los deberes y derechos concedidos a los padres y las sanciones por incumplimiento de sus disposiciones.*

2. *Cuando no existe un acuerdo entre la madre y el padre y la custodia del niño, se va a aplicar, siempre que sea posible, la custodia compartida.*

3. *El fin de establecer el padre los deberes y la madre y los períodos de la vida en la custodia compartida, el juez, de oficio o a petición de la acusación, podrá basarse en la orientación técnico profesional o equipo interdisciplinario.*

4. *De la modificación no autorizada o la cláusula protector de la falta desmotivada, unilateral o compartida, puede implicar la reducción*

*de los privilegios concedidos al titular, en particular sobre el número de horas de interacción con el niño.*

*5. Si el tribunal determina que el niño no debe permanecer bajo la custodia del padre o de la madre, deberá otorgar la custodia a la persona que demuestre la compatibilidad con la naturaleza de la medida considerada, preferentemente, el grado de las relaciones de parentesco y afinidad y el afecto.*

*Artículo 1.586. Cuando haya razones graves, el juez podrá, en cualquier caso, el bien de los niños y regular de manera diferente en la forma prescrita en los artículos antecedentes de su situación a los padres.*

*Artículo 1.589. El padre o madre, en cuya custodia no estén los niños, pueden visitarlos y hacerles compañía, de acuerdo a lo acordado con el otro cónyuge, o se fija por el juez y supervisar su mantenimiento y educación.*

*Párrafo único. El derecho de acceso se extiende a cualquiera de los abuelos, la discreción del juez, sin perjuicio de los intereses del niño o adolescente.*

### **§ 1.4.3. Chile**

#### **Código Civil**

##### **Artículo 229**

*El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo. Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.*

### **§ 1.4.4. Paraguay**

#### **Código de la Niñez y la Adolescencia**

##### **Capítulo 3. De la Convivencia y del Relacionamiento**

##### **Artículo 95. De la Regulación Judicial del Régimen de Relacionamiento**

*A los efectos de garantizar el derecho del niño o adolescentes a mantenerse vinculado con los demás miembros de su familia con los*

*que no convive, cuando las circunstancias lo justifiquen será aplicable la regulación judicial.*

*El régimen de relacionamiento establecido por el juzgado puede extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes, cuando el interés del niño y sus necesidades así lo aconsejen.*

#### *Artículo 96. Del Incumplimiento del Régimen de Relacionamiento*

*El incumplimiento reiterado del relacionamiento establecido judicialmente podrá originar la variación o cesación temporal del régimen de convivencia.*

### **§ 1.4.5. Uruguay**

#### **Código Civil Uruguayo**

##### *Artículo 167*

*En los autos no se dictará sentencia definitiva si antes no se acredita que se ha resuelto la situación de los hijos menores de edad o incapaces, en cuanto a su guarda, régimen de visitas y pensión alimenticia.*

*El tiempo que transcurra como consecuencia de lo dispuesto en el inciso precedente, no se computará a los efectos de la perención de la instancia.*

##### *Artículo 154*

*En todos los casos, al proveer sobre la demanda o antes de ella en caso de urgencia apreciada por el Juez, a instancia de parte, el Juzgado decretará la separación provisoria de los cónyuges.*

*En la audiencia preliminar se resolverá lo relativo a las pensiones alimenticias, al régimen de tenencia y de visitas de los hijos menores o incapaces y la cuestión de cuál de los cónyuges habrá de permanecer en el hogar conyugal, así como las expensas necesarias para el juicio al cónyuge que las necesitare y no tuviere derecho a auxilioria de pobreza.*

*El Juzgado fijará dichas cantidades, teniendo en consideración las circunstancias del caso.*

#### **Código del Niño**

##### *Artículo 40*

*La parte que está obligada a permitir las visitas o entregar al niño o*

*adolescente de acuerdo al régimen establecido, y se negara en forma inmotivada, habilitará a que la otra parte acuda personalmente ante el juez de familia de Urgencia o quien haga sus veces en donde este no exista, el cual dispondrá de inmediato la comparecencia de la parte incumplidora, siendo notificada por la policía. En caso de incomparecencia, podrá ser conducida por la fuerza pública, si así lo dispusiere el juez.*

*El juez de Familia de Urgencia o quien haga sus veces, escuchará a ambas partes y de ser inmotivada la reticencia de la parte obligada a permitir las visitas, dispondrá –apreciando las circunstancias del caso, la edad, y especialmente los intereses del niño o adolescentes– la entrega del mismo a la parte que lo reclama, la cual deberá reintegrarlo según lo acordado, salvo que el juez de Familia entienda que deberá conservarlo el solicitante, hasta tanto resuelva el juez de la causa.*

*Según el art 38 del Código de la Niñez y la Adolescencia “todo niño y adolescente tiene derecho a mantener el vínculo, en orden preferencial con sus padres, abuelos y demás familiares y consecuentemente, a un régimen de visitas con los mismos”.*

## CAPÍTULO II

### SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

#### § 2.1. Concepto

Richard Gardner, en la segunda edición de su libro *El Síndrome de Alienación Parental*, citado por José Manuel Aguilar (2006, p. 23), definió el SAP de la siguiente manera:

Un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de esta campaña.

José Manuel Aguilar Cuenca, citado por Francisco Serrano (2009, pp. 205-206), sostiene que el síndrome de alienación parental es un trastorno caracterizado de la siguiente manera:

Un conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición.

Ahora bien, considerando que el maltrato infantil consiste en “Toda acción u omisión recurrente, no accidental, que amenace y/o prive al niño en su desarrollo físico, psíquico y social, que pudiera devenir en un daño real o potencial para su integridad” (Pincever, 2011, p. 25), sostenemos que el síndrome de alienación parental y sus consecuencias guardan relación directa con este, ya que la influencia que el adulto ejerce en el niño genera consecuencias nocivas que afectan su desarrollo integral.

Esta posición es sustentada por Eduardo Cárdenas (2000), quien sostiene también que el síndrome de alienación parental es una forma de maltrato infantil. En este refiere lo siguiente:

El SAP es un trastorno que surge principalmente en el contexto de juicios de custodia de hijos. Resulta de la combinación del adoctrinamiento de un padre programador (“lavado de cerebro”) y las propias

contribuciones del niño a las calumnias hacia el padre. Es decir, es el resultado de la combinación de un padre (en general aquel que ostenta la tenencia) que agrede al progenitor no conviviente mediante su hijo, descalificándolo y hablándole mal de aquel, y el hijo que, a fin de obtener la aceptación de este progenitor, repite lo que este quiere para obtener su aprobación. El PAS es una clara forma de abuso y maltrato al menor y que puede derivar en casos de falsa denuncia de abuso sexual contra el padre agredido, en el contexto de una disputa por la custodia del menor. (2000, p. 1.045)

Siguiendo esta línea, Carlos Díaz Usandivaras señala que el síndrome de alienación parental se da en un contexto conflictivo entre la pareja y que también es una forma de maltrato. En este sentido, sostiene:

El SAP resulta un cuadro muy frecuente en aquellos casos en que se mantienen incidentes judiciales, sobre todo relacionados con la guarda y en especial con el régimen de visitas. Para detectarlo, se debe recordar su existencia y ver más allá de las acciones insidiosas y encubiertas. Sin embargo, pasa a veces desapercibido, tanto para operadores del derecho como para terapeutas, especialmente si ambos no se detienen lo suficiente en los aspectos interaccionales o si tienden a privilegiar los procesos causales lineales, tipo: víctima-victimario.

La posibilidad de que el SAP no sea detectado es frecuente y grave, pues su existencia implica una situación jurídicamente no equitativa y psicológicamente de alto riesgo para el desarrollo y bienestar de los hijos, ya que constituye una verdadera situación violenta de maltrato y abuso emocional, encubiertos, bajo la apariencia de una acción protectora. (2003, p. 1)

Respecto al maltrato infantil, la Asociación Americana de Psiquiatría (APA) precisa:

El maltrato psicológico infantil consiste en actos accidentales, verbales o simbólicos, realizados por un progenitor o un cuidador de un niño que provoquen o generen una probabilidad razonable de causar un daño psicológico en el niño. (En esta categoría no se incluye el maltrato físico ni los abusos sexuales). Entre los ejemplos de maltrato psicológicos infantil cabe citar amonestar, menospreciar o humillar al niño, amenazarlo, quitarle o hacerle abandonar —o decirle que le van a quitar o hacer abandonar— a personas o cosas que el niño quiere, recluirlo (por ejemplo atándolo de pies o de manos, o atándolo a un mueble o a cualquier objeto, o encerrarlo en un espacio demasiado pequeño (por ejemplo en un excusado), convertirlo en chivo expiatorio, obligarlo a autolesionarse y aplicarle una disciplina excesiva (por ejemplo con una frecuencia o duración extremada-

mente elevadas, incluso sin llegar al nivel de maltrato físico) con medios físicos o no físicos. (2014, p. 719).

Debemos indicar que quienes atacan la existencia del síndrome de alienación parental sostienen equivocadamente que este viene a encubrir el abuso infantil. Para rebatir esta posición, José Cuenca (citado en Serrano, 2009, pp. 208-209) refiere lo siguiente:

De hecho, el argumento de que se puede estar justificando el abuso sexual infantil alegando SAP es un argumento que demuestra un profundo desconocimiento de la práctica jurídica española e internacional. Una denuncia por presuntos abusos sexuales genera un proceso independiente penal que mientras no se resuelve provoca el efecto de que en el proceso civil de familia se ponga en cuarentena, limite o suspenda el régimen de relación y contacto con el progenitor presuntamente responsable de ese abuso. Por eso es una estrategia tan usada. El juez, que ha de procurar preservar el interés del menor y no conoce ni a la denunciante ni al denunciado, ni al niño o niña, ante un hecho tan grave que afecta a su integridad e indemnidad ha de arbitrar medidas cautelares que, mientras no disponga de una prueba personal que corrobore lo fundado o infundado de la denuncia, garantice que ese menor no pueda estar sometido a ninguna situación de riesgo o peligro, intentando conciliar ese derecho con el que se mantenga la relación, aun cuando con el debido control y supervisión. Con ello, en todo caso se asegura el objetivo real que encubre la denuncia: dificultar y obstaculizar el régimen de contacto paternofilial.

## **§ 2.2. Reconocimiento de problemas entre el niño y sus cuidadores en documentos internacionales**

Las clasificaciones diagnóstico estadísticas de trastornos mentales y del comportamiento no agotan la descripción de las dinámicas conductuales y relacionales, sean estas psicopatológicas o no.

En realidad, estas clasificaciones diagnósticas están en constante revisión, pues solo suponen cierto consenso ligado a un momento y contexto determinados. Apelar a ellas para negar o constatar un trastorno, un síndrome o una descripción conductual, relacional y contextual, tiene por lo tanto un valor muy relativo y, en todo caso, no es un argumento que deba ser utilizado para impedir la descripción de estas dinámicas si son detectadas en una valoración forense rigurosa (Vilatta y Winberg Nodal, 2017).

### § 2.2.1. Organización Mundial de la Salud

Si bien la Organización Mundial de la Salud (OMS) no se ha referido expresamente sobre el SAP, incluyó en la nueva *Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11)* los problemas que se presentan entre el niño y su cuidador dentro de la clasificación Problemas asociados con las relaciones entre las personas.

<b>Problemas asociados con las relaciones entre las personas<sup>10</sup></b>	
QE50 Problemas asociados con las interacciones interpersonales	
QE51 Problemas asociados con la interacción con el cónyuge o la pareja	
QE52 Problemas asociados con las interacciones interpersonales en la infancia	
QE52.0 Problemas de la relación entre el cuidador y el niño	QE52.1 Pérdida de una relación afectiva en la infancia
Descripción	Descripción
Insatisfacción sustancial y sostenida dentro de una relación entre el cuidador y el niño asociada con una perturbación significativa en el funcionamiento.	Se trata de la pérdida de una relación emocionalmente cercana, como un padre, un hermano, un amigo muy especial o un animal doméstico querido, por causa de su muerte, partida permanente o rechazo.

### § 2.2.2. Asociación Americana de Psiquiatría

La Asociación Americana de Psiquiatría (APA) no incluye en el Manual *DSM-5* el trastorno de alienación parental como enfermedad mental, sin embargo, reconoce problemas que también pueden ser objeto de atención clínica, tal como precisamos a continuación:

#### **V61.20 (Z62.820) Problema de relación entre padres e hijos**

En esta categoría el término padre se utiliza para referirse a cualquier cuidador principal del niño, ya sea un progenitor biológico, un padre adoptivo o de acogida, o cualquier otro familiar (como un abuelo) que desempeñe un papel parental para el niño. Esta categoría se debe utilizar cuando el principal objeto de atención clínica consiste en establecer la calidad de la relación padres-hijos o cuando la calidad de la relación padres-hijos está afectando al curso, pronóstico o tratamiento de un trastorno mental o médico. Habitualmente

<sup>10</sup> Elaborado sobre la base del CIE-11 EMM: <https://icd.who.int/browse11/l-m/es/>.

un problema de la relación padres-hijos va asociado a un deterioro funcional en los dominios conductuales, cognitivos o afectivos. Son ejemplos de problemas conductuales el inadecuado control, supervisión e implicación de los padres con el niño, la sobreprotección de los padres, la presión paterna excesiva, las discusiones que se agravan hasta llegar a la amenaza de violencia física y la evitación sin la resolución de los problemas. Los problemas cognitivos son atribuciones negativas a las intenciones de otros, hostilidad o convertir a otro en chivo expiatorio, y sensación de distanciamiento sin motivo. Los problemas afectivos pueden ser sensaciones de tristeza, apatía o rabia contra el otro miembro de una relación. Los clínicos han de tener en cuenta las necesidades de desarrollo del niño y su contexto cultural. (APA, 2014, p. 719)

### **V61.29 (Z62.898) Niño afectado por relación parental conflictiva**

Esta categoría se aplica cuando el objeto de la atención clínica son los efectos negativos de los desacuerdos de la relación entre los padres (p. ej., niveles elevados de conflicto, tensión o desprecio) sobre un niño de la familia, incluidos los efectos sobre un trastorno del niño, ya sea mental o médico de cualquier tipo. (APA, 2014, p. 719)

Conviene precisar que para la APA las relaciones fundamentales, en especial las relaciones íntimas entre parejas adultas y las relaciones padres/cuidador y niño o similares tienen un impacto significativo sobre la salud de los individuos que las protagonizan:

Estas relaciones pueden tener efectos en la promoción y protección de la salud, ser neutras o tener resultados perjudiciales en la salud. En casos extremos estas relaciones íntimas pueden ir acompañadas de maltrato o abandono, lo que tendrá consecuencias médicas y psicológicas significativas para el individuo afectado. Un problema de tipo relacional puede llamar la atención clínica por ser el motivo de la visita del individuo o por ser un problema que afecte al curso, pronóstico o tratamiento del trastorno mental o médico del individuo. (2014, p. 716)

### **§ 2.3. Clasificación**

El síndrome de alienación parental tiene diferentes niveles y se manifiesta en acciones que indican el nivel que en cada situación se da. A continuación, presentamos los tres tipos de síndrome de alienación parental propuestos por Gardner y desarrollados por Gabriela Manonellas (2007, pp. 55 y ss.).

### § 2.3.1. Casos severos de SAP

En los casos de síndrome severo, es posible encontrar una madre casi siempre fanática, de conductas arbitrarias, dispuesta a apelar a todos los recursos legales e ilegales para obstaculizar las visitas del padre.

El menor constituye una especie de estandarte que ella consiguió apresar en la batalla contra su marido. No es extraño que respondan a una personalidad paranoica. “Muchas veces la paranoia no se exhibió antes de la ruptura del matrimonio y es una manifestación de la desintegración psiquiátrica que frecuentemente resulta de las disputas de divorcio, especialmente las de custodia. La proyección es central para el mecanismo paranoico. Estas madres ven en sus maridos muchas características objetables que realmente solo existen en su interior, características que ellas no desean reconocer”.

Cuando a todo este panorama se agrega una acusación de abuso sexual, no es excepcional que este tipo de madres estén proyectando sus propias fantasías como provenientes del padre. Ni siquiera una decisión judicial que afirme que no existen evidencias de la acusación de abuso sexual modificará en modo alguno la opinión que tiene sobre el padre.

Con respecto a la madre, no suele ser posible encarar con ella una terapia tradicional. Lo usual es que no reconozca su problema psiquiátrico, y por lo tanto tampoco la necesidad de tratamiento alguno. Todos los elementos a su disposición que podrían convencerla son registrados por ella como provenientes de una tramposa connivencia entre los terapeutas y los peritos, que responden a su marido.

Es previsible que no sea de ninguna utilidad la orden de un juez en el sentido de que la madre sea tratada por un psiquiatra. Resulta curioso que un juez suponga que bastará una orden para que alguien cuyas facultades mentales están alteradas haga un paréntesis en su enajenación y acepte reconocer la gravedad de su estado.

De acuerdo con estas realidades, los jueces han de comprender que tampoco pueden ordenar un tratamiento para los niños mientras sigan viviendo bajo el mismo techo que la madre que rechaza su propio tratamiento.

El progenitor conviviente plantea su relación con el hijo, en términos que este entienda, que de su aceptación plena depende que no pierda lo que ya tiene.

### § 2.3.2. Casos moderados de SAP

Las características señaladas en los casos severos se ven, en este caso, suavizados. De todas maneras sufren una alteración mental que no se da en el caso leve de síndrome de alienación parental.

#### a) El caso de la madre

La ira demostrada por la mujer como consecuencia del rechazo del marido, ocupa en su enfermedad un sitio más amplio que la proyección paranoide. Está en condiciones de diferenciar las acusaciones lógicas de las ilógicas. De todas maneras, se mantiene “una campaña de difamación y un importante deseo de vengarse del padre, alienando al hijo”.

#### b) El caso del hijo

Los niños se encuentran menos fanáticos en su intento de denostar en su intento al padre no conviviente. Cuando están solos con él por un periodo más o menos prolongado, se muestran más proclives a renunciar a sus expresiones de rechazo, sobre todo si no se sienten apoyados por un hermano algo más grande. En estos casos, la campaña difamatoria pierde fuerza, ya que “los pequeños son en general los loritos del más grande, y así desarrollan el síndrome imitando a sus hermanos mayores”.

### § 2.3.3. Casos leves del SAP

En los casos leves, el panorama cambia radicalmente.

La madre tiene “un lazo psicológico sano” con su hijo. No se advierte en ella ningún síntoma de paranoia. Es capaz de reconocer todo el perjuicio que para el chico supone sentirse tironeado de uno y otro lado. Y aunque supone que a la hora de decidir la tenencia no puede hablarse de una verdadera igualdad de los sexos, no está dispuesta a “entrar en un litigio judicial para ganar la custodia primaria”.

Todavía es posible que en alguno de los casos leves la madre “pueda acometer algún grado de programación del niño contra el padre”, aunque no les resulta difícil reconocer que una actitud de alineación en contra del padre, “no se ubica entre los mejores intereses del menor”, y se muestran dispuestas a aceptar acuerdos conciliatorios ante las demandas de los padres”.

No es excepcional que se muestren de acuerdo “con una tenencia compartida, y hasta, incluye, permitir (aunque reacias) que el padre tenga la custodia si ellas cuentan con un régimen liberal de visitas”.

De todas maneras, ocasionalmente, podrán advertirse en ellas “algunas manifestaciones de programación para reforzar sus posiciones”.

A pesar de este panorama subsiste sin duda un componente de enojo y en ciertos casos, hasta un ansia de vengarse del otro. Aun así, lo que lleva a estas madres a tratar de reprogramar al hijo no es tanto el deseo de venganza, como el de “mejorar su posición en una situación de inequidad”.

## § 2.4. Manifestación del SAP

Según Bouza y Pedroza (2008, p. 96): “Su principal manifestación es la cruzada que emprende el niño a favor del progenitor conviviente y en contra del padre alejado. Queremos destacar que es condición necesaria que exista previamente un prolongado impedimento u obstrucción del contacto. Como así que la campaña a la que se lanza el niño sea injustificada”.

En cuanto a las manifestaciones del síndrome de alienación parental, Gardner —citado por Casals Campos (2013, p. 43)— precisa ocho síntomas para diagnosticarlo:

SÍNTOMA	DESCRIPCIÓN
1. Campaña de denigración	Esta campaña se manifiesta verbalmente y en los actos.
2. Justificaciones fútiles	El hijo da pretextos fútiles, poco creíbles o absurdos para justificar su actitud.
3. Ausencia de ambivalencia	El hijo está absolutamente seguro de él y de su sentimiento hacia el progenitor alienado y sin equívoco: es el odio.
4. Fenómeno de independencia	El hijo afirma que nadie lo ha influenciado y que ha llegado solo a adoptar esta actitud.
5. Sostén deliberado	El hijo toma de manera pensada la defensa del progenitor alienador en el conflicto.
6. Ausencia de culpabilidad	El hijo no siente ninguna culpabilidad por la denigración o la explotación del progenitor alienado.

7. Escenarios prestados	El hijo cuenta hechos que manifiestamente no ha vivido él o que ha escuchado contar.
8. Generalización a la familia extensa	El hijo extiende su animosidad a la familia entera y a los amigos del progenitor alienado.

Gardner propuso también criterios para diferenciar entre casos de denuncias falsas de abuso sexual y casos de denuncias verdaderas (citado en Casals Campos, 2013, pp. 55-56) que pueden verse en el siguiente cuadro.

ABUSO O NEGLIGENCIA	SAP
El hijo recuerda lo ocurrido sin ninguna ayuda externa.	El hijo programado no ha vivido lo que su progenitor denuncia. Necesita recordar.
Los datos que aporta son creíbles, con mayor cantidad de detalles.	Los datos que aporta son menos creíbles, carecen de detalles e incluso son contradictorios entre hermanos.
Los conocimientos sexuales son inapropiados para su edad: erección, eyaculación, felación, sabor del semen.	No tienen conocimientos sexuales de carácter físico, sabor, dureza, textura, etc.
Suelen aparecer indicadores sexuales, conductas sexualizadas, conducta seductora con adultos, juegos sexuales precoces e inapropiados con iguales (por ejemplo, <i>fellatio</i> ), agresiones sexuales a otros menores más pequeños, masturbación excesiva, etc.).	No aparecen indicadores sexuales.
Suelen existir indicadores físicos, infecciones, lesiones de abuso.	No aparecen indicadores físicos.
Suelen presentarse trastornos funcionales-pautas de sueño alteradas, euneresis, encopresis, trastornos de la alimentación.	No suelen presentarse trastornos funcionales acompañantes.
Suelen presentarse retrasos educativos- dificultades de concentración, atención, falta de motivación, fracaso escolar.	No suele presentarse retraso educativo consecuente con la denuncia.

Suelen presentarse alteraciones en el patrón de interacción del sujeto abusado-cambios conductuales bruscos, aislamiento social, consumo de alcohol u otras drogas, agresividad física y/o verbal injustificada, robos, etc.	El patrón conductual del sujeto no se ve alterado en su entorno.
Suelen presentarse desórdenes emocionales, sentimientos de culpa, de estigmatización, síntomas depresivos, baja autoestima, llanto inmotivado, intento de suicidio.	No aparecen sentimientos de culpa o estigmatización o conductas de autólisis.
El menor siente culpa o vergüenza por lo que declara.	Los sentimientos de culpa o vergüenza son escasos o inexistentes.
Las denuncias por abuso son previas a la separación.	Las denuncias por abuso son posteriores a la separación.
El progenitor se da cuenta del dolor y la destrucción de vínculos que la denuncia provoca en la relación familiar	El progenitor no tiene en cuenta, ni parece importarle, la destrucción de los vínculos familiares.
En el caso de comportamientos psicopatológicos, un progenitor que abusa de sus hijos presenta también estos comportamientos en otros campos de la vida.	El progenitor alienador aparenta estar sano en los otros campos de la vida.
Un progenitor que acusa al otro de abuso de sus hijos lo acusa en general también de abusos hacia él mismo.	Un progenitor que programa a sus hijos en contra del otro progenitor se queja en general solamente del daño que el progenitor alienado hace a los hijos, aunque los reproches contra él no deben de faltar, ya que hay separación de por medio.

En cuanto a los criterios para el análisis diferencial entre denuncias verdaderas por abuso sexual y/o (malos tratos) denuncias falsas como estrategia de un progenitor para interferir en la relación parental del hijo con el otro progenitor, Esperanza Casals Campos (2013) establece una propuesta de trabajo con un enfoque multifactorial que incluye lo siguiente:

1. Examen detallado del histórico documental del caso.

2. Testimonio del niño.
3. Testimonio de los progenitores.
4. Resultado de las pruebas cumplimentadas por el niño o la niña destinadas a valorar su estado anímico y su personalidad.
5. Investigar sobre el perfil de personalidad de los progenitores.
6. Forma y fondo del informe psicológico: criterios para estimar su valor diferencial entre una denuncia verdadera de abuso sexual (malos tratos) y una denuncia falsa como medio de interferir parentalmente.

### § 2.5. Niño alienado

Los niños alienados y padres alienadores presentan algunos comportamientos que permiten identificarlos.

Sobre el particular, Asunción Tejedor (2006, pp. 42 y ss.) establece los siguientes criterios de identificación de un niño alienado, organizados en ocho ítems:

- 1) El niño está alienado con el progenitor alienador en una campaña de denigración contra el progenitor objeto, en la que el niño contribuye activamente. Se manifiesta verbalmente y en los actos. Normalmente el progenitor alienador transmite al hijo cantidad de detalles, sentimientos negativos y malas experiencias vividas con el progenitor odiado, absorbiendo el hijo toda esta negatividad y entonces adopta el papel de protector del progenitor alienador. El síntoma característico es el odio a un progenitor que el hijo manifiesta sin turbación y culpa.
- 2) Las razones alegadas para justificar el descrédito al progenitor objeto son a menudo débiles, frívolas o absurdas. El hijo da pretextos fútiles, poco creíbles o absurdos para justificar su actitud. Un ejemplo de este aspecto es cuando un niño decía no querer visitar a su padre porque “una vez no me dejó un folio para dibujar”.
- 3) La animadversión hacia el progenitor rechazado carece de la ambivalencia normal en las relaciones humanas. El hijo está absolutamente seguro de él y de su sentimiento hacia el progenitor alienado: el odio.
- 4) El niño afirma que la decisión de rechazar al progenitor objeto es exclusivamente propio, lo que Gardner llama el fenómeno del “pensador independiente”: el hijo afirma que nadie le ha influenciado y que ha llegado solo adoptar esta actitud.

5) El niño apoya reflexivamente al progenitor con cuya causa está alienado. Es un sostén deliberado: el hijo toma de manera pensada la defensa del progenitor alienador en el conflicto, siente que debe elegir y quien tiene el poder y de quien depende su supervivencia es el progenitor alienador, por lo que no se atreve a acercarse al progenitor alienado o contará solo lo negativo de las visitas para mantener al progenitor con el que convive contento.

6) El niño expresa desprecio sin culpa por los sentimientos del progenitor objetivo u odiado.

7) Se evidencian escenarios prestados, por ejemplo, las afirmaciones del niño reflejan temas y terminologías propias del progenitor alienador. El hijo cuenta hechos que manifiestamente no ha vivido él o que ha escuchado contar. Como ejemplo podemos citar las manifestaciones de un niño que al ser preguntado por qué estaba enfadado con uno de sus padres, explicó: “él rompió los votos de matrimonio”. Al ser preguntado qué voto, respondió: “él cometió adulterio”.

8) La animosidad se extiende a quienes a la familia extensa y a quienes se asocian con el progenitor odiado. Como un virus, el SAP puede extenderse y contaminar a todos, los miembros de la familia del progenitor odiado. Los tíos, primos, abuelos, con los que anteriormente había mantenido una buena relación ahora son vistos como “repugnantes y odiosos” y no hay ningún deseo de relacionarse con ellos.

Por su parte, Bouza y Pedrosa (2008) señalan que el niño alienado comienza una campaña de desprestigio contra el padre no conviviente. En este sentido, precisan:

Es la postura del niño como abogado del padre conviviente, ubicándose como prueba viviente de que “odia” al otro progenitor. Su discurso es una “letanía”, ya que el menor dice siempre las mismas palabras, muchas veces repetidas y aprendidas del propio discurso del alienador y desde la perspectiva de este adulto. (p. 100)

Con relación a la valoración de la negativa de los menores hacia uno de sus progenitores, Manonellas sostiene que es necesario tener en cuenta la edad del niño (2007, pp. 41-42):

En niños de corta edad el rol de ambos progenitores es fundamental y la ausencia del vínculo con uno de ellos provocará daños irreparables. Partiendo de esta premisa, en niños de corta edad debemos considerar que si bien se debe tener en cuenta la opinión del menor y verificar de dónde parte esa actitud negativa hacia uno de los progenitores, la negativa del menor es irrelevante a los fines de que se pudiese tener como no encuadrada la conducta del sujeto activo en la comisión del delito previsto en la ley.

Cuando hablamos de menores de mayor edad, ya adolescentes o cercanos a la mayoría de edad, la opinión en principio del menor tendría otra fuerza y debería ser considerada con más atención por el juzgador a los fines de analizar si el sujeto activo, en definitiva, ha cometido la obstrucción tipificada en la ley 24.270.

En principio se debe verificar por parte del tribunal a través de pericias si dicha negativa no tiene como causa generadora el obrar del progenitor conviviente, toda vez que ella puede ser fruto de su accionar actual o de un obrar producido a lo largo de años. En caso de comprobarse que la negativa tiene como causa el obrar del progenitor, obviamente no puede ser tomada en consideración y tendríamos un claro supuesto de tipificación del delito previsto por la norma legal en análisis.

Si por el contrario se verificase judicialmente que hay causas graves que han originado la negativa, consideramos relevante la opinión del menor, y dependiendo de las particulares circunstancias de cada caso se lo debería proteger y, al mismo tiempo, tratar (en lo posible) de que se lo pueda revincular con su progenitor a través de tratamientos que el tribunal interviniente deberá instrumentar teniendo muy en cuenta las particulares características del menor y su progenitor y las demás circunstancias del caso, siempre que estas no encuadraran en la gravedad de las ya referidas al analizar el artículo 1 de la ley, es decir, aquellas que pongan en peligro algún aspecto de la salud del menor.

Francisco Serrano, jurista español, hace referencia a un caso de tres menores en el que concurrían todas y cada una de las características que identifican un SAP de grado severo:

1. Campaña de desaprobación: los hijos participan en las injurias o descalificaciones que pueden estar escuchando sobre uno de sus progenitores. Es notoria la desaprobación que los tres hijos realizan de la figura paterna y que ha sido puesta de manifiesto tras la separación de las figuras parentales. Una desaprobación que parece haberse consolidado durante las sesiones de terapia grupal en las que participan conjuntamente madre e hijos, algunas de las cuales se han recibido en centros institucionales a los que han sido derivados por malos tratos. Todo ello sin descartar los comentarios procedentes del medio familiar.

2. Explicaciones escasamente justificadas para sustentar la campaña de desaprobación: la utilización de excusas o motivos y argumentos nuevos para desacreditación del progenitor alienado. En este sentido se ha de resaltar la referencia casi exclusiva a uno o dos episodios (interpretación de manera unilateral, en el sentido de que se considera

culpable o responsable al padre sin contemplar las motivaciones del mismo) que consideran suficientes para justificar la desaprobación y que son repetidos sistemáticamente por los tres hermanos, en el caso de la pequeña incluso sin haber estado presente. El resto de los motivos de desaprobación se basan en actuaciones cotidianas que son sobredimensionadas en sus aspectos negativos, por los niños.

3. Ausencia de ambivalencia efectiva: Incapacidad para reconocer aspectos positivos de la personalidad o del comportamiento del progenitor alienado o de vivencias compartidas con él o ella. Los niños muestran una actitud hostil sin reconocimiento de posibles aspectos positivos y negación de vivencias gratificantes compartidas con el padre. Asimismo, manifiestan que son más conscientes de lo negativo de las actuaciones del padre que una vez se ha producido la separación, eso es, no lo vivenciaban como especialmente traumático, mientras vivían con él.

4. El fenómeno del “pensador independiente” en la que el hijo niega la influencia que otras personas han podido tener para su manera de percibir y vivenciar a la figura alienada. En todo momento los niños manifiestan que su actitud está sobradamente justificada por la conducta de su padre y niegan la influencia de otras personas. La excepción la constituye la hija pequeña que admite que no ha estado presente en gran parte de los hechos que narra y que son sus hermanos quienes se los han contado.

5. Apoyo del padre alienador en el conflicto parental. Son escasas las críticas que realizan a la figura materna, manifestando una relación fluida y gratificante con la misma. No hay valoración de su implicación en la dinámica ni conflictiva conyugal ni en ninguno de los problemas que los niños dicen haber vivenciado.

6. Ausencia de culpa sobre la crueldad de los sentimientos generados en el progenitor alienado. Efectivamente los niños manifiestan que si su padre lo está pasando mal es porque se lo merece. Especialmente revelador resultaba el testimonio de la hija pequeña “si mi padre tiene un accidente porque está borracho, porque para olvidar sus penas se emborracha, lo ha hecho él y yo no soy culpable”. Es de destacar, igualmente lo impropio del razonamiento dada la edad de la niña.

7. La presencia de escenarios prestados: el hijo o la hija narra escenas o conversaciones en primera persona aunque jamás hayan ocurrido en su presencia. Como comentaba este aspecto es más patente en el caso de la hija pequeña y, aunque presente, es menos revelador en el de los otros hijos.

8. Extensión de la animosidad hacia los amigos de la familia extensa del progenitor alienado con quienes antes han mantenido relaciones armónicas, afectivas y cordiales. En realidad y aunque los dos progenitores manifiestan que durante su convivencia existían relaciones normales con la familia paterna, los niños lo niegan y encuentran igualmente justificado su actual rechazo a los mismos por los comportamientos de estos (que se basan en comentarios generales, sin que puedan concretar en acciones o momentos concretos). (Serrano, 2009, pp. 2015-216)

Cabe precisar que los niños pueden dar por cierto determinados hechos bajo la influencia del padre alienador. En este sentido, Padilla, citado por Inés Lucero (2011, pp. 51-52), señala lo siguiente:

Está comprobado que los niños menores de siete años son incapaces de relatar falsamente un suceso con el propósito deliberado de perjudicar a un tercero, motivo por el cual cualquier historia no verdadera de abuso sexual, no ha sido inventada por el niño ni es el resultado de una mentira propia, en definitiva: ha sido instalada por adultos. Afirma que en los menores en particular en los más pequeños si se insiste desde una posición de poder e influencia muchas veces es posible rellenar ciertas huecos con otros “sucesos” que se quiere instalar como reales:

[...] si una persona adulta, y con influencia sobre un niño lo induce a tomar como ciertos hechos que no acontecieron, una vez que se forma una construcción de este tipo en su mente, ese niño actuará y hablará con la mayor convicción de que está en lo cierto.

Sobre el particular, Carlos Díaz Usandivaras (2003) enfatiza la bipolaridad de la concepción del niño respecto a sus progenitores y precisa:

El SAP se manifiesta a través del odio expresado por el niño a uno de sus progenitores y a su familia de origen, generalmente en forma de un lenguaje inusual y aprendido o prestado. Los argumentos que justifican el odio son triviales, pero sobrevalorados. La denigración del progenitor odiado es mucho más intensa en presencia del progenitor amado. Se percibe una absoluta ausencia de ambivalencia en los sentimientos, que son totalmente polarizados; uno es todo bueno y el otro es todo malo. No hay ningún sentimiento de culpa por el rechazo al progenitor. (p. 5)

## § 2.6. Padres alienadores

Con relación a las características de los padres alienadores, Major J., citado por Asunción Tejedor propone las siguientes características:

- Su deseo de control de los hijos sería una cuestión de vida a muerte, no pueden reconocer la independencia de sus hijos como personas.
- No respetan ni las reglas ni las sentencias, con la convicción de que las reglas son para otros y no para ellos.
- Se les puede considerar como sociópatas y sin conciencia moral, y solo ven la situación desde su propio punto de vista, llegando incluso a no diferenciar entre la verdad y la mentira.
- Quieren controlar totalmente el tiempo que sus hijos pasan con el otro progenitor. Para ellos permitir que sus hijos se alejen de su lado es como quitarles una parte de su propio cuerpo.
- Son capaces de convencer a cualquiera de su desamparo y desesperación, y la gente implicada en el proceso suele creerles (jueces, policías, abogados e incluso los psicólogos).
- Pueden ser muy hipócritas y muestran que se esfuerzan para que sus hijos visiten al otro progenitor a la vista de los demás, por eso suelen alegrarse cuando los hijos manifiestan su desprecio, así ya han ganado la batalla y no son ellos sino los hijos los que se niegan a relacionarse con el progenitor odiado.
- Ofrecen resistencia a la evaluación psicológica porque temen que sus manipulaciones puedan ser descubiertas.
- Sus manifestaciones a veces pueden llegar al absurdo y a lo increíble debido a que están basadas en sus propias ilusiones y en las mentiras. (2006, p. 53)

Por su parte, Sanz –psicóloga especializada en diagnóstico y tratamiento de abuso sexual infantil– citada por Inés Lucero (2011), destaca que los casos de falsas denuncias se pueden clasificar en dos categorías:

1) Las fabricadas sobre la base de erróneas percepciones

Estos casos se observan en el periodo de disolución marital, donde la exacerbación de los conflictos puede hacer que la persona desvirtúe las características del cónyuge de tal manera que ciertas conductas sean internamente deformadas.

2) Las fabricadas racional y maliciosamente por los adultos

En los supuestos en los que se ha descubierto relatos maliciosos, el factor preponderante siempre fue el trastorno de personalidad de los adultos denunciadores, rasgos antisociales, severos déficits en la estructuración del súper-yo, personalidades manipuladoras, intrusivas, narcisistas o *border line*. (pp. 52-53)

Según Graciela Manonellas (2007), existen modos de actuar que se repiten con constancia y se convierten en clásicos, ya que permiten identificar al padre o madre alienador, como el sabotear la relación entre los hijos y el otro progenitor. Entre estos comportamientos, se cuentan:

- Impedir que los niños sepan que los llamó el otro progenitor.
- Adelantarse a organizar programas que coincidan con el tiempo que el otro progenitor dispone para hacer uso de su derecho de visita.
- Organizar reuniones con los hijos y la nueva pareja, presentándolo como “su nueva madre” o “su nuevo padre”.
- Impedir que lleguen a los niños cartas o paquetes que le son enviados por el progenitor no conviviente.
- Desvalorizar en alguna forma a la otra parte estando los hijos presentes.
- Tratar de que el otro progenitor no tenga acceso a información relacionada con actividades de los hijos, como deportes y otras actividades escolares.
- Hacer referencia en forma despectiva al nuevo cónyuge del otro progenitor.
- Dificultar o impedir el derecho de visita al progenitor no custodio.
- Simular olvidarse de avisarle al otro progenitor de citas a las que deba concurrir el niño (psicólogo, dentista, médico).
- Complicar a su entorno (como los abuelos y al nuevo cónyuge) en el lavado de cerebro a que se somete al niño.
- Tomar por propia cuenta decisiones básicas con respecto a los hijos (como elección de escuela, p. ej.), sin que el otro progenitor tenga oportunidad de dar su parecer.
- Intento de cambiar apellidos y nombres del menor.
- Trabar la posibilidad de que el otro progenitor tenga acceso a documentos o expedientes escolares o médicos de sus hijos.
- En época de vacaciones, irse el progenitor conviviente sin los hijos, dejándolos en otras manos, e impedir, al mismo tiempo, que el otro progenitor los cuide, aunque esté disponible y dispuesto a hacerlo.
- Hacer comentarios negativos acerca de indumentaria regalada por el otro progenitor, influyendo en lo posible para que el niño no la use.

- Formular a los niños amenazas de castigo en caso de que se pongan en contacto con el otro progenitor, sea por correo o por teléfono.
- Hacer responsable al otro progenitor, a través de reproches, sobre el comportamiento deficiente de los niños. (Manonellas, 2007, p. 49)

Debemos precisar que la acción del cónyuge alienador no es una cuestión de género, puesto que tanto la madre como el padre pueden influir negativamente en sus hijos a fin de desprestigiar al cónyuge no conviviente. Tal como refiere Mizrahi (2015), esta precisión se realizó en la ley 12.318 en Brasil.

Es importante especificar que el tema que ahora nos ocupa lejos está de constituir una cuestión de género, habida cuenta de que el proceso de exclusión de un progenitor puede recaer en la madre o en el padre (mujer u hombre); o sea que tanto el progenitor como la progenitora del niño pueden ser los que están unidos a este por un vínculo patológico y que, con intervención interdisciplinaria es necesario neutralizar. Así, verbigracia, se lo ha interpretado en Brasil país que sancionó en el 2010, la ley 12.318. Este cuerpo normativo, sin efectuar ninguna discriminación sexual o de género, considera acto de alienación parental a la interferencia en la formación psicológica del niño o adolescente. Entre otros síntomas que certificarían la presencia del SAP, la ley brasileña hace referencia al repudio del otro progenitor, la campaña de descalificación de la conducta de un padre, dificultando el ejercicio de la responsabilidad parental, omitir deliberadamente informaciones personales relevante sobre el hijo común, presentar falsas denuncias (de un progenitor contra el otro), cambios de domicilio sin justificación para dificultar el contacto del niño con el otro padre, etc. (art. 2). (Mizrahi, 2015, pp. 677-678)

## § 2.7. Testimonios de niños alienados

Angélica Verduzco (2011, pp. 249-252) ejemplifica las ocho conductas que según Gardner presentan los niños alienados. Para ello, consideró los testimonios aportados por el Centro de Convivencia de México<sup>11</sup> a través de los reportes de los trabajadores sociales.

---

<sup>11</sup> Artículo 169 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior del Distrito Federal. El Centro de Convivencia Familiar Supervisada es un órgano del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal con autonomía técnica y operativa que tiene por objeto facilitar la convivencia paterno-filial en aquellos casos en los que, a juicio de los titulares de los Juzgados y Salas de lo Familiar, esta no puede realizarse de manera libre o se ponga en riesgo el interés superior del menor.

**1. El niño denigra al padre alienado con el lenguaje y con un comportamiento severo de oposición. El niño ha aprendido que esto es lo que espera de él por parte del padre que aliena.**

- Niño de 5 años

“Mi papá es malo porque me robó y se llevó mis juguetes”.

- Niño de 9 años

El Sr. se acercó a sus hijos y les preguntó: “¿Cómo han estado?”.

El menor respondió a su padre: “Cállate la boca, estúpido”.

- Niño de 10 años

“No quiero venir aquí, no te quiero ver porque eres borracho”.

A lo que el padre le contestó: “¿Cuándo viste eso, tu mamá te lo dijo?”.

El niño contestó: “Tú me llevabas contigo”. El padre respondió: “No es cierto”.

-Niña de 11 años

“Aléjate, no voy a pasar, me dejas en vergüenza cuando vas al Colegio”.

**2. El niño ofrece razonamientos débiles, absurdos o frívolos por su enojo. Cualquier pretexto sirve como justificación para oponerse al encuentro con el padre rechazado.**

- Niño de 4 años

La mamá le mencionó nuevamente que fueran a convivir fuera, el menor le dijo que él no iría.

“Ya me quiero ir porque tengo hambre”.

- Niña de 5 años

“No me quiero quedar porque estoy cansada y no quiero jugar”.

- Niña de 7 años

“No me quiero quedar, no quiero ver a mi papá, además, tengo mucho sueño, ya llegué, y ya me voy; ya vine, ya me voy, no lo quiero ver, no quiero estar con él, ya llegué, ya cumplí, ya me voy”.

*(Continúa en página siguiente).*

**3. El niño no presenta ninguna ambivalencia, por ejemplo solo odio y no combinado con amor para el padre alienado. Al padre que aliena le deposita todas las características positivas y en cambio al padre rechazado, todas las negativas, aun cuando haya habido momentos en los que fue feliz al lado del padre rechazado, ahora son recordados como si hubieran sido forzados.**

- Niño de 8 años, junto con su hermana de 7 años

“No te tenemos confianza, no te queremos, no nos gusta venir aquí”.

- Niña de 8 años

“No quiero verlo ni hablar con él, porque nos abandonó, no recuerdo desde cuándo no lo veo, pero sé que es mucho. No lo quiero, díganle que se vaya, no lo quiero escuchar, mamá, tápame los oídos”.

- Niños de 10 años

“No queremos entrar, no queremos ver a esa señora, porque nos quiere llevar a su casa. No la queremos ver y la odiamos. Ya me quiero ir, no te quiero”.

- Niña de 12 años

“Nos hace mal verte, no queremos vivir contigo. No quiero verlo, me cae gordo, me da miedo su mirada”.

**4. El niño presenta el fenómeno del pensador independiente. Manifiesta que él solo llega a las ideas de denigración, subrayando además que nadie le dijo que dijera eso. Incluso la madre apoya esto con frases como “Yo no le digo nada, él es el que lo dice”.**

Niña de 6 años.

“A mí nadie me dice nada, yo solo lo digo, mi corazoncito me lo dice”.

Niña de 7 años.

“A mí nadie me dice lo que tengo que decir, yo solita lo pienso” (esto sin preguntarle nada).

Niño de 11 años.

“No estamos influenciados, mamá, nosotros nos dimos cuenta de todo” (aun cuando no se les pregunte si están influenciados o si alguien les dice lo que tienen que decir).

**5. El niño siente una necesidad de proteger y apoyar al padre que aliena. Esto ocurre ya sea porque lo percibe perfecto o porque lo percibe débil frente al otro.**

- Niña de 9 años

La menor refirió: “Me voy a ir con mi papá” y agregó: “Solo voy a salir contigo cuando le des los treinta mil pesos, vas por mí, a recogerme”. La mamá indicaba que no tenía el dinero y que no era justo que su hija la abandonara por esa razón.

- Niña de 10 años

“No me voy con él hasta que le dé dinero a mi mamá”.

- Niño de 10 años

El menor refirió que su mamá le había dicho que dijera que su papá tomaba cerveza, por lo que se observó que el menor se mostraba poco participativo con su progenitor y al poco tiempo se retiraron.

- Niño de 10 años

Le pagaba a los hermanitos para que no entraran a convivir.

**6. No hay culpa por la crueldad que demuestra hacia el padre rechazado. El niño manifiesta una crueldad inusual hacia este y tampoco muestra gratitud por lo que ha recibido de él.**

- Niño de 6 años

Al preguntarle el papá qué quiere por Navidad, el menor contesta: “Que te mueras”.

- Niña de 7 años

“Quiero que atropellen a esa señora y que se muera”.

- Niño de 8 años

“Ya me quiero ir a mi casa, prefiero ver muerta a esa señora. Esa es una señora, ella no es mi madre, ella es una bruja, una mentirosa”.

- Niño de 14 años

“No quiero hablar contigo, ni verte y no me vas a hacer cambiar de esa posición, no voy a cambiar contigo, para mí tú ya no eres nada, ¡ah! Espérate sentado, porque nunca vamos a convivir contigo”.

*(Continúa en página siguiente).*

**7. El niño utiliza escenarios prestados o de manera vívida describe situaciones que él no ha experimentado. Utiliza lenguaje y expresiones que claramente no le pertenecen ni corresponden a su edad.**

- Niño de 6 años

“No lo quiero ver porque nos tardamos mucho tiempo en divorciarnos”.

- Niña de 6 años

“Yo me quiero ir con mi padre, no quiero estar en este lugar y mucho menos quiero convivir contigo, entiende que no quiero verte, tú eres mala, quiero que me digas la verdad, solo la verdad, ¿tú te estabas besando con otro hombre? Dime la verdad, pero quiero la verdad, no mentira”.

- Niña de 9 años

“Él no da dinero, no se hace responsable de nosotros, claro, exige ver-nos, yo tengo cosas que hacer”.

- Niño de 11 años

“Nos duele mucho que nos haya traicionado con mi tío y que además hayan tenido un hijo”.

**8. El rechazo o el rencor se extiende hacia los amigos y/o a la familia extensa del padre alienado. Todas las personas que rodean o están relacionadas con el padre alienado están incluidas en el rechazo.**

- Niño de 10 años

Al pedirle el trabajador social que expresara por qué no quería convivir ni con su papá ni con su abuela, el niño contestó:

“Me caen mal los dos”.

- Niño de 10 años

Al pedirle la mamá que pasara a convivir con ella, el niño contestó:

“Vete con tu estúpido esposo y tus malditas hijas, no me importas tú ni tu maldita familia, ni quiero que vengan aquí porque también los mato”.

## § 2.8. Irreparabilidad de los daños generados por el SAP

Debemos señalar que los daños causados por un miembro de la familia tienen un impacto específico, ya que el responsable incumple los deberes de cuidado y de solidaridad que deben existir dentro del grupo familiar. Sobre el particular, Graciela Medina (2015, p. 2) sostiene lo siguiente:

Es que las relaciones familiares tienen un especial contenido solidario y es en el ámbito familiar donde el individuo se puede desarrollar y al mismo tiempo es en ese ámbito íntimo donde más se puede da-

ñar al otro, es por eso que no puede quedar sin indemnizar los daños causados por quien tenía la obligación de ayudar a desarrollar al otro y en su lugar produce un daño cuya gravedad debe ser apreciada justamente por haber sido provocada en el entorno familiar.

Valga aclarar que todo daño producido en el entorno de la familia es en principio más grave por el hecho de ser provocado en el ámbito familiar. Así una violación, que es siempre un hecho gravísimo, si es producida por quien en principio tenía la responsabilidad del menor o del incapaz, como si se produce entre esposos genera una lesión más profunda porque es producida por quien tenía una especial obligación de cuidado y no una mera obligación de no dañar.

La particularidad de los daños causados por el síndrome de alienación parental está en las consecuencias nocivas e irreparables que generan en el vínculo entre el padre no conviviente y el hijo. La alteración del régimen de comunicación conduce a situaciones de incertidumbre, dolor y pérdida en los miembros de la familia. La falta de contacto por un tiempo prolongado entre estos puede generar que este vínculo no se recupere jamás. De un lado, el niño se verá privado de contar con la presencia de su padre y, del otro, el padre se verá en la imposibilidad de apoyar en el cuidado y desarrollo de su hijo. En consecuencia, ambos perderán momentos invaluable que no se pueden recuperar.

Cabe precisar que ambos cónyuges pueden ser responsables de dañar mutuamente su imagen frente al hijo y que esto influye en causar daño en el vínculo comunicacional que mantienen con el menor. Sobre el particular, Lidia Makianich (1997, p. 226) precisa lo siguiente:

Los perjuicios en materia de incumplimiento u obstrucciones del régimen de visitas pueden ser ocasionados, total o parcialmente, tanto por el progenitor investido de la tenencia, cuando obstruye la adecuada comunicación del otro con su hijo, en cuyo caso pueden existir dos damnificados, el menor, por un lado, y el “visitador”; por otro. A su vez, este último también puede causar daño obstaculizando el ejercicio de los derechos-funciones emergentes de la guarda (instigando al hijo contra el titular de la tenencia, inmiscuyéndose perturbadoramente en el ejercicio de las funciones del detentador de la guarda, por ejemplo), casos en los cuales también puede producir la existencia de dos víctimas: el otro progenitor y el hijo.

Ahora bien, la normativa permite que el padre no conviviente, cuya imagen ha sido afectada, tenga el derecho a que se le reparen los daños sufridos. La doctrina ha señalado que cuando el síndrome de alienación parental está tan profundizado es posible que la indemnización tenga un alcance reparador y preventivo, pero que cuando este síndrome está tan

arraigado, la revinculación será imposible. En este sentido, Makianich (citada en Medina, 2008, p. 606) advierte:

Esta doble función reparatoria-preventiva de la indemnización se advierte con claridad en las hipótesis en las que, al no estar tan profundizado el SAP, es posible revincular a las partes: el hecho de afrontar la indemnización “ayudará” a generar en el guardador un cambio de conducta y –normalmente– evitará caer en actitudes semejantes, aunque sea para evitar otra condena. En palabras de Makianich de Basset, la agresión al bolsillo –la víscera que más duele– puede transformar en seres razonables a quienes hasta ese momento no estaban dispuestos a entender razones.

Sin embargo, la justicia de la indemnización por la obstrucción injustificada del derecho de visitas se visualiza en forma patente en aquellos supuestos en los cuales el SAP está tan arraigado en el niño que resulta irreversible. Se alcanza así un grado que hace definitivamente imposible la reconstitución del vínculo roto, pues la alienación es tal que resulta perjudicial para su salud forzar la comunicación con el progenitor excluido.

En tales supuestos, el padre que a causa de la actitud nociva de quien fue su pareja pierde toda posibilidad de relacionarse con su hijo, sin dudas merece la reparación del daño ilícitamente inferido (Medina, 2008).

Cuando el régimen de comunicación se ve afectado por la actuación del cónyuge conviviente, el juez debe asumir un rol activo para que esta situación no afecte el derecho a la comunicación entre el menor y el padre no conviviente. En este sentido, el artículo 557 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que este puede adoptar medidas razonables al responsable del incumplimiento.

*Artículo 557. Medidas para asegurar el cumplimiento. El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia.*

Dentro de las medidas orientadas a resarcir el daño ocasionado al cónyuge no conviviente, podemos mencionar las siguientes (*Ver cuadro en página siguiente*).

Sobre el particular, consideramos que si bien la normativa reconoce que el cónyuge no conviviente tiene derecho a que los daños que se le han causado por la obstrucción del régimen comunicacional le sean reconocidos, los padecimientos sufridos y la pérdida del contacto con su hijo durante su crecimiento son irreversibles y una reparación económica no puede recuperar el tiempo perdido entre padre e hijo.

MEDIDAS RESARCITORIAS	CONTENIDO
Astreintes (artículo 804 del CCCN)	Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial.
Cláusula penal (artículo 790 del CCCN)	La cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación.
Garantías	Tienen como finalidad la efectividad de las cláusulas penales. Estas pueden ser personales (fianza) o reales (prenda o hipoteca).

En este sentido, compartimos lo sostenido por Lidia Makianich (1997, pp. 228-229), quien señala lo siguiente:

La infancia y adolescencia son etapas de gran vulnerabilidad, así como de enorme trascendencia para la vida futura. Las actitudes de los padres que impidan un contacto adecuado, con el que se intenta paliar la ausencia de convivencia, y la frustración que normalmente acarrea la integración de un hogar monoparental o segmentado no solo producen sufrimiento en el menor, sino que muchas veces resultan patogénicas y acaso productoras de daños irreversibles.

En realidad, toda acción u omisión violatoria total o parcialmente de los derechos-deberes subjetivos familiares que emergen del vínculo filiatorio, que cause adecuadamente daños, sean estos de naturaleza extrapatrimonial o patrimonial, debe obligar a reparar. El Derecho no puede permanecer impasible ante una paternidad o maternidad irresponsable, consagrando una inmunidad que ponga a cubierto al progenitor claudicante de sus deberes, de la obligación, frente al daño causado, de resarcirlo íntegramente, aunque este calificativo se presente en la realidad histórico-vivencial del damnificado como una utopía.

Por su parte, Graciela Medina señala que medidas como la aplicación de astreintes y el cambio de tenencia no reparan los daños. En este sentido, destaca:

Medidas tales como la aplicación de astreintes o el cambio del régimen de tenencia en modo alguno tienden a reparar los daños causados. En efecto, a través de las astreintes lo que se pretende es lograr el cumplimiento de una disposición del juez —por ejemplo, que se cumpla el régimen de visitas establecido—, pero no implican

una reparación del daño ya causado. El cambio del régimen de tenencia tampoco tiene finalidad resarcitoria, y aun cuando pueda ser considerado una sanción al progenitor que detentaba la guarda, no siempre será la mejor solución al problema, pues dicho cambio puede resultar perjudicial para el hijo. (Medina, 2008, p. 207)

Un fallo emblemático con relación a la reparación por los daños producidos por el síndrome de alienación parental es el resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca. En este caso, el padre de un menor denunciado por su exesposa por el delito de abuso sexual de aquel inició acción de daños y perjuicios en contra de esta en razón de la denuncia calumniosa realizada. El juez de grado hizo lugar a la demanda y condenó a la accionada por el daño moral padecido por el actor y estableció la cantidad de 50.000 pesos. Apelada la sentencia por ambas partes, la Cámara confirmó la sentencia de grado y elevó el monto indemnizatorio reconocido a favor del actor a 100.000 pesos.

En el caso se determinó que la versión dada por el niño no fue espontánea, pues se construyó bajo la influencia de la madre, que generó así que este rechace a su padre. La Cámara señaló expresamente que el relato estaba contaminado y precisó lo siguiente:

Los profesionales que entrevistaron a G. debieron —y no lo hicieron—, para estimar confiable su relato y obtener por lo tanto información objetiva y válida, buscar una narración lo más completa posible a través, en primer lugar, de preguntas generales para establecer la existencia de comunicación adecuada, para luego pasar al relato del hecho mediante preguntas abiertas y solo en un momento posterior, a través de preguntas más focalizadas, siendo particularmente importante destacar que debe el entrevistador abstenerse de formular preguntas que incluyan datos que no fueron mencionados por el niño. Ello no solo no ocurrió en el caso de autos sino que hemos observado cómo claramente la madre induce los datos, si no los aporta directamente. De cualquier manera, aun actuando con toda la prudencia y diligencia, muchas veces quedan dudas. Y resulta posible, no siendo este un dato menor, que el niño sienta que complace al adulto si dice algo más y por ello narre hechos no vividos para complacer al adulto, en este caso su madre, Sra. A. Y ya hemos visto que surge de la prueba de autos la tendencia de G. a “complacer” al progenitor con quien está en la ocasión, adaptando el discurso a las circunstancias.

Cabe señalar asimismo que la declaración inicial del niño es la de mayor validez, en orden a su credibilidad, ya que en las posteriores pueden interactuar factores diversos que hagan variar el relato inicial; e indudablemente cuando el niño se expresó ante los profesio-

nales ya había “conversado” varias veces con su madre al respecto, lo que una vez más hace no creíble su relato, todo lo cual no pudo pasar inadvertido a la Sra. A. A su vez, resultan determinantes el conocimiento, la comprensión y la habilidad del profesional que evalúa, como así también su capacidad para transmitir las explicaciones y razonamientos por los cuales llega a discernir que el abuso sexual ha ocurrido, habilidad y conocimiento que no se desprende de los diagnósticos de abuso sexual que surgen de estas actuaciones, de los cuales se valió A. para efectuar la terrible denuncia que desembocó en estas actuaciones.

Es claro que en la entrevista desgrabada el profesional incumplió reglas mínimas que hacen a una correcta evaluación psicológico-forense, al no proveer de la necesaria privacidad a sus entrevistas con G., permitiendo la presencia de su madre.

**Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, B., G.M. c. A., M.E., 19/09/2006, LLBA2006, 1454. Cita Online: AR/JUR/4960/2006.**

La Cámara reconoció que la falsa denuncia de abuso sexual en contra del accionante le generó los siguientes daños:

- a) Ha sido privado de su libertad personal por el lapso de veintidós días (desde el 22/5/2000 hasta el 13/6/2000).
- b) Se ha visto privado del contacto con su hijo menor durante largos años.
- c) Ha visto severamente afectado su honor, principalmente en su faz objetiva.

Asimismo, la Cámara decidió compensar los daños en los siguientes términos:

Dada la naturaleza de los menoscabos sufridos por el actor, estimo adecuado compensarlos de la siguiente manera:

- a) La privación de su libertad personal por el lapso de veintidós días, con unas vacaciones recorriendo el país durante idéntico lapso de tiempo. Porque estimo a esas vacaciones como la máxima expresión de la libertad, el opuesto contradictorio al encierro compulsivo que padeció.
- b) La privación del contacto con su hijo menor durante años con una mejora estructural y/o de comodidades en su casa, generando un más confortable ámbito donde pueda disfrutar placenteramente con su hijo muchos hermosos momentos a lo largo de su vida.

c) Su severa afectación al honor con algún objeto material que le reporte placer, que según los gustos podría ser un cambio de automóvil, una lancha, un equipo de audio o audio-video de categoría, etc.

A fin de adquirir tales bienes, estimo adecuada la cantidad de \$100.000, razón por la cual es notoriamente baja la indemnización fijada en \$50.000 en la instancia de origen, aspecto en el que corresponde modificar la decisión.

En definitiva, y en el entendimiento que la sentencia dictada en autos es justa en términos generales, pero injusta en cuanto determina pecuniariamente la indemnización por el daño moral padecido por el actor, voto parcialmente por la afirmativa.

**Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, B., G.M. c. A., M.E., 19/09/2006, LLBA2006, 1454. Cita Online: AR/JUR/4960/2006.**

## § 2.9. Regulación en Brasil y en México

El SAP se reguló expresamente en dos países de la región. En el caso de Brasil, la legislación mantiene vigente la aplicación de esta figura, mientras que en México la normativa que lo regulaba fue derogada.

### § 2.9.1. Brasil

En el año 2010, Brasil sancionó la ley 12.318, en cuyo artículo 2 establece que la alienación parental consiste en la injerencia en la formación psicológica del niño, niña o adolescente promovida o inducida por uno de los padres, por los abuelos o por quienes tienen al niño o adolescentes bajo su autoridad, custodia o vigilancia para repudiar al padre o que cause perjuicio al establecimiento o mantenimiento de vínculos con él.

En esta se establece que son formas de alienación parental las siguientes:

*I- La apertura de la campaña de descalificación de la conducta de los padres en el ejercicio de la paternidad;*

*II- Obstaculizar el ejercicio de la patria potestad;*

*III- Impedir el contacto con niños o padres en la adolescencia;*

*IV- Obstaculizar el derecho de la vida familiar regulado;*

*V- El padre deliberadamente omitir información relevante sobre su persona niño o adolescente, incluyendo educación, medicina y el cambio de domicilio;*

*VI- Para presentar denuncia falsa contra el padre, la familia en contra de este o en contra de los abuelos, para obstruir o impedir su enfrentamiento con el niño o adolescente;*

*VII- Cambiar la dirección en el sitio remoto, sin justificación, con el fin de dificultar la convivencia del niño o adolescente con el otro padre, con esta familia o abuelos.*

Asimismo, la legislación brasileña reconoce y conceptúa la alienación parental como forma de violencia psicológica doméstica en niños y adolescentes. En este sentido, mediante la ley 13.431 publicada en el Boletín Oficial de Brasil el 5 de abril de 2017 se reformó el Estatuto de los niños y los adolescentes de Brasil, ley 8.069. A continuación, citamos un extracto de la norma en que se establecen las diferentes formas de violencia que pueden afectar los derechos de los niños.

## **TÍTULO I**

### **DISPOSICIONES GENERALES**

*Art. 4 del niño; A los efectos de esta Ley, sin perjuicio de la clasificación de la conducta criminal, son formas de violencia:*

*I- la violencia física, entendida como la acción infligido a los niños o adolescentes que ofenden a su integridad física o la salud o para causarle sufrimiento físico;*

*II- violencia psicológica:*

*a) cualquier conducta de discriminación, depreciación o indiferencia para el niño o adolescente por la amenaza, la vergüenza, la humillación, la manipulación, aislamiento, abuso verbal y el nombre-que llama, la burla, la indiferencia, la explotación o la intimidación sistemática (intimidación) que pueden comprometer su desarrollo mental o emocional.*

*b) el acto de alienación parental, entendida como una interferencia en el desarrollo psicológico de los niños o adolescentes, promovido o inducido por uno de los padres, abuelos o por quien los tiene bajo su autoridad, guarda o vigilancia, lo que lleva al rechazo de padre o consecuencias negativas sobre la creación o el mantenimiento de la relación con este.*

*c) cualquier conducta que expone al niño o joven, directa o indirectamente, el crimen violento contra un miembro de su familia o de su red de apoyo, independientemente del entorno en el que se comprometieron, en particular cuando se hace un testigo.*

*III- la violencia sexual, entendida como cualquier conducta que limitan el niño o adolescente para realizar o presenciar cualquier rela-*

*ción sexual o acto lascivo, incluyendo la exposición del cuerpo en la foto o el vídeo por vía electrónica o no, que comprende:*

*a) abuso sexual, entendido como cualquier acción que utiliza el niño o adolescente con fines sexuales, ya sea la relación sexual o de otros actos inapropiados, realizado en persona o a través del modo electrónico, para la estimulación sexual del agente o tercero.*

*b) La explotación comercial sexual, entendida como el uso de niño o adolescente en la actividad sexual a cambio de remuneración o de cualquier otra forma de compensación, de forma independiente o bajo el, modo o electrónicamente ya sea en persona patrocinio, apoyo o tercer incentivo.*

*c) La trata de personas, entendida como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño o adolescente, dentro del país o en el extranjero, con el propósito de explotación sexual, por medio de amenazas, uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de autoridad, la explotación de la vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos entre los casos previstos por la ley.*

*IV- La violencia institucional, entendida como practicada por institución pública o contratada, incluyendo al generar revictimización.*

*1° A los efectos de esta Ley, el niño y el adolescente se oirán sobre la situación de violencia a través de la escucha especializada y el testimonio especial.*

*2° Las agencias de salud, los servicios sociales, la educación, la seguridad pública y la justicia adoptará los procedimientos necesarios durante la revelación espontánea de la violencia.*

*3° En el caso de la revelación espontánea de la violencia, los niños y adolescentes serán llamados a confirmar los hechos de la manera especificada en el inciso 1 del de este artículo, excepto en el caso de las intervenciones de salud.*

*4° El incumplimiento de esta ley dará lugar a la aplicación de las sanciones previstas en la Ley N ° 8069 del 13 de julio de 1990 (Estatuto de los Niños y Adolescentes).*

## **§ 2.9.2. México**

La incorporación del SAP en el Código Civil mexicano para el distrito federal se realizó a través de una iniciativa del 28 de noviembre de 2013 con proyecto de decreto para adicionar el artículo 323 séptimus al

respectivo Código. Dicha iniciativa fue aprobada y publicada en la Gaceta Oficial del distrito federal N° 1.853 el 9 de mayo de 2014. Este artículo fue incorporado en el Capítulo III de la violencia familiar. A continuación, citamos su contenido.

*Artículo 323 séptimo. Comete violencia familiar el integrante de la familia que transforma la conciencia de un menor con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores.*

La conducta descrita en el párrafo anterior se denomina *alienación parental* cuando es realizada por uno de los padres, quien, acreditada dicha conducta, será suspendido en el ejercicio de la patria potestad del menor y, en consecuencia, del régimen de visitas y convivencias que, en su caso, tenga decretado. Asimismo, en caso de que el padre alienador tenga la guarda y custodia del niño, esta pasará de inmediato al otro progenitor, si se trata de un caso de alienación leve o moderada.

En el supuesto de que el menor presente un grado de alienación parental severo, en ningún caso permanecerá bajo el cuidado del progenitor alienador o de la familia de este, se suspenderá todo contacto con el padre alienador y el menor será sometido al tratamiento que indique el especialista que haya diagnosticado dicho trastorno.

A fin de asegurar el bienestar del menor y en caso de que, por su edad, resulte imposible que viva con el otro progenitor, el departamento de psicología del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, evaluando a los parientes más cercanos del niño, determinará qué persona quedará encargada de su cuidado mientras recibe el tratamiento respectivo que haga posible la convivencia con el progenitor no alienador. El tratamiento del niño será en el Departamento de Alienación Parental del Servicio Médico Forense del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

El 1 de agosto de 2017, el citado artículo fue derogado por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, por lo que el término *síndrome de alienación parental* quedó eliminado.

Conviene precisar que el 9 de junio de 2014 la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México promovió una acción de inconstitucionalidad bajo el número 19/2014 para que se declarara inválido el citado artículo. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Mexicana el 29 de noviembre de 2017 dictó la sentencia y declaró que el sobreseimiento de la citada acción de inconstitucionalidad. Esta repuesta se dio en virtud de que la norma había sido derogada por el Poder Legislativo.

A todo esto, con fecha 6 de febrero de 2019 se ha presentado una iniciativa con proyecto de decreto por el que se adiciona el título Vigésimo y los artículos 429, 430 y 431 del código Penal Federal.

*Título Vigésimo Séptimo. De los delitos contra el interés superior de la niñez.*

*Artículo 429. A quien impida, obstaculice o niegue la convivencia de un menor con su progenitor, o con quien tenga derecho a dicha convivencia, una vez requerido judicialmente para ello, se le impondrá de uno a tres años de prisión y de cien a trescientos días de multa. La misma sanción se le impondrá al ascendiente o familiar, que, teniendo la obligación de hacerlo, una vez requerido judicialmente para ello, se niegue o abstenga de convivir con su menor descendiente o con el menor que tenga bajo su patria potestad.*

*Artículo 430. A quien se niegue a practicarse la prueba genética de ADN, para investigar el origen biológico de un menor de edad, se le impondrá de uno a tres años de prisión y de cien a trescientos días de multa.*

*Artículo 431. Los delitos previstos en este título se perseguirán por querrela de parte.*

## § 2.10. Descripción y análisis porcentual de fallos

En el presente trabajo hemos analizado veinte (20) resoluciones que abordan casos referidos al régimen comunicacional, cuidado personal y prohibición de contacto emitidos por diferentes órganos jurisdiccionales. De estas, cuatro (4) pertenecen a la primera instancia, doce (12) a la segunda instancia y cuatro (4) a tribunales supremos y superiores.



PRIMERA INSTANCIA	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Juzgado de Familia N° 3 de Trelew</li> <li>2. Juzgado de Paz Letrado de Villa Gesell</li> <li>3. Juzgado de Familia de 5ª Nominación de Córdoba</li> <li>4. Juzgado de la Instancia en la Civil, Comercial, de Conciliación y de Familia de 2ª Nominación de Marcos Juárez</li> </ol>
SEGUNDA INSTANCIA	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J</li> <li>2. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K</li> <li>3. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E</li> <li>4. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E</li> <li>5. Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, Sala I</li> <li>6. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Zárate-Campana</li> <li>7. Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza</li> <li>8. Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, Sala I</li> <li>9. Tribunal de Familia Nro. 3 de Lomas de Zamora</li> <li>10. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G</li> <li>11. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M</li> <li>12. Cámara de Familia de Mendoza</li> </ol>
TRIBUNALES SUPREMOS Y SUPERIORES	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy</li> <li>2. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I</li> <li>3. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I</li> <li>4. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén</li> </ol>

### a) Pretensiones

Las pretensiones solicitadas están referidas al régimen comunicacional, el cuidado personal y a la prohibición de contacto. El orden porcentual respecto de los pedidos realizados es el siguiente:

1. Reanudación (25%)
2. Cambio de cuidado personal (25%)
3. Fijación (15%)

4. Suspensión (15%)
5. Prohibición de contacto (10%)
6. Modificación (5%)
7. Cumplimiento (5%)

Estos datos revelan que existe una tendencia por parte de los padres no convivientes a mantener la comunicación con sus hijos. Cabe precisar que el 75% del total de las pretensiones solicitadas persiguen este objetivo, mientras que el 25% del total tienen como fin la prohibición del contacto (10%) y la suspensión del régimen comunicacional (15%).



## b) Identificación del SAP

En 8 casos, que constituyen el 40% de las resoluciones analizadas, se identificó la configuración del síndrome de alienación parental.

En la totalidad de este porcentaje, el cónyuge alienador fue la madre.

En 3 de los 8 casos en que se presentó el SAP, el cónyuge conviviente realizó denuncias por abuso sexual contra el cónyuge no conviviente.

En 4 casos, que constituyen el 50% de la totalidad de casos en los que se presentó el SAP, los tribunales resolvieron cambiar el cuidado personal a favor del cónyuge no conviviente.

En 4 casos, que constituyen el 50% de las resoluciones en las que se presentó el SAP, los jueces ordenaron la realización de tratamiento psicológico de los padres y los menores.

De las resoluciones analizadas, solo en un caso el Tribunal hizo alusión expresa a la configuración del SAP (Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén. Partes: OMC c. A. M. G.).



### c) Abuso sexual infantil (ASI)

En 10 casos, que constituyen el 50% de las resoluciones analizadas, se identificaron acusaciones por abuso sexual contra el cónyuge no conviviente.

En la totalidad de este porcentaje las acusaciones fueron realizadas por la madre.



Las decisiones de los jueces en la totalidad de casos en las que se presentó una denuncia por abuso sexual se manifestaron en dos sentidos. En un 50% resolvieron a favor de mantener el vínculo comunicacional, mientras que en el otro 50% en limitarlo.

Dentro del primer grupo encontramos las resoluciones en las que se decidió la fijación, la continuación y el establecimiento de un régimen comunicacional supervisado.

Dentro del segundo grupo encontramos las resoluciones en las que se decidió la supresión, la suspensión y la no fijación de un régimen comunicacional.

N°	DECISIÓN SOBRE EL RÉGIMEN COMUNICACIONAL	N° DE CASOS
1	Continuación	2
2	Régimen comunicacional supervisado	2
3	Se fijó	1
4	No se fijó	2
5	Supresión	2
6	Suspensión	1

## § 2.11. Jurisprudencia

### **El SAP es una forma de alienación y maltrato infantil**

Es importante tomar en cuenta las conclusiones obtenidas de la entrevista con la madre que evidencian el contexto de una separación conyugal conflictiva. Con relación a ello, Eduardo J. Cárdenas en su artículo ya citado ha señalado que, “lo cierto es, naturalmente, que los niños mienten y fantasean y que muchas veces son influidos por los mayores de quienes dependen”. Importante doctrina y especialistas en psicología familiar, han advertido sobre el denominado “síndrome de alienación parental” (SAP). Este trastorno, que resulta de la combinación de un padre (en general aquel que ostenta la tenencia) que arremete al progenitor no conviviente mediante su hijo, descalificándolo y hablándole mal de aquél, y el hijo que, a fin de obtener la aceptación de este progenitor, repite lo que este quiere para obtener su aprobación, es una clara forma de abuso y maltrato al menor y que puede derivar en casos de falsa denuncia de abuso sexual contra el padre agredido.

**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, B. J. L., 05/02/2007. Cita Online: 70036884.**

### **Configuración del SAP requiere de pruebas que lo sustenten**

El imputado por su parte, aportó a la causa dos cuerpos de prueba documental. Así, acompaña copia de la denuncia efectuada a su ex pareja en orden al delito de falso testimonio; copia de un artículo publicado en un periódico, escrito por el doctor Zaffaroni, referido a la relación entre el psicoanálisis y el derecho; extractos bibliográficos y artículos sobre el síndrome de alienación parental; extractos de noticias o artículos sobre diversos aspectos de las relaciones familiares (separación parental, licencias por nacimiento o adopción, panorama relativo a las cuotas alimentarias, acercamientos entre padres e hijos por internet, etc.); fotografías, hojas de cuaderno y anotaciones con sus propias interpretaciones de hechos pasados; precedentes jurisprudenciales nacionales y europeos que dan cuenta de la constatación de denuncias falsas en casos similares al presente; y piezas sueltas de aparentes expedientes que no se identifican correctamente (y cuya relevancia, por consiguiente, no puede evaluarse), recortes periodísticos e incluso un análisis sobre el episodio clásico de Medea y Jasón, o sobre el “síndrome de Ingrid Betancourt”.

Todo ello, en rigor de verdad, aunque pueda resultar útil desde un punto de vista teórico, por sí solo no demuestra que en el caso tal síndrome se haya verificado ni que la denuncia que inicia las actuaciones resulte falsa. El material, en consecuencia, carece de valor legal, dado que su carácter meramente informativo o académico no “prueba”, por sí mismo, que en el caso concreto sometido a estudio se cumplan las condiciones que tal material reseña.

O lo que es lo mismo, no se ha negado en autos que exista, como patología, el llamado “síndrome de alienación parental”; lo que se ha afirmado en el veredicto es que tal síndrome no se ha verificado en la presente causa, y tal conclusión no puede rebatirse exitosamente solo a partir de artículos extranjeros, noticias periodísticas o de información general o de citas jurisprudenciales que lo han tenido por probado en casos diferentes al aquí analizado (arts. 210 Ver Texto y 373 Ver Texto del CPP Bs. As.).

**Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala III, S., A. R., 26/03/2009. Cita Online: 70055891.**

### **El SAP puede derivar en falsas denuncias de abuso sexual infantil**

Las constancias mencionadas precedentemente impiden tener por acreditada la materialidad del hecho y la consecuente intervención de B. en él. Es importante destacar que la imputación realizada a

B. encuentra sustento únicamente en lo expresado por la menor en oportunidad de ser entrevistada. Por ello, resulta conveniente tomar en cuenta, en relación a las denuncias de abuso sexual intrafamiliar, que “la mayor parte son promovidas por uno de los progenitores contra el otro (por lo general madre contra el padre) en situaciones de separación o divorcio destructivos”, (Cárdenas, Eduardo J., “El abuso de la denuncia de abuso”, LL, 2000- E- 1043). Ello podría darse en el caso si se tiene en cuenta que la niña no habló previamente sobre el tema con un tercero (maestra, amigo, pariente) sino que el suceso que habría ocurrido, se conoció a través de la denuncia que realizara la madre; circunstancia que resulta relevante para analizar en qué contexto es que la menor expresó lo sucedido ya que como apunta el autor citado en su artículo, “cuando un menor fue inducido una vez a denunciar falsamente actos de esta naturaleza, se afianza en él una certeza de que lo dicho es cierto”.

No pueden soslayarse las manifestaciones de A., que ponen de manifiesto un contexto evidentemente conflictivo: “No es extraño, tampoco, que el chico pronuncie las frases previstas, glosando las opiniones del padre conviviente”, Manonellas, Graciela N., “La responsabilidad penal del padre obstaculizador, Síndrome de alienación parental (SAP)”, Ed. Ad. Hoc, 1ª ed., 2005, p. 45.

Finalmente, es importante tomar en cuenta las conclusiones obtenidas de la entrevista con la madre que evidencian el contexto de una separación conyugal conflictiva. Con relación a ello, Eduardo J. Cárdenas en su artículo ya citado ha señalado que, “lo cierto es, naturalmente, que los niños mienten y fantasean y que muchas veces son influidos por los mayores de quienes dependen”. Importante doctrina y especialistas en psicología familiar, han advertido sobre el denominado “síndrome de alienación parental” (SAP.). Este trastorno, que resulta de la combinación de un padre (en general aquel que ostenta la tenencia) que arremete al progenitor no conviviente mediante su hijo, descalificándolo y hablándole mal de aquél, y el hijo que, a fin de obtener la aceptación de este progenitor, repite lo que este quiere para obtener su aprobación, es una clara forma de abuso y maltrato al menor y que puede derivar en casos de falsa denuncia de abuso sexual contra el padre agredido.

**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VIC. Nac. Crim. y Corr., sala 6ª, B. J. L., 05/02/2007. Cita Online: 70036884.**

### **El vínculo afectivo con ambos padres permite el desarrollo armónico del menor**

También se argumenta en la sentencia sobre la oposición de la menor al sistema adoptado, todo ello, valorando la influencia que la opinión de la madre tiene sobre la menor, tal y como informó la perito judicial, lo que justifica la necesidad de un contacto mayor con el padre.

Consta que el sistema de custodia compartida fue suspendido por el juzgado, con acuerdo de las partes, por la radical oposición de la menor, sin perjuicio de que los progenitores se comprometieron a un proceso de terapia familiar, para facilitar la situación.

En la sentencia recurrida se invocan y respetan las sentencias de esta sala de 29 de abril de 2013 y 12 de abril de 2016 , que establecen los criterios a seguir para la adopción de la custodia compartida, por lo que el recurso carece de interés casacional, dado que se ha respetado de forma rigurosa el interés de la menor, siendo los progenitores los que han de velar por no influir negativamente en las opiniones de su hija, permitiéndole un armónico desarrollo de su personalidad, evitando las dependencias afectivas insanas y las manifestaciones verbales injuriosas contra el otro progenitor o su familia.

Por lo expuesto, procede confirmar la sentencia recurrida y como se declara en la misma, en ejecución de sentencia se determinarán las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de lo acordado, evitando que se siga dilatando la relación efectiva de la hija con su padre y velando por el seguimiento periódico de la evolución de la menor.

**Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Casación, Resolución N° 519/2017, Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas, Madrid, 22/09/2017.**



## CAPÍTULO III

### IMPEDIMENTO DE CONTACTO

#### § 3.1. Antecedentes legislativos

Dentro de los fundamentos señalados en el proyecto que sirvieron de base para la ley 24.270, consideramos conveniente destacar lo dicho por el diputado Yoma, que sostiene que la falta de contacto es perjudicial para el padre y el hijo:

Así este padre, además de verse privado por causa de la separación existente de la convivencia con su hijo, que de por sí le impide una activa participación en su crianza, que incide en muchos casos en la imposibilidad de determinar, o por lo menos discutir circunstancias atinentes a su educación y desarrollo en otra áreas, si además se le impide el indispensable contacto con su hijo, esa falta de equidad se torna alarmante y perjudicial, tanto para ese padre como para su hijo, que aparecen como víctimas involuntarias de una situación antinatural e ilegítima<sup>12</sup>.

Cabe precisar que el procedimiento sumarísimo establecido en la ley 24.270 se constituye en pro de mantener una adecuada relación entre padres e hijos. En este sentido, Ariel Villar (2003, p. 20) señala lo siguiente:

La experiencia judicial de los últimos diez años ha revelado que aquélla resultó ser un instrumento sumamente práctico en lo atinente al inmediato restablecimiento del contacto de los menores con sus padres no convivientes, en virtud de la introducción del procedimiento sumarísimo (equivalente al amparo o *hábeas corpus*). El ejercicio de la acción penal ha permitido en estos casos la reanudación de la relación paternofilial, más allá de las críticas que puedan formularse al respecto.

#### § 3.2. Dispositivo legal

Este delito está tipificado en la ley 24.270. En esta se señala que se configura el delito cuando el padre o tercero impida u obstruya el contacto

---

<sup>12</sup> Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, reunión N° 18, 13/10/93, elDial.com, edición especial, 30/11/2006.

de menores de edad con sus padres no convivientes. Esta norma contiene cinco artículos en los que se describe las particularidades del delito.

*Artículo 1. Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes.*

*Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión.*

*Artículo 2. En las mismas penas incurrirá el padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial.*

*Si con la misma finalidad lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización, las penas de prisión se elevarán al doble del mínimo y a la mitad del máximo.*

*Artículo 3. El tribunal deberá:*

*1. Disponer en un plazo no mayor de diez días, los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con sus padres.*

*2. Determinará, de ser procedente, un régimen de visitas provisorio por un término no superior a tres meses o, de existir, hará cumplir el establecido.*

*En todos los casos el tribunal deberá remitir los antecedentes a la justicia civil.*

*Artículo 4. Incorpórase como inciso 3 del artículo 72 del Código Penal el siguiente:*

*Inciso 3: Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.*

*Artículo 5. Esta ley se tendrá como complementaria del Código Penal.*

### **§ 3.2.1. Tipo objetivo**

Con la sanción el 3 de noviembre de 1993 de la ley 24.270, queda tipificada penalmente la conducta del que impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes, sin que sea necesaria la previa fijación judicial de un régimen de visitas para que el hecho resulte subsumido en alguna de las figuras delictivas contenidas en la ley (Villar, 2003).

Donna (2001, p. 236) refiere: “Las acciones típicas a que se refiere el tipo penal son las de impedir u obstruir el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes”.

Por su parte, Gustavo Arocena (2010) señala que los verbos descritos en el tipo penal pueden efectuarse por medio de una acción o una omisión. En este sentido, señala:

Consiste en impedir u obstruir el contacto de menores con sus padres no convivientes o sea, en imposibilitar o estorbar dicho contacto. Las nociones de impedir u obstruir designan comportamientos que pueden efectuarse por medio de una acción (p. e., el padre o madre conviviente que ejerce legítimamente la tenencia del menor); lo saca del domicilio donde viven ambos, el día y hora convenidos con el no conviviente, a los efectos de que no pueda retirarlo para pasar algún tiempo con él), como una omisión (v. gr., el padre o madre conviviente que ejerce legítimamente la tenencia del menor, que se aparta del expreso régimen de visitas establecido por el juez y no lleva al niño al domicilio del no conviviente, y el tercero que, teniendo noticias sobre el paradero del menor —y que actúa sin connivencia con quien ejerce la tenencia del niño—, se niega a dar esa información al padre o madre no conviviente que solicitan tales datos). (Arocena, 2010, pp. 35-36)

Siguiendo esta línea, Creus y Buompadre (2007) consideran que tanto impedir como obstaculizar son las acciones que se requieren para que se configure el tipo. En este sentido, sostienen lo siguiente:

Las acciones típicas son las de impedir (es decir, anular la posibilidad de contacto entre el menor y sus padres, de ambos o de algunos de ellos, según los casos) u obstaculizar, dentro de cuyo concepto quedarían abarcadas todas aquellas acciones que, sin llegar a eliminar toda posibilidad de contacto, la dificulten de modo apreciable, en consideración a circunstancias que tanto pueden referir al mismo sujeto pasivo cuanto al menor, reduciendo abusivamente la extensión o la calidad del contacto jurisdiccionalmente dispuestas, el límite entre la legalidad y la ilegalidad quedará determinado por aquéllas; cuando tal cosa no ocurra, dicho límite dependerá de los deberes y facultades propios de la patria potestad ejercida por los padres. (Creus y Buompadre, 2007, p. 356)

Ambas acciones denotan —en el contexto típico— que estamos ante delitos de resultado (se tiene que haber *impedido*, se tiene que haber *obstaculizado*), con la culpabilidad dolosa que requiere el conocimiento de las consecuencias de la acción y la voluntad de lograrlas (aunque ello se sume a distintas finalidades no excluyentes). Siendo así, no habría obstáculos para considerar la posibilidad de tentativa (Creus y Buompadre, 2007).

Villar (2003) considera que este es un delito de lesión y que según las particularidades del caso puede ser permanente o instantáneo.

Por la característica del tipo delictivo de este artículo, puede decirse que el mismo constituye un *delito de lesión*, que se caracteriza por requerir la producción de un resultado, en este caso el impedimento de contacto del menor con el padre no conviviente. Por otra parte, dado que los efectos del delito pueden prolongarse en el tiempo hasta el momento en que el juez restablezca el contacto, puede asumir la forma de un *delito permanente*, mientras que en otros casos toma la forma de un *delito instantáneo*, así por ejemplo, cuando el autor produce la interrupción de una comunicación telefónica entre el padre no conviviente y el menor. (Vilar, 2003, p. 31)

Sostiene también que los verbos *imposibilitar* y *obstruir* no deben considerarse como sinónimos. En este sentido, precisa:

Por nuestra parte, consideramos que si los dos verbos típicos (impedir y obstruir) fueran sinónimos, no se entendería la razón de la inclusión de ambos en el tipo. En consecuencia, para nosotros impedir debe interpretarse como sinónimo de imposibilitar y obstruir, como equivalente a estorbar, sin llegar a impedir totalmente el contacto. (Vilar, 2003, p. 33)

### § 3.2.2. Tipo subjetivo

Donna (2001, p. 38) señala: “Se trata de un delito doloso, que solo admite el dolo directo, ya que el elemento “ilegalmente” implica que el sujeto debe saber que actúa con el fin de impedir y que su acción no está amparada por la ley, de manera que el error, ya sea de tipo o de prohibición, elimina el dolo o la culpabilidad del autor”.

Andrea Giudice (1998), por su parte, indica que en el plano práctico es difícil probar la intención y conocimiento del autor para impedir u obstruir el contacto entre el padre no conviviente y el menor.

Podemos llegar a probar la conducta dolosa del progenitor que impide el contacto del menor con el progenitor no conviviente, pero, en los hechos, resulta muy difícil probar el elemento subjetivo: el dolo. Argumentos como que es el menor el que se niega a ver al padre, que el menor no puede salir con el padre porque tiene que concurrir a los oficios religiosos, o a cumpleaños, o que padece un estado gripal son los “caballitos de batalla” de todos los imputados o imputadas.

De más está decir lo grave que se presenta la situación cuando esos argumentos no surgen de la mente creativa del progenitor que está impidiendo el contacto del menor con el padre no conviviente, sino que está alegando esos argumentos porque coinciden con la actitud del niño.

En este punto debemos detenemos: el niño que llega a tomar una “sincera” actitud de rechazo al contacto con su progenitor no conviviente es un niño que ha superado o bloqueado la tendencia natural a relacionarse con este. Obviamente es un niño que, del contexto en el que vive, concluyó que ese contacto “no era deseable”.

Si asumimos una actitud proteccionista para ese menor debemos, por decirlo de algún modo, obviar esa decisión del niño y compulsivamente recontactarlo —podría ser esta la interpretación del texto legal cuando habla de “restablecer el contacto”—, convencidos de que el menor ha llegado a esa actitud condicionado y convencido por factores externos, pero que la falta de contacto, a la larga, lo lesionarán profundamente. (Giudice, 1998, p. 26)

Por su parte, Carrizo (2000, pp. 182-183) señala:

En el delito en debate, el dolo se manifiesta en la congruencia de los aspectos subjetivo-objetivo expresada a través de la intención dolosa del agente que son su conducta comisiva u omisiva de impedir u obstruir ilegalmente el contacto del padre o padres no convivientes con sus hijos menores no emancipados, lesiona el derecho-deber que poseen estos respecto a sus hijos.

### § 3.2.3. Bien jurídico protegido

Justo Laje, desde una perspectiva amplia y refiriéndose a la normativa establecida en el derogado Código Civil, sostiene que este delito afecta a la familia en el sentido de que se afectan las relaciones que se generan dentro del núcleo familiar.

Cabe señalar, en un primer aspecto, según resulta de la estructura de la ley, que el autor de los delitos *lesiona a la familia*. La ofende, porque mediante ellos, resulta afectado el *derecho a la relación, al trato, o a la comunicación personal que asiste a ciertos integrantes de ella*. No se trata pues, de un atentado contra la *libertad*, no obstante que, por lesionar a la familia, se prive a los titulares del libre ejercicio del derecho a tener adecuado contacto y adecuada relación personal. La ofensa a la familia se manifiesta no porque se prive del derecho de visita a quien tiene derecho a visitar, o a ser visitado, lo que implicaría impedir u obstruir simplemente el hecho de que los familiares comprendidos pudieran verse mutuamente, o estar en presencia el uno con el otro. La familia, en el marco de los hechos que establece esta ley, no se ofende por un impedimento de ese carácter, sino porque sin una adecuada, es decir, apropiada comunicación, no se puede poner en ejercicio la obligación y el derecho

que tiene el padre no conviviente con sus hijos para su *protección y formación integral mientras estos sean menores de edad* (art. 264 C.C.), porque en la hipótesis de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad matrimonial, el padre que no tuviere la tenencia, y por ello no conviviere con el hijo, conserva el derecho de supervisar la educación que este recibe del otro cónyuge del cual se encuentra separado, divorciado, o porque su matrimonio fue disuelto por nulidad (art. 264, inc. 2 C.C.). (Laje Anaya, 1997, pp. 239-240)

Siguiendo esta misma línea, Alberto Romero precisa:

El bien protegido en estos delitos es la *familia* y, más específicamente, “el derecho de los padres no convivientes a una adecuada comunicación con sus hijos menores no emancipados, e igual derecho recíproco de estos respecto a aquellos”. El concepto de “familia” emergente del articulado de la ley es muy específico, pues se refiere a un núcleo familiar integrado por los padres (que no cohabitan) y por el o los hijos que conviven solo con uno de los progenitores. (Romero, 2001, p. 82)

La doctrina señala que la citada ley busca mantener el vínculo entre el niño y sus padres. Sobre el particular, Andrea Giúdice (1998, p. 23) precisa lo siguiente:

En concreto, si tomamos la hipótesis en que un hijo que convive con su madre, desea contactarse con su padre no conviviente, pero aquél no desea instar la acción penal, el fiscal no podría promover la acción, pues el titular no habría instado la acción penal, el menor no sería titular de esta, y tampoco podría recurrir a la excepción planteada por el párrafo aludido del artículo 72 del Código penal, toda vez que el delito no es cometido contra el menor sino contra el progenitor no conviviente.

En definitiva, interpretar que el sujeto pasivo de protección penal mediante esta ley es el menor, no es más que un acto fallido que deja entrever la necesidad y el deseo de que así sea.

De hecho y de un análisis pormenorizado de la ley 24.270, surge claramente que se está protegiendo el legítimo derecho del progenitor no conviviente a mantener contacto con su hijo menor de dieciocho años o mayor de esa edad impedido.

Con un criterio más agudo, Villar sostiene: “La ley 24.270 en realidad protege el vínculo psicológico parental en la relación hijo menor-padre no conviviente” (2003, p. 25).

Por su parte, Donna (2001, p. 235) refiere:

Se tuvo en cuenta que el bien jurídico que se pretende tutelar resulta ser el derecho, tanto de los padres como de los hijos no convivientes, de mantener un contacto adecuado y fluido en la comunicación entre sí.

Para Carrizo (2000) el bien jurídico protegido está orientado a proteger el vínculo psicofísico en la relación paternofilial. En este sentido, expresa:

Podemos agregar que en el proceso que el menor vive en su psiquis, respecto al aprendizaje en la familia como bastión de la sociedad en la cual se halla inserta, requiere que esté acompañado por la movilización de mecanismos que no solo pertenecen a la esfera de lo psicológico propiamente dicho, sino que también encontramos en la generalidad de los actos afectivos o emocionales del vínculo una demanda física indispensable para la constitución del mentado vínculo (un abrazo, un beso, un cariño, etc.).

De lo que deviene, en que quizás situándonos en el lado opuesto de la acción ilícita, observemos que el legislador tuvo en miras la protección de un efecto negativo que se traduce en el daño psicofísico del menor. Siendo la interpretación más certera, a nuestro entender, la que considera como bien jurídicamente protegido e vínculo psico-físico que entraña la relación paternofilial. (Carrizo, 2000, pp. 179-180)

### § 3.2.4. Sujetos

#### § 3.2.4.1. Sujeto activo

Para Donna (2001), el sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona: “Inclusive los padres, de modo que tanto será autor, uno de los padres respecto del otro, o un tercero, pariente o no” (p. 238).

Por su parte, José Romero (2001) sostiene que el sujeto activo puede ser el padre conviviente o un tercero. En este sentido, precisa las particularidades de estos en los siguientes términos:

#### A. Los padres convivientes

Pese a que la ley menciona como sujeto activo al “padre”; en realidad se refiere a cualquiera de los padres que convive con el menor, es decir al padre o a la madre que ejerce la tenencia legal o de hecho del hijo. Comprende tanto a los padres matrimoniales como a los extramatrimoniales; existiendo coincidencia en que quedan también comprendidos los adoptivos (por adopción plena o simple), cuando el contacto que se impide es el del hijo adoptivo y el padre adoptivo no conviviente, por parte del otro progenitor adoptivo.

## **B. Un tercero que ejerce la guarda del menor**

También puede ser sujeto activo el tercero que ejerce la guarda del menor, en el supuesto de que este menor no conviva con ninguno de sus padres. Este tercero, que puede ser o no un pariente, incurre en el delito cuando impide u obstruye el contacto de los hijos menores con alguno de los padres no convivientes o con ambos a la vez. En esta calidad de tercero, puede ingresar el padrastro o la madrastra. Así, por ej., un viudo que tiene un hijo menor se casa. La esposa del viudo pasaría a ser madrastra del menor. Luego los cónyuges se separan quedando el menor con la madrastra, quien impide el contacto del hijo con el padre biológico.

La conducta de estos terceros -parientes o no- puede ser punible en grado de autores (si realizaron por sí mismos las acciones ejecutivas del delito), como coautores (si las efectuaron junto al progenitor conviviente), o como cómplices necesarios o no necesarios (según el grado de colaboración prestada.) Puede asumir esta última calidad, por ej. El concubino de la madre conviviente con el menor. (Romero, 2001, p. 82)

Siguiendo esta línea, Justo Laje (1997) refiere que el autor es el padre no conviviente. En este sentido, precisa lo siguiente:

De acuerdo a lo que se ha desarrollado, surge que el autor es uno de los padres que convive con el hijo; y que el restante no hace con ellos vida en común; de ahí es que sea no conviviente. Pero como el autor de la infracción puede ser otro, vale decir un tercero, cabe la posibilidad de admitir la hipótesis en que ninguno de los padres conviva con el menor y que, entonces, el impedimento de contacto sea en relación a ambos; conjunta o separadamente. Aquí la referencia a impedir u obstruir el contacto de menores de edad "con sus padres no convivientes", acaso tenga una redacción más clara, porque con ella se hace alusión a ese tercero que, a igual que uno de los padres, tiene al menor. Esta hipótesis no supone siempre que los padres se encuentren separados de hecho, en el régimen jurídico de la separación personal, o que se hallen divorciados. Puede suceder que ello ocurra. Pero como no siempre la no convivencia debe obedecer a una situación entre padres separados, sino al hecho de que los padres no convivan con el menor, a falta de la posibilidad de ser ellos los posibles autores, deberá serlo ahora un tercero que impide u obstruye. Si no, ¿cuál sería el papel de ese tercero? (Laje Anaya, 1997, pp. 251-252)

Villar (2003) mantiene un posición particular con respecto a la denominación de tercero como sujeto activo del delito. En este sentido, sostiene:

El tipo penal señala como sujeto activo a “*el padre o tercero*”. La expresión no es adecuada porque el término tercero comprende a todos. Debería haberse utilizado la expresión “*el que o quien*”, haciéndose la aclaración en el mismo texto del artículo, respecto de que debe considerarse comprendido en ella también al padre.

Cuando es un tercero el sujeto activo, el padre que no es víctima del delito puede asumir una posición de instigador, de autor mediato o de partícipe (necesario o secundario).

Entre los terceros pueden incluirse aquellos funcionarios que deben proteger a los niños que se encuentran sometidos al Patronato, ya sea que se haya decretado judicialmente su “*estado de abandono*” o que se encuentren “*en conflicto con la ley penal*”, y estén “*depositados*” en aquellas “*cárceles para niños*” denominadas “*institutos para menores*”, dependientes de la Nación o de las provincias. (Villar, 2003, p. 39)

Finalmente, sobre el particular, Carrizo (2000) refiere:

Como es obvio, este es el principal de los protagonistas de la relación penal, debido a la situación de primacía en que se encuentra respecto al menor, atento a que coexiste en la misma morada con el último, lo que evidencia que la Ley 24.270 está dirigida a los casos de separación o divorcio vincular, donde uno de los padres ejerce la tenencia del menor, debiéndose conformar el padre no conviviente a la buena voluntad del primero, en cuanto a permitirle el contacto con el menor. (p. 183)

#### § 3.2.4.2. Sujeto pasivo

Para Romero (2001), tanto el padre no conviviente como el menor son los sujetos pasivos de este delito. En este sentido, precisa:

Siendo el fundamento de las conductas tipificadas por la ley el resguardo del derecho de los padres no convivientes de mantener un natural contacto con sus hijos, y consecuentemente, el derecho de estos a igual relación con su padre o padres; pueden ser sujetos pasivos de este delito en su figura básica:

1. El padre matrimonial o extramatrimonial que no convive con su hijo (sea que nunca haya convivido, o que haya dejado de convivir por una separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad del matrimonio).

La norma contiene un requisito típico, por el cual, este sujeto pasivo no debe convivir con el menor. Conforme lo expresado al tratar el

sujeto activo, sujetos pasivos pueden ser también ambos padres, en el supuesto de quien impide sea un tercero y cuando ninguno de los progenitores conviva con el menor.

2. El hijo menor de veintiún años. Debe tratarse de un menor no emancipado, ya que en tal supuesto no se encontrarían bajo su patria potestad (arts. 264 y 265 del CC). (Romero, 2001, p. 84)

Por su parte, Carrizo (2000, p. 186) señala:

Tanto el padre no conviviente como el menor son víctimas de la conducta ilícita perpetrada, en virtud de que ambos sufrirán la ausencia del vínculo trazado por el contacto, y la ausencia de este equivale a interrumpir la continuidad de la relación paternofilial.

### § 3.2.5. Consumación

Para Donna (2001, p. 238): “Se trata de un delito de resultado, requiriéndose para su consumación que se haya efectivamente impedido u obstruido el contacto, con lo cual no hay problema en admitir la tentativa”.

Carrizo (2000, p. 186), por su parte, precisa: “Es un delito instantáneo que se consuma llevando a cabo la conducta tipificada en las figuras en tratamiento, es el cumplimiento efectivo de los verbos generadores de la acción ilícita, ‘impedir’, ‘obstruir’, ‘mudar’”.

### § 3.2.6. Agravante

Sobre el tema, Villar (2003, p. 62) sostiene:

La agravante radica en la mayor dependencia psicofísica que tienen los menores de 10 años y los discapacitados respecto del padre conviviente o de un tercero con quien cohabitaban. Al mismo tiempo, cuanto más pequeño más intensamente sentirá la afectación del vínculo con el padre no conviviente, lo que generará una mayor inestabilidad emocional en el menor. La misma fundamentación debe hacerse extensiva a los hijos discapacitados.

### § 3.2.7. Mudanza de domicilio del niño sin autorización

Según Ariel Villar (2003, p. 66), la acción: “Consiste en mudar de domicilio al menor. El verbo mudar significa cambiar, mutar, por lo que se puede afirmar que la expresión mudar de domicilio alude a la conducta de dejar la casa que se habita para pasar a vivir a otra”.

Por su parte, Creus y Buompadre (2007) consideran que este es un tipo autónomo, pues la acción no está orientada a impedir u obstruir el contacto, sino en mudar el domicilio del menor.

Corresponde advertir que, aunque aparenta ser un tipo derivado (y probablemente ésa ha sido la idea del legislador), en realidad es autónomo (pese al elemento común de la no convivencia de los padres), ya que la acción no es la de impedir u obstaculizar sino la de mudar el domicilio del menor, guiada por la finalidad típica de impedir el contacto. No se trata de un delito de resultado, sino de un delito de acción. Esta no tiene necesariamente que haber tenido el éxito de impedir de modo efectivo; basta con que se haya mudado el domicilio del menor, guiada por la finalidad típica. La expresión *domicilio del menor* –dado el carácter del tipo– es una referencia al lugar de habitación.

[...] El elemento subjetivo típico se relaciona con una de las acciones previstas en el art. 1 (“para impedir el contacto con el menor”) no con ambas. Si lo que el autor ha querido es simplemente obstaculizar el contacto, el hecho puede operar como tentativa del delito previsto en aquel artículo. (Creus y Buompadre, 2007, pp. 357-358)

En cuanto al elemento subjetivo, Villar (2003, p. 68) precisó:

Además del conocimiento y voluntad de realizar el tipo, consistente en mudar de domicilio al menor (dolo) la figura requiere que el autor (padre o tercero) haya consentido el hecho típico con una intención especial: impedir el contacto del menor con el padre no conviviente. Se trata de una meta perseguida por el autor, que está más allá de la realización del tipo objetivo.

Ahora bien, cabe precisar que en el segundo párrafo del artículo 2 de la ley 24.270 se establece de manera expresa que las penas se elevarán cuando se mude al menor al extranjero sin existir algún tipo de autorización judicial que lo permita o cuando se exceden los alcances de esta.

Sobre el particular, Donna (2001, p. 240) refiere:

Dentro del esquema de la ley; la cuestión es lógica, ya que quien lleva al niño al exterior, obviamente impide el contacto con el padre no conviviente”. La cuestión en este punto se torna difícil de interpretar, porque para sacar a un niño al exterior se requiere autorización del juez. De manera que siempre en estos casos se podrá estar ante otro delito.

### § 3.3. Jurisprudencia

#### **Meros incumplimientos aislados del régimen comunicacional no son suficientes para conformar la tipicidad penal de este delito**

En efecto, por imperio de los principios constitucionales referidos, se exige una afectación efectiva y grave de un derecho de ejercicio permanente, considerándose que los meros incumplimientos aislados u ocasionales de acuerdos o regímenes preexistentes de visitas o encuentros no son suficientes para conformar la tipicidad penal de este delito. Por el contrario: tomándose siempre como referencia un lapso considerable en virtud de la permanencia en el tiempo que caracteriza al derecho que se protege penalmente, deberá constatarse una reiteración de tales incumplimientos suficientemente llamativa, tanto por su cantidad como por su modalidad, como para que, en virtud de los motivos aquí dados, pueda afirmarse la existencia de motivos bastantes que autoricen sostener que el conflicto en cuestión encuadra en alguno de los tipos penales del art. 1 de la ley 24.270.

**Cámara de Acusación de Córdoba, G. M., I. E., 05/02/2010. Cita Online: 70059857.**

#### **En este tipo de delito existe la necesidad de demostrar la necesidad, la eficacia y la eficiencia de la amenaza penal en relación con el tipo penal de que se trata**

En el caso específico del delito de impedimento de contacto de hijos menores con padres no convivientes, nadie puede dudar acerca de la importancia del bien jurídico protegido. La doctrina ha entendido que este es la familia o, más específicamente, la patria potestad (cf. Laje Anaya, Justo, *Delitos contra la familia*, Advocatus, Córdoba, 1997, pp. 239 y ss.). Dado, sin embargo, que el padre no conviviente no ejerce la patria potestad (CCiv., art. 264 inc. 2), lo correcto es sostener que el bien jurídico protegido se restringe al derecho del progenitor no conviviente a “tener adecuada comunicación con el hijo y a supervisar su educación” (CCiv., *ibid.*). Pues bien, asegurar que este derecho pueda ejercerse plenamente y que el niño se beneficie educativa y formativamente a partir de ello es un interés desde luego de alto rango para una sociedad como la nuestra, en la que la familia juega un papel fundamental. Pero la importancia del bien jurídico no es condición suficiente, sino apenas condición necesaria de la razonabilidad punitiva. Para que esa razonabilidad —y con ella su compatibilidad constitucional— pueda ser afirmada, es preciso, además, demostrar la necesidad, la eficacia y la eficiencia de la amenaza penal en relación con el tipo penal de que se trata.

En tal sentido, si el tipo penal a través del cual se intenta proteger al bien jurídico en cuestión fuera entendido de manera tal que meros incumplimientos aislados a, por ejemplo, un régimen de visitas formal o informalmente acordado, constituyen ya sendas violaciones al bien jurídico en cuestión y, por ello, acciones jurídico-penalmente típicas en función de lo dispuesto por cualquiera de los párrafos del art. 1 de la ley 24.270, estaría claro que el derecho penal no sería ni necesario, ni eficaz ni eficiente para, con su intervención, proteger ese interés tutelado. No sería necesario porque es obvio que el derecho de familia cuenta con herramientas más que suficientes para impedir incumplimientos aislados u ocasionales a un régimen de contacto paternofilial, como ciertas amenazas que, por sus efectos, cabe reputar más eficaces que otras de índole penal: así, *v.gr.*, la cancelación del derecho de tenencia de los hijos para el padre incumplidor, entre otras (siempre en función de lo dispuesto por los arts. 3.1 y 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y los arts. 236, 264 y ccts. del CCiv.). Y también es obvio que el derecho penal no podría proteger ni eficaz ni eficientemente al bien jurídico aquí en juego si a los tipos penales analizados se los entendiera de esa manera. No podría ser eficaz porque no está en condiciones de evitar meros incumplimientos aislados: es sin dudas posible pensar ejemplos de autores perfectamente motivados por una norma que quiera evitar auténticos impedimentos de contacto y que, no obstante, en ciertas ocasiones no posibiliten una visita. Y no podría ser eficiente porque, aun en caso de que el derecho penal lograra cumplir con su cometido, el costo sería una madre o un padre investigado penalmente —y por tanto estigmatizado como un delincuente— por no haber concurrido con su hijo a una cita prefijada o no haber posibilitado que su hijo lo hiciera: esto generaría —y de hecho genera— un problema familiar que, como ya se dijo, es incluso más grave que aquel que el tipo penal estaría llamado a superar.

**Cámara de Acusación de Córdoba, G. M., I. E., 05/02/2010. Cita Online: 70059857.**

**Existe impedimento de contacto si resulta efectiva y gravemente afectado el ejercicio regular del derecho a una adecuada comunicación**

De acuerdo con una hermenéutica respetuosa de la Constitución, que por lo tanto tome en serio al bien jurídico protegido como criterio orientador que posibilite una interpretación del tipo penal acorde con los principios propios de un Estado de derecho, es preciso distinguir entre el impedimento de contacto que pretende evitar la ley pe-

nal y meros incumplimientos a un régimen o acuerdo de visitas previamente establecido, lo cual en todo caso pretenderá evitar la ley civil. Debe entonces entenderse que los tipos penales establecidos por el art. 1 de la ley 24.270 solo quedan objetivamente consumados si ha tenido lugar un auténtico impedimento de contacto del menor con su padre no conviviente en el sentido o con el significado que la norma penal da a esta conducta, esto es: solo habrá un impedimento de contacto penalmente relevante si resulta efectiva y gravemente afectado el ejercicio regular del derecho a una adecuada comunicación y a la supervisión de la educación del hijo por parte del padre no conviviente.

**Cámara de Acusación de Córdoba, G. M., I. E., 05/02/2010. Cita Online: 70059857.**

### **No se configura el impedimento de contacto si padre conviviente restringe la comunicación porque existe peligro para el menor**

La situación de temor por parte de Marina hacia ciertas conductas violentas por parte de su padre en reiterados encuentros en sede judicial se fueron agravando a tal punto que el Juez Civil, Dr. Cataldo, previo dictamen de la Sra. Asesora de Incapaces (fs. 352/355) resolvió suspender el régimen de visitas acordado por las partes en carácter cautelar y preventivo hasta tanto se cumplan con la realización de nuevas pericias psiquiátricas y psicológicas respecto del progenitor (ver fs. 356/358).

Las particulares circunstancias analizadas, emergentes de autos, así como la conflictiva relación entre los progenitores de la menor y las diversas resoluciones judiciales tomadas en sede civil permiten descartar el dolo requerido para la conducta imputada a M. L. G. (art. 3 Ver Texto Ley 24.270 'a contrario').

**Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, sala II, G., M. L., 03/02/2010. Cita Online: 70058772.**

### **Configuración del delito de impedimento de contacto implica la presencia del dolo**

En estas condiciones, no se logra demostrar la posibilidad de subsunción de los hechos de la causa, en los tipos penales pretendidos, máxime cuando el querellante, si bien extrajo del diccionario el significado de los términos "impedir", "dificultar" y "obstruir", no realizó un razonamiento específico tendiente a encuadrar las acciones imputadas a Gerladina Van Der Horst en dichos conceptos. Ello en razón de que

sus argumentaciones se limitan a una opción de diccionario que no logran demostrar en concreto el acto de impedimento u obstrucción “doloso” de entre toda la lista de desencuentros que se enumeran en la denuncia.

**Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II C. Nac. Casación Penal, Sala 2, Van Der Horst, Geraldina, 02/07/2009, Cita Online: 70055875.**

**Para la configuración del impedimento de contacto no alcanza con demostrar la mudanza, debe además acreditarse la finalidad de esta**

Es que debe repararse especialmente en que la figura delineada en el art. 2, ley 24.270 a la que se adecua la acusación, contiene un elemento subjetivo en el tipo que debe ser necesariamente demostrado con la misma certeza que se requiere para acreditar la acción. La norma que crea el delito no se conforma con “el hecho” de que uno de los padres mude al hijo de domicilio sin autorización judicial, sino que exige además que se lo haga “para” impedir el contacto del menor con el otro progenitor no conviviente. No alcanza con demostrar la “mudanza”, debe además acreditarse la “finalidad” de esa mudanza. Ese propósito específico colocado por el legislador en la disposición es inequívocamente indicativo de que la figura penal no se conforma con el dolo eventual sino que requiere dolo directo, de modo tal que está en la carga del actor penal probar que la mudanza se hizo exclusiva o principalmente “para” impedir el contacto con el hijo, y no por otro motivo.

En autos tal extremo no quedó de ninguna manera establecido con certeza puesto que tal como el a quo lo razona, la situación de pareja en extremo conflictiva y las manifestaciones de la procesada colocan para la consideración otros variados motivos o razones de esa mudanza, que tienen que ver justamente con el conflicto interpersonal de denunciante e imputada y no con la niña. Por otra parte y como bien se valora en la sentencia, el hecho de que la procesada haya aportado dinero para que el denunciante viaje a España a ver a su hijo, proporcionándole incluso alojamiento allá, y la circunstancia de que M. haya regresado a la Argentina trayendo a su hija sin oposición, constituyen datos que no abonan la presencia en la acusada de ese especial elemento subjetivo exigido por el tipo y al cual se ha hecho referencia. Postulo se confirme también este tramo del fallo apelado.

**Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala IV, T., F., 18/02/2009. Cita Online: 70053435.**

### **Configuración del tipo requiere la realización de los verbos típicos**

La ausencia de dolo fue expresamente afirmada por el juez correccional en su resolución —confirmada por la Cámara de Apelaciones— y de ninguna manera fue refutada por el recurrente en su recurso; se limitó, en cambio, a brindar su interpretación del alcance de los verbos típicos, pero desconectada de las concretas circunstancias evaluadas por el juzgador.

En efecto, sostuvo el magistrado que el contacto del denunciante con sus hijos se encuentra reanudado luego de la separación con la madre de aquéllos, según surgiría de fs. 16/17. Lubovitsky vería a sus hijos un fin de semana de por medio, desde las 10 hs. del día sábado hasta las 21 hs. del día domingo, y también todos los martes y jueves, entre las 18 y las 20 hs.

**Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I C. Nac. Casación Penal, Sala 1ª, Jashevatzky, Carolina, 06/03/2008. Cita Online: 70046475.**

### **Ley 24.270 protege la adecuada comunicación filial y el interés superior del niño**

Si bien la norma penal, de orden nacional, objetivamente parece proteger los derechos de mantener el contacto de los padres no convivientes con sus hijos, no se puede dejar de lado que el fin último es el de afianzar una adecuada comunicación filial, ya que lo importante es la consolidación de los sentimientos de los menores con su padre o madre y de esta forma lograr la cohesión afectiva y eficaz de los vínculos familiares y lograr el desarrollo de una estructura sólida y equilibrada del psiquismo de los menores.

De los fundamentos del proyecto de la ley 24270 (ver Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, reunión 18 del 13/10/1993, p. 2.416), se desprende que esta norma deriva de la suscripción de la Convención de los Derechos del Niño antes mencionada para paliar el vacío legal que hasta ese momento existía. En efecto, allí se indica expresamente que “se pasará a sancionar a aquellos que vulneren el inobjetable derecho de los menores a mantener contacto con sus padres” (C. Nac. Crim. y Corr., Sala 5ª, “Ottaviano, Lorena L.”, resolución del 13/9/2005).

En consecuencia, se puede afirmar sin dudas que la ley 24.270 ha determinado la existencia de un nuevo tipo penal, correspondiendo ello a la competencia exclusiva del Congreso Nacional; y que siempre el interés que debe prevalecer es el del niño, desplazando así el de

los padres, ello con sustento en las normas de orden supranacional, constitucional y la intención del legislador.

**Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala III, P., M. J., 04/10/2007. Cita Online: 70041328.**

### **Consumación del delito se da en el lugar en el que se impide el contacto entre el menor y el cónyuge no conviviente**

Que más allá del eventual desarrollo que deberá transitar la investigación que principia, lo cierto es que esta debe quedar a cargo del juez competente, siendo que los elementos de prueba arrojados al presente (cfr. fs. 1 vta. y 4) permiten establecer que el domicilio de los menores es la calle 28 n. 3187, City Bell, en virtud de lo cual la eventual infracción a la ley 24.270 por impedimento de contacto ha de entenderse consumada allí, pues es ese lugar donde la imputada impediría al padre tomar contacto con sus hijos (Corte Sup., 25/5/1997, autos “Pérez, América P. s/infr. ley 24.270”).

**Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala I, Juzg. Garantías La Plata n. 1 v. Juzg. Garantías San Isidro n. 4, 08/07/2004. Cita Online: 70012681.**

### **Traslado de menor sin consentimiento del otro cónyuge configura el delito por impedimento de contacto**

En autos la actora —como acertadamente califica la representante del Ministerio Público— ha modificado el “statu quo” de la menor al trasladar su residencia —hallándose discutida la tenencia— a, nada menos, que cuatrocientos kilómetros del sitio donde habita su padre.

Tal actitud ha provocado la pérdida de virtualidad del régimen provisorio de visitas homologado a f. 257 y la denuncia que originara la causa n. 38.037, sobre infracción a la ley 24270, en trámite por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional n. 15 del Departamento Judicial de Morón.

**Juzgado Civil y Comercial Nro. 2 de San Martín Juzg. Civ. y Com. San Martín, n. 2, S. D. v. S., 03/05/1995. Cita Online: 36000378.**

### **Impedimento de contacto es un delito doloso**

Según la doctrina, el delito de impedimento de contacto exige un dolo directo, como lo fue en el caso, sin que se requiera un especial estado de ánimo del autor al momento de llevar adelante la acción,

pues lo que importa es la voluntad clara de impedir el contacto entre los hijos y sus respectivos padres.

En el caso bajo estudio, este requisito ha sido satisfecho y con creces dado que las acciones tomadas por S.P buscaron en todo momento llegar al resultado que finalmente alcanzó, logrando romper el lazo entre los padres con sus hijos.

**“S. P. A. P. s/ inf. art. 1 de la ley 24.270”, Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires n. 28, 24/07/2019.**

### **Los perjudicados en este delito son los menores y los cónyuges no convivientes**

El art. 652 del Código Civil y Comercial de la Nación consagra este bien jurídico cuando establece que: “En el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo”.

Con lo reseñado hasta el momento, entiendo que se encuentran por demás acreditada las abundantes lesiones a ese bien tutelado por la norma con el accionar de S.P, quien por todos los medios buscó entorpecer y obstaculizar el vínculo entre sus dos hijos con sus respectivos padres, logrando acabadamente su objetivo, y perjudicando así no solo a los denunciados, sino también a sus propios hijos, lo que podría afectar el normal desarrollo de sus vidas.

**“S. P. A. P. s/ inf. art. 1 de la ley 24.270”, Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires n. 28, 24/07/2019.**

## CAPÍTULO IV

### DELITO DE FALSA DENUNCIA

#### § 4.1. Dispositivo legal

Este delito está tipificado en el Capítulo II del Título XI referido a Delitos contra la Administración Pública del Código Penal.

*Artículo 245. Se impondrá prisión de dos meses a un año o multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos al que denunciare falsamente un delito ante la autoridad.*

#### § 4.2. Antecedentes históricos

Desde la Antigüedad se han presentado casos de falsas denuncias y se ha atribuido la comisión de hechos a personas inocentes. Esta situación generó que las diferentes culturas adoptaran distintos mecanismos para sancionar estas conductas. Carlos Taboada (1930) ha desarrollado el tratamiento que los diferentes pueblos, a lo largo de la historia, han dado a estas denuncias. A continuación, sobre la base del trabajo realizado por el citado autor, presentaremos cómo la figura de la falsa denuncia se ha tratado en los diferentes cuerpos normativos.

Las leyes de Hammurabi que es uno de los códigos más antiguos ya castigaba las denuncias falsas. En este sentido, establecía preceptos como los siguientes (Taboada Tunidor, 1930, p. 26):

Si alguno acusa a otro imputándole sortilegio y no puede dar pruebas de aquello de que le ha acusado, deberá ser muerto.

Si alguno en juicio se presenta como testigo acusador y no prueba lo que ha dicho, si el juicio es de pena capital, debe ser muerto.

El profesor Amellino, mencionado por Taboada Tunidor (1930) ha señalado que la vida en el antiguo Egipto era una preparación para la muerte. El culto a la verdad era primoroso y el perjurio se consideraba como uno de los delitos más graves contra la religión y la divinidad, pues constituía la reunión de dos acciones: una contra los dioses y otra contra los hombres. Asimismo, precisa que la mentira se hallaba castigada con las penas más terribles, y por esto también en el *Libro de los funerales* se contenía la confesión del alma del hombre justo ante el Tribunal de los cuarenta y dos jueces presididos por Osiris.

En el Libro VIII de la Ley de Manu, al hablar de los deberes de los jueces, se dice a los creyentes del pueblo índico que deben apegarse a la verdad y que deben actuar bajo las siguientes máximas:

Cuando la justicia herida por la injusticia se presenta en la Sala del juicio y los jueces no le arrancan el dardo, quedan heridos ellos mismos.

O no se ha de entrar en la Sala de justicia, o si se entra, hay que decir la verdad; pues el que calla y el que no dice la verdad son igualmente culpables.

Donde la justicia sucumbe ante la injusticia, y la verdad ante la mentira ante la presencia de los jueces, allí mismo sucumben estos. (Taboada Tundidor, 1930, pp. 28-29)

El *Manava-Dharma-Zartra*, un libro religioso aplicable en los Estados de la India oriental, contenía máximas que condenaban la falsa denuncia. En este sentido, en las leyes de Brahma se conmina al falso testimonio, al precisar:

El que mienta en su declaración, queda trabado en los brazos de Varuna, sin poderse desatar en cien transmigraciones; por esto siempre debe declararse la verdad.

Las mansiones de tormento adonde van después de esta vida el asesino de un Brahaman, el que mata a una mujer o al niño, el que hace injuria al amigo y al ingrato, son las mismas adonde va el hombre que dice falso testimonio. (Taboada Tundidor, 1930, p. 29)

En el Éxodo del Antiguo Testamento, se mencionan frases como las siguientes: “No dirás contra tu prójimo falso testimonio”. En el Levítico también se mencionan mandatos para evitar las falsas denuncias: “No calumnies a tu prójimo” y “No seas calumniador ni chismoso en el pueblo”.

En la legislación mosaica, el falso testimonio se castigaba con el talión y se aplicaban frases como la siguiente: “No tendrás misericordia de él, sino que le hará pagar vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie”.

En Grecia, en la legislación de Licurgo (estudiada por E. Cicotti), se había conferido a los cinco éforos o magistrados que cada año se elegían en Esparta los supremos poderes judiciales; pero siendo la justicia en Grecia más que nada un órgano de consolidación política, se comprende la inmensa libertad y poder de la autoridad de los éforos, y estos castigaban según su arbitrio. No puede, por tanto, decirse que estuviesen castigadas con pena especial y determinada las denuncias calumniosas, solo sí que eran castigadas con penas graves, citándose el caso de Esquines, quien en

la causa contra Demóstenes fue condenado a multa y destierro (Taboada Tundidor, 1930).

En Roma, el hecho de acusar, aun sin un motivo particular propio, no era mal mirado, sino al contrario, siendo elogiados los jóvenes que se ensayaban en la oratoria y en las lides de la vida pública persiguiendo a los malos como a las fieras los cachorros de buena casta, lo cual era una consecuencia de la influencia de las costumbres griegas en la vida de Roma (Taboada Tundidor, 1930, p. 31).

Si la denuncia del malo era acción meritoria en Roma, en cambio la acusación con manifiesta calumnia no quedaba nunca sin castigo. La ley que en ediciones vulgares de las Pandectas se llama *Remmia* y que también es conocida como *Menmia* o *Munmia*, estableció que aun siendo el mismo ofendido el acusador, o el magistrado en el juicio extraordinario, si la acusación resultaba calumniosa, debía ser penada con el talió y la infamia, imprimiéndole con un hierro candente al reo, en la frente, según unos intérpretes, la letra K, otro, la C o la D, para de esta suerte infamarles entregándoles el desprecio (Taboada Tundidor, 1930, p. 32).

En el Derecho Canónico, en las Decretales de Gregorio IX, se llama calumniador a quien conscientemente y con dolo malo imputa un crimen a otro; y así, por la consciencia de la calumnia y la existencia del dolo malo, distingue, las acusaciones o denuncias calumniosas de las meramente temerarias, estimando además que en algunos casos, para que exista la calumnia, basta tergiversar la verdad; de aquí que absuelto el acusado, mandase que por los jueces se procediese a tomar consejo de cuál había sido el fin que se perseguía por el acusador, y si este había obrado con error u otra causa que excusase el dolo, al repetir el primeramente acusado contra aquel, debía absolvérsele; más si resultaba evidente la calumnia, entonces debía sufrir la legítima pena, que era la del talió (Taboada Tundidor, 1930, p. 34).

Mender, al analizar la parte histórica, reconoce que la falsa denuncia en su concepción primaria y común —como calumnia— fue conocida por la historia de la Antigüedad. La *polis* griega, como la heredera de su cultura que fue Roma, posee no pocos ejemplos donde la simulación como herramienta política o la calumnia, servían como poderosas armas para que el ambicioso de la época de Solón o de Pericles en el Areópago, o para que el *advocatus* salido de la *Colegium Togatorum* en el Foro de la República fuera promovido para las dignidades más altas por el pueblo engañado, que ejercía el voto directo en las democracias puras de la antigüedad (Mender, 1969).

Cicerón —citado por Bertelotti (2005, p. 10)— señala: “Todos permitimos que haya muchísimos acusadores, porque el inocente, si es acusado, puede ser absuelto, y el culpable, si no se lo acusa, no puede ser condenado”.

En cuanto a la sanción al denunciante, Cuello Calón –citado por Mender (1962, p. 192)– señala: “En el Derecho español antiguo, el Fuero Real castigaba la acusación y la denuncia falsa, sancionando al delincuente con la misma pena que le hubiese correspondido al acusado, si la imputación resultaba verdadera”.

### § 4.3. Antecedentes legislativos

#### § 4.3.1. Ausencia de tipificación

La inclusión de la falsa denuncia como delito fue producto de un proceso paulatino y su incorporación a un texto normativo se dio mediante la ley 13.569.

Ricardo Levene y Germán Sucar (2001, p. 1.214) expresan al indican: “El delito de falsa denuncia no aparece como figura autónoma sino tardíamente en nuestra legislación nacional. En efecto, esta adquiere contornos propios recién a partir de su incorporación al Código Penal por la Ley 13.569”.

Hugo Pinto (1993) precisa que si bien este delito no estaba tipificado, existían antecedentes que motivaban su inclusión en el Código Penal. En este sentido, señala:

El delito de falsa denuncia no apareció tipificado al sancionarse el Código Penal de 1921, que rige desde el 29 de abril de 1922.

No es porque la figura no tuviera antecedentes, aun en el seno mismo de los cuerpos legislativos que lo trataron. Así el Proyecto de la Cámara de Diputados de 1917, sosteniéndose en el elaborado por la comisión de 1981 (Rivadavia, Matienzo y Piñero), propuso como esquema las siguientes bases a considerar: la figura de la injuria, una figura de calumnia con pena más grave, acusación o denuncia judicial calumniosa –no constitutiva de delito contra el honor, sino contra la justicia–, la divulgación de la injuria (difamación) y el ultraje, que afectaría solo el honor subjetivo.

No obstante tan auspicioso plan de trabajo, el texto sancionado dejó imprevista la represión de la falsa denuncia, que aparecía ya en muchos de los códigos extranjeros que sirvieron de antecedentes. (Pinto, 1993, pp. 216-217)

Debemos precisar que en el Código Penal de 1921 solo se tipificó en su artículo 109 el delito de calumnia, donde se precisaba lo siguiente:

*“La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años”.*

### § 4.3.2. Ley 13.569

El vacío legislativo mencionado en el apartado anterior se llenó recién con la sanción de la ley 13.569 de 1949, que curiosamente incluyó la figura en el artículo 245 del Código Penal, en el capítulo del desacato, y sustituyó una norma que reglamentaba la prueba de la verdad en materia de desacato (Pinto, 1993).

En 1948, la ley 13.569 en su artículo 5 suprimió el artículo 245 del Código Penal, que se refería a la prueba de la verdad en el delito de desacato —que pasó a ser un párrafo del artículo 244— y en su lugar se dio creación al delito de falsa denuncia como figura autónoma del siguiente modo: “*Se impondrá prisión de dos meses a un año o multa de cien a quinientos pesos al que denunciare falsamente un delito ante la autoridad*” (Levene y Sucar, 2001, p. 1215).

Con relación a su inclusión en el Código Penal, Levene y Sucar precisan:

El texto fue tomado del artículo 347 del proyecto de Código Penal de los doctores Coll y Gómez de 1937. En el mencionado proyecto, el delito de falsa denuncia se encontraba regulado, dentro del título XII, “Delitos contra la Administración pública” y en el capítulo XIII, “Denuncia falsa”. (2001, p. 1215)

En los fundamentos, los autores del proyecto señalaron lo siguiente:

Creamos, también el delito de falsa denuncia. No definimos este hecho con las mismas características exigidas por el Código Penal francés. Por eso no hablamos de denuncia calumniosa, como lo hace el artículo 373 de dicho código. Solo exigimos que la denuncia hecha a la autoridad —autoridad competente, desde luego— sea falsa, lo que, implícitamente, quiere decir que se ha de tener conciencia de la falsedad. El carácter esencial de la denuncia sin embargo, radica, lo mismo que en aquel código, en su espontaneidad. La iniciativa exclusiva de la denuncia por parte del que la formula, será pues, un requisito imprescindible. Lo será, también, el aserto de haberse cometido un hecho previsto por la ley penal. En cuanto al elemento material del delito, está representado por la falsedad de los hechos que constituyen la denuncia y el elemento subjetivo por la mala fe del que la hace. Nada obstará, desde luego, a que quien se considere lesionado en su honor por la falsa denuncia, pueda intentar la acción que le compete.<sup>13</sup>

Cabe precisar que la legislación no fue uniforme con relación a la tipificación de este delito, pues el artículo 245 fue derogado durante el

<sup>13</sup> Coll, Jorge E. y Gomez, Eusebio, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, p. LVII.

gobierno de facto, para luego entrar en vigencia nuevamente. Sobre el particular, Bertelotti (2005, p. 12) precisa los cambios que se generaron sobre la regulación de este delito:

La ley de facto 17.567 derogó el artículo 245, y en su lugar discriminó diferentes conductas delictivas, siguiendo la línea doctrinaria de Soler:

- Denuncia o querrela calumniosa: se incorporó el artículo 276 bis, que castigaba al “que ante la autoridad denunciare o acusare como autor o partícipe de un delito de acción pública a una persona que sabe inocente”.
- Calumnia real: en el mismo artículo, a renglón seguido, se sancionaba al “que simulare contra ella la existencia de pruebas materiales”.
- Simulación del delito: el artículo 276 ter penaba a quien “ante la autoridad afirmare falsamente que se ha cometido un delito de acción pública o simulare los rastros de este con el fin de inducir a la instrucción de un proceso para investigarlo”.

Cabe precisar que en el ínterin hubo un constante ir y venir de la figura, tal como precisamos en el siguiente cuadro:

LEY	DISPOSICIÓN
Ley 20.509	En el año 1973, el artículo 2 de la ley 20.509 derogó expresamente la ley 17.567, por lo que se volvió al régimen de la ley 13.569.
Ley 21.338	El gobierno de facto modificó en gran parte el Código Penal con la ley 21.338 del 1 de julio de 1976, que restableció los arts. 276 bis y ter, tal como habían sido consagrados por la ley 17.567, y derogó además el art. 245.
Ley 23.077	El retorno a la democracia asestaría un nuevo cambio en el régimen analizado. La ley 23.077 derogó nuevamente los arts. 276 bis y ter y restableció el art. 245. Se volvió entonces al régimen de la ley 13.569.
Ley 24.198	El 3 de junio de 1993 esta ley derogó el delito de desacato tipificado en el art. 244 y cambió la denominación del Título II del Capítulo XI “Desacato” por “Falsa Denuncia”.
Ley 26.551	La ley 26.551 del 27/11/2009 modificó el texto del art. 109, que quedó redactado de la siguiente manera:  <i>“La calumnia o falsa imputación a una persona determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública será reprimido con multa de pesos tres mil (\$3.000) a pesos treinta mil (\$30.000).  En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas”.</i>

## § 4.4. Descripción del tipo penal

### § 4.4.1. El tipo objetivo

#### § 4.4.1.1. Acción típica

Para Edgardo Donna (2005, p. 133): “La denuncia consiste en llevar personalmente o por medio de mandatario, por escrito o verbalmente, a conocimiento de una autoridad pública competente, en la forma y con el contenido establecidos por la respectiva ley procesal, la comisión de un delito”.

Núñez, citado por Creus y Buompadre (2007, p. 250), precisa: “La denuncia es falsa cuando en el autor media el conocimiento —correspondido objetivamente— de que el delito que denuncia no ha existido con modalidades que cambian totalmente su especie y que él deforma al denunciar”.

Soler, citado por Manuel Ossorio y Florit (p. 575), sostiene:

El delito no consiste en acusar o denunciar un falso hecho. La simulación de delito tiene su esencia en la molestia que implica provocar actividades investigadoras y jurisdiccionales inútiles. La falsedad suele tener por objeto despistar a la autoridad, inducirla a falsas diligencias, distraerla de otra investigación, encubrir con un hecho falso uno real.

Por su parte, Jorge Buompadre (2001, p. 99) refiere: “La denuncia, como típico acto formal del proceso, consiste en la actividad de poner en conocimiento de la autoridad pública competente, por los medios y modos establecidos en el ordenamiento procesal”. Y en cuanto a la forma de realizar la denuncia, precisa lo siguiente:

El acto de formulación de denuncia puede realizarse por cualquier medio, escrito o verbal, en forma personal o por medio de mandatario, en cuyo caso deberá labrarse el acta respectiva ante la autoridad pública. Los medios de poner el hecho en conocimiento de la autoridad pueden ser de los más variados, por ej., radio, televisión, telefónicamente, por medios informáticos, etc., aunque en estos casos será necesaria la ratificación de la denuncia ante la autoridad pública competente para que tenga validez legal. La denuncia anónima, sin que de ninguna manera pueda identificarse a su autor, no es denuncia a los fines típicos. (Buompadre, 2001, p. 100)

Jorge Villada (2005, p. 445) refiere que en este delito hay una intención de falsear y precisa:

A los fines de este delito que tratamos, se denuncia un hecho que es falso. Se simula lo que fue o lo que no fue. A sabiendas o con intención de falsear.

Esto implica:

- a) que el hecho no existió en realidad; o
- b) que habiendo existido, sus características (fácticas, personales, subjetivas, de tiempo, modo o lugar) son distintas de las efectivamente ocurridas (por ejemplo: describir un hecho constitutivo de violación, cuando en realidad se trató de abuso deshonesto).

Con relación a la acción típica del delito, Fontán Balestra (2004) precisa cuatro aspectos relevantes, que citamos a continuación.

**a) La acción consiste en denunciar falsamente un delito ante la autoridad**

A diferencia de lo que ocurre en otros códigos, en nuestro derecho no es preciso que la denuncia se haga contra alguien, sino que es suficiente con denunciar el hecho. Este autor menciona el caso de quien denuncia haber sido víctima de un robo que no ha existido para ocultar que ha dispuesto de una suma de dinero que no le pertenece, para eludir o justificar una rendición de cuentas, o como medio para perpetrar una estafa de seguro.

Es indistinto que se trate de denuncia o querrela. En cuanto a la denuncia en sí, no hay requisitos sacramentales respecto de las formas. Lo que importa es que los hechos denunciados puedan dar lugar a la investigación de un delito. También puede encuadrar en esta figura la querrela por delito de denuncia de delitos dependientes de instancia privada, que son delitos de acción pública supeditados en su investigación a la denuncia del sujeto pasivo o de las demás personas que específicamente determina la ley para el caso.

Ha de denunciarse un delito, ya sea de los contenidos en el Código Penal o en las leyes especiales. La denuncia de una falta o contravención carece de relevancia.

**b) El hecho ha de ser objetivamente falso**

Es decir, inexistente en la forma en que se lo denuncia, también debe serlo subjetivamente. La falsedad puede recaer sobre el hecho mismo o sobre la persona de su autor.

Afirma este autor que en realidad corresponde distinguir las circunstancias que solo podrían conducir a una atenuación de la pena de aquellas que tornan no punible el hecho. Las primeras no parecen suficientes a los fines de la configuración del delito, sí en cambio las segundas. A manera de ejemplo, señala que quien acusa a otro de un homicidio, ocultando maliciosamente que ha sido cometido en ejercicio de derecho de defensa, incurre en el delito de falsa denuncia. Afirma que para apreciar esta

situación es preciso tener presente que el denunciante ha de obrar de mala fe, sabiendo que lo que afirma es falso.

Precisa también que parte de la doctrina requiere que la falsedad sea total. No constituye el delito ocultar o tergiversar circunstancias que modifican la situación del hecho o del supuesto autor sin hacerlo sustancialmente.

### **c) La denuncia ha de ser formulada ante autoridad competente**

En el supuesto de delitos de acción privada, no hay más autoridad competente que la judicial, pues solo ante ella puede ser interpuesta una querrela.

Para Fontán Balestra (2004), la denuncia es el modo de poner en movimiento el mecanismo judicial, propio de los delitos de acción pública, y consecuencia del interés del Estado y de la sociedad en que tales hechos no queden impunes.

Y agrega que, sin embargo, no debe hacerse mayor hincapié en la autoridad ante la cual la denuncia se inicia, pues tratándose de un delito contra la administración de justicia, no parece que pueda cometerse sin que medie una intervención judicial. En la práctica, la decisión que desestima la denuncia, la que sobresee o la que absuelve al acusado será el punto de partida para la iniciación del procedimiento que persiga la sanción de la falsa denuncia.

### **d) La cuestión considerada en el punto “c” se vincula directamente con el momento consumativo en el delito de falsa denuncia**

El delito se perfecciona en el momento en que los hechos llegan a conocimiento de la autoridad, sin que sea necesaria ninguna consecuencia ulterior, como sería el perjuicio de algún tipo.

Descritos los cuatro aspectos, debemos precisar que los conceptos de *denuncia falsa* y *denuncia incompleta o inexacta* no son equivalentes. En este sentido, Jorge Buompadre distingue:

Denuncia falsa no es lo mismo que denuncia incompleta o inexacta. Si el hecho denunciado existió en la realidad y se incluyen u omiten en él circunstancias que no llegan a alterar la consideración delictiva del mismo, la tipicidad del art. 245 queda excluida. Si, por el contrario, lo denunciado contiene circunstancias que modifican esencialmente el hecho acaecido en la realidad, el tipo penal queda configurado. (2001, p. 104)

#### § 4.4.1.2. Sujeto activo

Edgardo Donna (2005, p. 136) refiere:

El tipo penal en estudio no exige cualidades personales en el sujeto activo, de lo cual se deduce que cualquier persona puede ser autora de este delito. Sobre el particular se sostiene que no puede ser autor aquel a quien está prohibido denunciar, teniendo en cuenta la prohibición contenida en el artículo 242 del Código Procesal Penal de la Nación de declarar en contra del imputado al cónyuge, ascendientes, hermanos.

Siguiendo esta línea, Buompadre (2001, p. 106) precisa sobre el sujeto activo: “Puede ser cualquier persona. Se trata de un tipo de titularidad indiferenciada, que no exige una cuantificación especial en el autor”.

Por su parte, Villada (2005, p. 446) refiere:

Esta no es una cuestión sencilla de explicar, porque las opiniones, son bastante discordantes. Para un gran sector de la doctrina, atendiendo a las formalidades exigidas normalmente por el acto de la denuncia, no basta con que el sujeto activo sea imputable a los fines de este delito menor (o sea, todo mayor de 18 años), sino que además tenga aptitud legal para realizar formal denuncia (capacidad civil), con lo que la falsa denuncia hecha por un incapaz (que no cumplía los 21 años), no constituiría delito.

#### § 4.4.2. El tipo subjetivo

Fontán Balestra (2004, p. 145) señala: “El delito de falsa denuncia es un delito doloso. La ley dice que se aplicará prisión de dos meses a un año o multa al que denunciare falsamente un delito. De allí se sigue que quien así procede debe tener conciencia de la falsedad”.

Edgardo Donna (2005, pp. 136-137), por su parte, precisa:

Solo el dolo directo es compatible con el delito de falsa denuncia, ya que el autor, conforme lo exige el elemento objetivo de la falsedad, debe conocer el alcance de su accionar, lo cual engloba la certeza de su conocimiento en la inexistencia del hecho ilícito denunciado, como también la modificación sustancial de las circunstancias de lugar, tiempo y modo de un hecho real. No es necesario o intención específica.

Buompadre (2001, p. 106) precisa:

Subjetivamente, el delito es doloso, compatible únicamente con el dolo directo, ya que el autor debe tener conciencia de la inexistencia

del hecho denunciado, o de la alteración de sus circunstancias, y la voluntad de poner estos hechos en conocimiento de la autoridad. No requiere el tipo una especial motivación en la conducta del autor. Quedan al margen de la tipicidad subjetiva el dolo eventual y las conductas imprudentes.

Por su parte, Bertelotti (2005, p. 9) detalla:

Resulta claro que el error sobre la falsedad excluye el dolo y, por tanto, la tipicidad. No habrá delito ni contravención si el autor denunció algo falso creyendo que era verdadero. También es evidente que tampoco habrá delito ni contravención si denunció algo verdadero, aun creyendo que era falso, pues se carece de un elemento del tipo objetivo: la falsedad de la denuncia.

#### § 4.4.3. Bien jurídico protegido

García-Solé, en la introducción a su libro *El delito de acusación y denuncia falsas*, afirma lo siguiente:

La comisión de un delito de acusación y denuncia falsa arrastra consigo una multitud de perjuicios de muy diversa índole, que se proyectan por un lado, sobre las bases de credibilidad y confianza en la administración de justicia, en los operadores jurídicos y ciudadanos y por otro, y de forma muy especial sobre la persona falsamente acusada. Es un delito que pese a su reiterada comisión, apenas es objeto de persecución, y ya no solo porque esta puede quedar limitada por una incorrecta interpretación del mismo, sino porque el ciudadano que ha sufrido los sinsabores del proceso penal injusto ha perdido la confianza en la “justicia”, cuando no el tiempo, el dinero y la reputación.

Por todo ello, y especialmente en aras a fortalecer la legalidad y legitimidad del sistema penal, es necesario que cualquier acusación o denuncia falsas, que haya tenido la capacidad de provocar el inicio de un proceso penal contra una persona inocente, obtenga una respuesta inmediata, firme y enérgica y a poder ser “de oficio”, directamente por el Juez o Tribunal que haya apreciado la falsedad, lo que puede estrechar, por no decir iniciar, los lazos de confianza entre el ciudadano y la “justicia”, hoy por hoy tan debilitados. (García-Solé, 2002, p. 20)

Siguiendo esta línea, Pérez Rúa (2007, p. 19) agrega:

A nadie escapa que la judicialización de la vida social es cada día más patente, los ciudadanos acuden cada vez con más frecuencia a los tribunales para solventar sus problemas, problemas que en otros

casos no hubieran llegado a su conocimiento, y si bien en un Estado de Derecho es fundamental la tutela de los intereses legítimos de la ciudadanía, por órganos independientes, sin embargo el abuso que hoy se hace de la denuncia y querrela es cada vez mayor. De hecho, el amparo demandado por una buena parte de los ciudadanos no siempre se solicita con fines legítimos, antes bien, en numerosos casos se acusa o se denuncia porque se quiere desprestigiar a una persona, o porque no gustan las decisiones tomadas por la autoridad, o simplemente porque se pretende un objetivo a costa de quien sea y cuando sea.

Esta incriminación del todo reprobable debe ser acotada a través de los mecanismos existentes en nuestro ordenamiento jurídico, y ello porque se pone en marcha indebidamente la maquina judicial, con todos los efectos que genera, entre ellos una falta de seguridad jurídica en la sociedad que se ve vulnerada por el ataque de la misma a través de estos comportamientos, y porque la presunción de inocencia, es un bien indudablemente estimado que nadie debe de poner en duda gratuitamente, por su propia significación y por los efectos tanto jurídicos, como personales que el cuestionarlo supone para el que sufre las consecuencias en su entorno profesional, familiar o afectivo por el ataque a su reputación, prestigio, patrimonio y modo de vida.

Donna, por su parte, refiere: “En concreto, el tipo penal protege la necesaria demanda de justicia requerida por parte de los particulares, que se traduce en la puesta en marcha del andamiaje judicial con miras a investigar y reprimir la eventual comisión de un delito de acción pública” (2005, p. 133).

Villada (2005, p. 442) considera:

En nuestro país y con la legislación expresa que contiene en la materia, con esta figura se pretende claramente proteger el normal desenvolvimiento y preservación de la administración de justicia penal (único órgano habilitado para investigar y reprimir delitos) evitando así una actividad investigativa o persecutoria errática e inútil.

Asimismo, Carrara (citado en Villada, 2005, p. 441) refiere:

Este delito constituye una ofensa a la justicia pública por el engaño que se le hace; y políticamente porque produce en los ciudadanos un estado de intranquilidad e inseguridad, causando sospechas, molestias y gastos innecesarios. Resumía las objetividades jurídicas protegidas en:

a) Derecho de los ciudadanos a no ser atemorizados por delitos imaginarios que se anuncien.

- b) Derecho de la ciudadanía a que no se engañe a la justicia.
- c) El derecho de cada uno, a no ser sometido injustamente a un proceso penal y correr el peligro de ser condenado, en virtud de una denuncia falaz.

Según María Paz Pérez Rúa (2007), en la doctrina española son tres las principales posiciones doctrinales. Una lo considera estrictamente un delito contra la administración de justicia. La segunda lo configura como un delito contra el honor del falsamente acusado o denunciado. La tercera sostiene que se trata de un delito pluriofensivo, que ataca a varios bienes jurídicos.

Dentro de esta última postura, la posición predominante es la de entender dicho delito como un ataque contra la administración de justicia como el honor del falsamente acusado, y no faltan autores que lo consideran una modalidad de las falsedades.

Sobre el particular, Maqueda Abreu (1999, p. 21) sostiene:

Se trata de un delito pluriofensivo que afecta no solo bienes colectivos sino también individuales, reconociendo a la administración de justicia como identificada con la actividad jurisdiccional y destinada al cumplimiento de los fines legítimos del proceso penal, tanto de hallazgo de la verdad objetiva de los hechos enjuiciados (verdad material) como de resolución jurídica de conflictos sociales que, indudablemente, se verán frustrados si, como sucede cuando se promueve una acusación o denuncia falsas, el proceso penal es falazmente activado, y se provocan actuaciones indebidas o una actividad jurisdiccional en vacío, un proceso sin objeto.

Asimismo, al comentar la figura de acusación y falsa denuncia contemplada en el artículo 456 del Código Penal español, precisa lo siguiente:

Si bien es opinión común o por lo menos ampliamente admitida, que la Administración de Justicia como objeto de tutela de este delito de acusación y denuncias falsas, no agota su contenido sustancial. La referencia a bienes personales de la víctima —para unos mediata, para otros subsidiaria, o simplemente complementaria, de esos otros intereses relativos a la función jurisdiccional— ha permanecido siempre cercana a la definición del injusto.

Y no solo el honor, aunque clásicamente los argumentos empleados para defender el carácter pluriofensivo del delito se ha orientado a esa dirección. También otros bienes del injustamente, como su intimidad, su libertad, su patrimonio o su propio sentimiento de seguridad y tranquilidad personales, pueden verse amenazados por el inicio en su contra de un procedimiento penal, siendo su valor con-

junta la que permite explicar, en mi opinión, el injusto específico de esta figura delictiva. (Maqueda Abreu, 1999, pp. 23-24)

#### § 4.5. Consumación

Para Dona (2005), la figura de falsa denuncia se consuma con la presentación de la denuncia. Y resulta posible la tentativa.

Por su parte, Villada (2005, p. 453) sostiene: “El delito se consuma instantáneamente con la presentación o formulación efectiva de la denuncia de forma verbal o escrita, ante la autoridad competente (aquella habilitada por la ley para recibir denuncia por delito penal)”.

Buompadre (2001, p. 106) agrega:

La tentativa no nos parece admisible, pues, como entiende un sector de la doctrina, resulta preferible prescindir en este delito de formas imperfectas de ejecución, esencialmente por la dificultad de justificar en su caso el mínimo de lesividad exigible para fundar una intervención penal razonable.

#### § 4.6. Falsa denuncia y calumnia

En el caso Bulog se estableció por mayoría que, cuando el autor denuncia a una persona determinada, no existe concurso de delitos, sino un concurso de leyes penales. Esta posición fue encabezada por el doctor Muni-lla Lacasa, quien sostenía que la calumnia y la falsa denuncia reprimen distintas conductas.

Dentro de los argumentos expuestos por este jurista, podemos citar el siguiente extracto:

Que cuando se acusa, cuando se imputa directa y concretamente a persona determinada un delito que dé lugar a la acción pública, no es falsa denuncia, sino calumnia y que si tal imputación es hecha ante la autoridad, como ocurre en el presente caso —la falsa denuncia no aflora— desaparece excluida por la otra figura más comprensiva que absorbe su tipo y su pena. Solo existe, entonces, una relación de exclusión. (Tenca, 2013a, p. 98)

En palabras de De la Fuente y Cardinali (2004, p. 165), esta posición implica: “Cuando el autor formula una denuncia falsa contra una persona determinada, corresponde aplicar el tipo penal que prevalezca conforme a las reglas de tipos o de leyes penales”.

En el citado caso, se determinó que el tipo penal aplicable era el de calumnia. Sobre el particular, De la Fuente y Cardinali refieren lo siguiente:

De acuerdo a este punto de vista, el delito de falsa denuncia se configura, exclusivamente, cuando la denuncia mendaz se formula sin imputar el hecho a ninguna persona determinada. Cuando la denuncia se formaliza contra alguna persona concreta, entra en juego el honor del sujeto pasivo y, por lo tanto, se aplica el tipo penal de calumnia. Es decir conforme a esta forma de resolver la cuestión, en los supuestos de falsa denuncia calumniosa, el artículo 109 del Código Penal “absorbe” al tipo penal de denuncia falsa (art. 245, Cód. Pen.).

Siguiendo esta línea, Gavier (1959, p. 35) precisa que la denuncia falsa y la calumnia tienen rasgos diferenciadores y sostienen las siguientes proposiciones:

- a) La denuncia de un hecho delictuoso en sí mismo falso, es falsa denuncia (art. 245).
- b) La denuncia de un hecho falso que el denunciante se imputa a sí mismo o imputa a terceros indeterminados, o a desconocidos, es también falsa denuncia (art. 245).
- c) La denuncia de un hecho falso que el denunciante imputa a otra persona determinada, es calumnia (art. 109).
- d) La denuncia de un hecho verdadero, pero que el denunciante imputa falsamente a persona determinada, es calumnia (art. 109).
- e) La denuncia de un hecho verdadero, cuyo denunciante conoce quien lo cometió, pero falsamente se lo imputa a sí mismo o lo imputa a terceros indeterminados, o a desconocidos, no constituye ningún delito en nuestro derecho.

Si bien la posición descrita es la adoptada por la mayoría, existen posiciones que cuestionan los criterios establecidos en el caso Bulog.

Fontán Balestra (2004) entiende que con tal criterio se eliminó prácticamente el delito de falsa denuncia. Es suficiente demostrar que es posible la comisión de cada uno de los dos delitos, sin que forzosamente se cometa otro, para demostrar, también, la inconsistencia de la tesis del voto mayoritario.

El autor precisa también:

La duda y la previsión de la posibilidad no equivalen en este delito a la conciencia de la falsedad. Es preciso que el autor sepa otra cosa que no le permita dudar de la falsedad de los hechos que denuncia. Es decir que, a más de la conciencia de la falsedad, se requiere el conocimiento de la verdad, sobre el cual se apoya la conciencia de la falsedad. (Fontán Balestra, 2004, p. 145)

Asimismo, especifica las particularidades de estos delitos:

Habrá falsa denuncia sin que exista calumnia: a) cuando la denuncia no se haga contra persona determinada; b) cuando se querrela por delito de acci3n privada.

Habrá calumnia sin que exista falsa denuncia: a) en todos los casos de calumnia no judicial; b) cuando siendo la calumnia judicial, el elemento subjetivo llena las exigencias del delito contra el honor, careciendo de relevancia para adecuarse a la figura del artículo 245. (Fontán Balestra, 2004, p. 146)

Para este autor, la falsa denuncia y la calumnia pueden concurrir formalmente (artículo 54 del CP), tal como lo sostuvo en disidencia una parte de la minoría del tribunal en el fallo referido (Malbrán, Cantadore von Straat y Oderigo).

Por su parte, Villada (2005) asume una posici3n particular y precisa que si bien la mayoría de la doctrina considera que el delito de calumnia absorbe al de simulaci3n o viceversa, existen particularidades entre estos que no hacen posible la absorci3n. En este sentido, manifiesta su desacuerdo partiendo de los siguientes elementos:

- La vulneraci3n de bienes jurídicos diversos (la administraci3n pública en el caso de la falsa denuncia y la honra o crédito u honorabilidad en la calumnia).
- Conciencia de dañar dos valores distintos también. En efecto, el conocimiento y la intenci3n requerida en cada caso, apunta a efectos vulnerantes diversos (*nullum crimen sine culpa*).
- Sujetos pasivos que nada tienen que ver entre sí (persona física afectada en su honor por la calumnia y la administraci3n pública con competencia penal, en el delito de denuncia falsa)
- Se engendran acciones penales de diversa naturaleza como lo son la privada (calumnias) y la pública oficiosa (denuncia falsa). (Villada, 2005, pp. 451-452)

Jorge Sandro (1975) precisa las particularidades de la falsa denuncia y sostiene que esta no contiene un elemento de imputaci3n:

Desde el punto de vista estrictamente gramatical denunciar un delito es poner en conocimiento de la autoridad un hecho que se supone penalmente ilícito; y, cuando esa denuncia sea falsa estaremos, por ende, frente a la comunicaci3n a la autoridad de un falso hecho. Esto significa básicamente que se ponga de manifiesto, como cierto, un suceso que en realidad no se ha producido o que, al menos, no se ha producido en la forma denunciada.

Podrá advertirse con facilidad que ningún elemento del art. 245 exige que ese falso hecho se atribuya, además a alguna persona determinada. De modo que la situación característica que tiende a reprimir el citado artículo es la falsa manifestación sobre la perpetración de un delito, sin imputación o referencia a un sujeto.

[...] En consecuencia, el art. 245 CP. no puede incluir el elemento imputación, no solamente porque no está mencionado en el tipo, sino porque el mismo es propio y exclusivo de la figura del art. 109 CP. Esta afirmación encuentra respaldo en la escasa penalidad con que la ley reprime la denuncia falsa, pues no resulta coherente imaginar que se aplique una escala penal más severa a la calumnia simple que a la denuncia calumniosa, consecuencia que aparecería como necesaria si se aceptara la tesis rebatida. (Sandro, 1975, p. 265)

Siguiendo esta línea, Bartoloni Ferro señala que existen diferencias entre ambos delitos y que la falsa denuncia afecta la administración pública, mientras que la calumnia afecta al honor. En este sentido, precisa lo siguiente:

La “denuncia falsa” no puede confundirse con la “calumnia”, ni con la calumnia llamada “judicial” o con una supuesta calumnia “denuncial”, que sería el delito que se crearía reputando que el “delito de denuncia falsa” fuera el de “calumnia denuncial”.

El delito de denuncia falsa por otra parte, es de acción pública y contra la Administración pública o, mejor dicho, contra la administración de justicia: esta es el bien o interés jurídico protegido por él. Con él se lesiona a dicha administración, en cuanto la distrae obligándola a examinarla, para darle o no curso y en este último caso, en cuanto se la expone a realizar procedimientos inútiles o perjudiciales.

El denunciado, con motivo de ella, ni podría ejercitar la acción penal para la persecución y castigo, promoviendo querrela o haciéndose parte como querellante en el proceso ya iniciado por otro modo, porque no es el lesionado por el delito, el ofendido por él. Si ella le hubiera causado un “daño” material podrá ejercitar la acción civil para su resarcimiento; pero no la acción penal, cuyo ejercicio la ley permite al ofendido por el delito, distinguiéndose, como es necesario distinguir, entre “lesión” y “daño”.

El delito de calumnia, en cambio, es de acción privada y es un delito contra el honor, cuya protección jurídica o tutela penal, la ley deja confiada al ofendido y después de su muerte al cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes (art. 75 Cód. Penal)<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Bartoloni Ferro, Abraham, “Denuncia falsa y calumnia”, en *La Ley*, T. 68, p. 819.

Núñez considera que el problema de coexistencia que el artículo 245 ha plasmado frente al artículo 109 no es fácil de resolver:

Su dificultad mayor no reside, aunque esta no sea poca, en determinar el verdadero contenido de cada uno de esos artículos, sino en la circunstancia de que únicamente la infracción más benigna es perseguible por acción pública de oficio, pues la más grave, la calumnia, solo lo es por acción del ofendido<sup>15</sup>

Por su parte, Adrián Tenca (2013a) refiere que la posición de Núñez es la más sustentable. En este sentido, refiere:

Sin volver a reiterar sus argumentos, cabe resaltar que con el solo hecho de considerar los diferentes bienes jurídicos en juego, alcanza para concluir, en una primera lectura, que se trata de delitos diferentes, y que no puede existir entre ellos ninguna clase de concurso de delitos ni tampoco un concurso aparente de leyes. La denuncia falsa, ya sea que tenga por destinatario o no a una persona determinada, es un delito contra la Administración Pública, de extrema gravedad, y debe ser perseguida de oficio en todas las oportunidades. Mal podría dejarse de perseguir este delito subordinándolo a que un particular decida si su honor ha sido mancillado. Resulta claro que se trata de dos delitos diferentes. En este punto y descartando el concurso real propuesto por el Dr. Vera Campos en el plenario “Bulog” (resulta por demás claro que el hecho es uno solo), cabe destacar que son dos diferentes delitos que se excluyen el uno al otro, porque como sabiamente refiere Núñez, se trata de una misma materialidad criminal que en determinadas oportunidades la toma en cuenta el art. 109 y en otras el art. 245. Por ello es que en la denuncia falsa que tiene por destinatario a una persona determinada, no se aplica el art. 109 por la prohibición de toda incriminación (*non bis in idem*). (Tenca, 2013a, p. 98)

Asumiendo una posición contraria al caso Bulog, De la Fuente y Cardinali (2004, p. 174) refieren:

Pensamos que la tesis del concurso ideal de delitos es la conveniente por las siguientes razones:

1. En primer lugar, creemos que no puede sostenerse la existencia de un concurso aparente de tipos penales, pues ninguna de las figuras se encuentra “absorbida” (consunción) ni es “especial” con respecto a la otra. Obviamente, tampoco se presenta en el caso una relación de alternatividad o subsidiariedad. Desde este punto de vista, no puede pasarse por alto que la calumnia y la falsa denuncia tienen elementos que son claramente diferentes.

<sup>15</sup> Núñez, Ricardo C., Calumnia y denuncia falsa, en *La Ley*, T. 67, p. 477.

La falsa denuncia se configura únicamente mediante la realización de un acto formal de denuncia, conforme a las normas procesales pertinentes. En la calumnia, en cambio, el delito consiste en la genérica imputación falsa de un delito de acción pública, por cualquier medio, afectando el honor de la víctima.

#### § 4.7. Jurisprudencia

**La denuncia falsa tiende a engañar a la administración pública encargada del juzgamiento de los delitos**

Ello así, puesto que la imputación calumniosa consiste en la atribución a otra persona determinada, hecha judicial o extrajudicialmente y a sabiendas de la falsedad de la atribución, de ser autora o partícipe de un delito determinado perseguible por acción pública; en tanto la falsa denuncia presupone que la denuncia no le imputa un delito a una persona determinada. Mientras la calumnia hecha judicialmente tiende a menoscabar al honor ajeno de una persona individualizada, la denuncia falsa tiende a engañar a la autoridad, ofendiendo así a la administración pública encargada de la persecución o juzgamiento de los delitos, ya que perturba su normal desenvolvimiento (*conf.* Núñez Ricardo C., “Manual de Derecho Penal, parte especial” ps. 91 y 423).

**Cámara nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII, C., O. E. y otra, 05/11/1999. Cita Online Ar/JUR/2123/1999.**

**La configuración de la falsa denuncia se da cuando se presentan todos los elementos del tipo penal**

Que la descripción del hecho precedente no satisface las exigencias contenidas en el art. 355 del CPP. Córdoba en cuanto impone efectuar una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del suceso atribuido, bajo sanción de nulidad. En efecto, en el sub iudice se verifican múltiples omisiones en relación a la exigencia de la circunstanciación, vacíos fácticos que bajo ningún aspecto pueden homologarse, por cuanto es la ley la que garantiza la necesidad de que sean puestas de manifiesto todas aquellas circunstancias jurídicamente relevantes en que la conducta atribuida se exteriorizó. Se ha omitido la circunstancia de lugar en que se formuló la denuncia de contenido falso, según el reproche, como así también que autoridad competente la recepcionó. Por otra parte advertimos que el relato acusador se encuentra incompleto, con la cual se afecta la claridad de su contenido, en cuanto no describe el destino que tuvieron los

niños, hijos de la denunciante, cuya sustracción habría denunciado falsamente. Vale decir no describe la verdad de lo acontecido con los menores para confrontarlo con lo expresado en la denuncia. Finalmente en orden a las personas involucradas como autores, también peca por incompleta y falta de claridad. Toda vez que la construcción del hecho se inicia atribuyendo la formulación de la denuncia a dos personas, Juan R. Britos y Mónica C. Guzmán, para luego citar a juicio únicamente a la última de las nombradas, quedando inconclusa la situación de Juan R. Britos.

**Cámara en lo Criminal y Correccional, en lo Civil y Comercial, de Familia y del Trabajo de Deán Funes, Sala I., 21/03/2005, Guzmán, Mónica C., Cita Online: 70017267.**

### **El delito de falsa denuncia es un delito esencialmente contra la administración de justicia**

El delito de falsa denuncia previsto y penado por el art. 245 del Cód. Penal es un delito esencialmente contra la administración de justicia, la que se resiente en su seriedad y recta aplicación al ponerse en marcha sobre un hecho falso. De acuerdo a nuestro Cód. de Procedimiento Criminales el sumario puede iniciarse por denuncia, por querrela, por prevención, por excitación del Ministerio Público o de oficio (art. 80). En el caso de examen con su falsa denuncia motiva la iniciación de un sumario, con conocimiento judicial, poniendo en marcha los órganos de la persecución penal. En este caso se denuncia un delito –robo de un vehículo– a sabiendas de la falsedad de sus dichos.

**Cámara de Apelaciones en lo Penal de Villa Mercedes, U., N., 03/03/1998. Cita Online: AR/JUR/1136/1998.**

### **Existen circunstancias que excluyen la temeridad de la denuncia**

También contribuye a excluir la ligereza o temeridad de la denuncia la circunstancia de que el denunciante era el padre de los niños que relataron los hechos sospechosos, condición que no solo le da el derecho de tener los hijos consigo y de educarlos y cuidarlos, sino que incluso le impone el deber de protegerlos, formarlos y guardarlos de todo peligro (arts. 264, 265, 276 y concordantes del C. Civil), obligaciones que resultan reiteradas en atención a los derechos reconocidos al niño por los Tratados internacionales con jerarquía constitucional (Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, art. 19, y Convención Sobre Derechos del Niño, arts. 18 y 19). Y también el lamentable incremento a la fecha

de hechos de abusos sobre menores que genera mucha prevención en los padres y que explica e incluso impone se proceda con urgencia ante actitudes que pueden aparecer como poco claras o ambiguas.

**Cámara 2a en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, E.L.I. c. C.L.M., 24/06/2009. Cita Online: AR/JUR/26034/2009.**

**No debe requerirse al denunciante una diligencia mayor que la normal y según las circunstancias del caso corresponda a una situación semejante**

Quien en situaciones como la que en estos obrados examino, pone en conocimiento de la autoridad competente un hecho delictuoso que lo perjudica y que constituye un delito, identifique o no al presunto autor, de resultar indemne aun cuando, el imputado sea absuelto. Comparto la doctrina autoral y judicial que establece que la sola circunstancia de que el imputado haya sido absuelto no responsabiliza al denunciante.

El autor de una falsa denuncia incurrirá en responsabilidad civil cuando como consecuencia de su conducta resulte un daño a quien sea detenido por un hecho inexistente o que incluso de haber existido fue ajeno al mismo. Pero será necesario congregar en la instancia los elementos que configuran al acto ilícito resarcible: dolo o culpa, daño, antijuricidad de la conducta y relación de causalidad. Entiendo siguiendo los lineamientos de la doctrina, al ser imprescindible preservar el interés social en la investigación y represión de los delitos penales, que no debe requerirse al denunciante una diligencia mayor que la normal y según las circunstancias del caso corresponda a una situación semejante. El demandado no ha incurrido en la irresponsabilidad que le atribuye el juez. Si el hecho de que luego en rueda de presos señalase como el posible “quirquincho” a otra persona distinta y sin tener seguridad de que lo sea, no agrega ningún matiz para que se lo califique como denunciante imprudente y culposos.

**Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 8a Nominación de Córdoba, Gómez, Jesús c. Sigueiro López, Manuel, 20/02/1992. Cita Online: AR/JUR/771/1992.**

**Falsas denuncias generan un sentimiento de seguridad de los ciudadanos y molestias a personas honestas por la investigación de un hecho imaginario**

Adiferencia de la expropiación por causa de utilidad pública (ley 6.394) en la cual es necesaria la intervención del Consejo de Tasaciones de

la Provincia de Córdoba —ley 5.330—; por lo que estimo que tampoco se han dado las condiciones impuestas por los arts. 2.588, 2.589, 2.590 del Cód. Civil. El poder jurídico que la Constitución reconoce al Estado, no debe traslucirse en un enriquecimiento indebido, ni tampoco ser fuente de ganancias para el particular, en perjuicio de la comunidad que integra lo que por los motivos especiales y técnicos mencionados no ha ocurrido en el presente caso. Ha existido un justo pago de las porciones de lotes de espacio verde adquiridos por los recurrentes; teniendo en cuenta las valuaciones y fórmulas que se han practicado por el organismo correspondiente de la Municipalidad de Córdoba al efectuarse la tasación de los bienes en cuestión y sus características topográficas especiales. Por razones de brevedad procesal, compacto lo manifestado por el representante del Ministerio Público, también en el punto en que se agravia el denunciante en el sentido que se habría vulnerado el art. 32 y otros de la ordenanza 8.060 y se estima también lo peticionado por el mismo dados los fundamentos legales, los cuales hago míos, del fiscal de instrucción. Entiendo personalmente que tanto todos los integrantes de la sociedad, los fiscales, jueces, etcétera, los Poderes, Ejecutivo y Legislativo, los medios de comunicación, deben desear un especial y normal funcionamiento de la justicia penal. Dado que a la misma le corresponde, dentro de la división de Poderes del Estado, la tarea específica de investigar, esclarecer y castigar los delitos. Para conseguir dichos objetivos es clara la conveniencia y necesidad de evitar, mediante la amenaza de una sanción punitiva, que la acción de los órganos judiciales sea impulsada por la denuncia de hechos opuesto a la verdad de lo ocurrido; todo lo que origina un trabajo estéril, gastos inútiles e importa una burla a la actividad de la magistratura, desprestigiándola. La justicia no puede ser engañada, ni debe servir a pasión o interés alguno, cualquiera sea el fin que se proponga con la denuncia. El prestigioso maestro Francisco Carrara nos decía “Cuando existen hipotéticamente falsas denuncias aparece una ofensa a la justicia pública, por el engaño de que se la hace objeto, su carácter político se deduce del perjuicio que causa al sentimiento de seguridad de los ciudadanos el anuncio de la comisión de un delito, aunque realmente no exista de la perturbación y de los gastos que se causan a la justicia pública y del peligro de sospechas y molestias a que quedan expuestas las personas honestas por la investigación de un hecho imaginario”. Por todo lo manifestado, este tribunal ha llegado a la certeza que no se ha cometido ninguna conducta típica que puede ser contenida dentro de las figuras delictivas de nuestro Código Penal; razón por la cual debe desestimarse la denuncia en virtud de lo establecido por los arts. 319 y 342 del Cód. Procesal Penal.

Juzgado de Instrucción de 11a Nominación de Córdoba, Llorens, Francisco J., 18/03/1998. Cita Online: AR/JUR/4122/1998.

### **Delito de falsa denuncia afecta el buen desempeño de la administración**

El bien jurídico tutelado es el correcto desempeño de la administración de la Justicia, y el hecho típico perturba el normal desenvolvimiento de la misma, debido al engaño del que es víctima, ya que ello se traduce en la puesta en marcha del andamiaje judicial con miras a investigar y reprimir la eventual comisión de un delito de acción pública, con el consiguiente perjuicio y desgaste.

Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala III, Espoile, Jorge E., 28/05/2002. Cita Online: AR/JUR/5319/2002.

### **La falsa denuncia se utiliza como delito de medio o de fin**

La experiencia demuestra además que generalmente, la falsa denuncia se utiliza como delito de medio o de fin, por el cual el autor busca enmascarar una conducta ilícita precedente o posterior, lo que obviamente implica que tal como hemos mencionado, no hay justificación válida como se pretende.

Cabe además mencionar o recordar que si bien el imputado puede mentir, ello no implica la creación de hechos o circunstancias que afrenten a otros sin tener que asumir responsabilidades, ni tampoco interferir o perjudicar la administración de justicia sin ser responsable. Es que tiene otros caminos, tal como no declarar, o negar simplemente, por lo que la enunciación ante la autoridad judicial de un hecho delictivo falso, no puede tener justificación o ser atípico por ser hecho para justificar, máxime cuando inclusive del acta de la indagatoria no surge siquiera la necesidad de falsear hechos en estrecha relación con el delito que se le intimara en esa oportunidad.

Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, sala III, Espoile, Jorge E., 28/05/2002. Cita Online: AR/JUR/5319/2002.

### **No se configura el delito de falsa denuncia cuando las sospechas se encuentran fundadas**

No se acreditó la falsedad de la denuncia –en el sentido de dolosa o culposamente infundada– y menos aún la acusación calumniosa. Los demandados actuaron como razonablemente lo dictaban las

circunstancias que habían vivido, y dirigieron sus sospechas de manera fundada; que pudo haber sido errónea, pero no estuvo motivada en prejuicios y menos en malicia dolosa como sostuvo el actor.

**Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bariloche, Parra, Edgardo c. Cretton, Eduardo y otra, 01/12/2008. Cita Online: AR/JUR/22016/2008.**

### **El delito de falsa denuncia se consuma en el momento en que los hechos llegan a conocimiento de la autoridad**

En cuanto a la queja del Particular Damnificado de que no se considerara a la falsa denuncia investigada un delito “continuado”, debo decir que el delito de falsa denuncia se consuma en el momento en que los hechos llegan a conocimiento de la autoridad (Conf. Carlos Fontán Balestra, siguiendo a Manzini, Carrara, Cuello Calón. Ver su Derecho Penal. Parte Especial, decimoquinta edición, Abeledo Perrot, pp. 822/823). Puede ocurrir que el autor de ello continúe más adelante con su voluntad de afirmar falsamente el delito en cuestión ante la autoridad (por ejemplo, cometiendo el delito de falso testimonio), pero esto no torna en continuado aquel delito, que ya se ha perfeccionado y por lo tanto ha comenzado a correr a su respecto el curso de la prescripción.

**Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de San Isidro, Sala III, NN s/Recurso de Apelación, 20/03/2009. Cita Online: AR/JUR/5543/2009.**

### **Existe falsedad objetiva si el hecho es esencialmente diferente del denunciado o con circunstancias esencialmente distintas a las denunciadas**

Cuando Núñez en su “Tratado de Derecho Penal Argentino”, t. VII, p. 50, se refiere al artículo que con distinta redacción, pero similar propósito, concernía en la ley 20.509 a la simulación de delito, señala que “el hecho perturba el normal desenvolvimiento de la administración de justicia debido al engaño de que es víctima” y agrega, en la p. 52, apoyándose en Gavier, que existe falsedad objetiva si el hecho es “esencialmente diferente del denunciado o con circunstancias esencialmente distintas a las denunciadas”. En el caso, de no haber habido aclaración posterior de Sarmiento parece claro que las autoridades judiciales y policiales habrían fracasado en el buen éxito de la investigación, porque el verdadero delito de hurto y el simulado de robo agravado por el uso de armas, apenas

se semejaban en que los objetos sustraídos resultan ser los mismos, ya que, por lo demás, se habían cambiado los personajes, se había pasado del modo subrepticio al de la violencia armada, y se habían alterado esencialmente el lugar y el tiempo de ocurrencia, amén de que se simuló además el delito de lesiones para darle verosimilitud al robo. Con tales datos apócrifos o inexistentes se construyó, o se inventó, un hecho absolutamente distinto que tendía a obstruir el funcionamiento de la justicia con el propósito deliberado por parte del procesado de engañar a las autoridades de las que dependía jerárquicamente.

**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala III, Sarmiento, Roberto F., 13/02/1979. Cita Online: AR/JUR/6938/1979.**

### **La denuncia es requisito esencial para la configuración del delito de falsa denuncia y no lo es para la del de calumnias**

Siguiendo el criterio sustentado por el doctor Oderigo al resolver el 4 de julio de 1952 la causa “Locatelli, Dora” —Rev. LA LEY, t. 67, p. 477— y el sostenido en el fallo plenario de la Cámara del Crimen “Bulog, J.” del 27 de marzo de 1953 (Rev. La Ley, t. 70, p. 112), corresponde señalar que los delitos de calumnias y de falsa denuncia, tipificados en los arts. 109 y 245 del Cód. Penal, constituyen dos figuras penales diferentes e independientes la una de la otra, no mediando entre ellas relación de especialidad alguna.

El referido ex magistrado en los fallos mencionados ha manifestado: “Cierto es que ambas contienen ingredientes comunes, pero: a) la calumnia puede cometerse por cualquier medio, mientras que la falsa denuncia solo puede cometerse mediante denuncia ante la autoridad competente; b) la falsa denuncia puede cometerse imputando el hecho a persona determinada o limitándose, simplemente a denunciar que un delito ha sido cometido, sin indicar a la persona del autor; mientras que la calumnia requiere, necesariamente, que exista imputación contra persona determinada. La existencia de una denuncia es, pues, requisito esencial para la configuración del delito de falsa denuncia, y no lo es para la del de calumnias; y la imputación contra persona determinada es requisito esencial para la configuración de este último delito, no siéndolo para la del primero”. Agregando: “Esos delitos tienen elementos comunes, y además, elementos propios de cada uno de ellos, de donde resulta que, errando en un caso determinado se dan elementos comunes a la calumnia y a la falsa denuncia, más los elementos propios de estos dos delitos, nos encontramos frente a un caso típico de concurso ideal,

por tratarse de un hecho único que infringe más de una norma penal, según lo expresa la disposición del art. 54 del Cód. de fondo, cuyo efecto jurídico es la absorción ‘quod penan’ y no ‘quoddelictum’, y por no mediar ninguna otra circunstancia legítima que determine la eliminación de una figura en beneficio de la otra” (confr. en igual sentido Carlos Fontán Balestra, *ob. cit.*, p. 817).

**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, Scherrer, Arnoldo y otro, 17/02/1987. Cita Online: AR/JUR/835/1987.**

**La acusación calumniosa ocurre cuando se atribuye falsamente a una persona determinada la comisión o autoría de un delito que dé lugar a una acción pública.**

Compartiendo el encuadre legal dado por el a quo y tal como ya lo ha sostenido esta sala (Exptes. 69.169/02 y 39.116/2004, entre otros), se impone efectuar una distinción. Si la denuncia se efectúa ante la justicia y ella resulta falsa, se está en presencia de la llamada acusación calumniosa donde resulta aplicable el art. 1.090 del Cód. Civil, cuyo presupuesto esencial es la falsedad de la denuncia, o sea, que se haya atribuido falsamente a una persona determinada la comisión o autoría de un delito que dé lugar a la acción pública, teniendo el denunciante plena conciencia de que esa persona no lo ha cometido. Es por eso que, para que se configure ese supuesto, es necesario que exista una calificación jurídica que provenga de la autoridad judicial, calificación que puede ser dispuesta por el juez penal o por el juez civil, no obstante el resultado al que se haya arribado en el fuero criminal.

Parte de la doctrina entiende que no es necesario que se haya actuado con tal conocimiento y/o con intención de dañar, sino que basta que el autor de la denuncia o querrela haya procedido con culpa o negligencia al efectuar la imputación. Esto ocurre porque de acuerdo a los principios generales, todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño, está obligado a la reparación del perjuicio.

**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, B., L. H. c. Bravo, Fabián Alejandro s/ daños y perjuicios, 05/07/2013. Cita Online: AR/JUR/41868/2013.**

### **Acusaciones apresuradas y carentes de prueba constituyen delito de falsa denuncia**

Ahora bien, de lo dicho hasta aquí emerge con claridad la inexistencia del delito que fuera imputado por el denunciante a Melgarejo; siendo dable también apreciar que el demandado-apelante omitió producir prueba tendiente a demostrar alguna de las eximentes que alegara en su defensa, siendo insuficiente a tal fin la mera invocación del art. 1112 del Código Civil, desde que ello no le impedía la adopción de mínimos recaudos antes de formalizar la denuncia. En efecto, Chaparro sin consultar previamente a Melgarejo o bien de cerciorarse que la amoladora buscada no estuviera en otro mueble dentro del ámbito donde se guardan las herramientas, procedió a efectuar la denuncia, imputando su faltante directamente a Melgarejo e incluso pidiendo se allanara su vivienda. Indudablemente que un actuar más cuidadoso, habría evitado exponer al actor a un indebido allanamiento, como el concretado inmediatamente después de efectuada la denuncia, ya que como surge de los dichos de Gable y Velázquez, la amoladora estaba en otro mueble —desarmada y para ser reparada—, dentro del mismo lugar donde todas las herramientas son guardadas.

Conforme todo lo explicitado, se desprende que el demandado hizo una denuncia apresurada e infundada, con una notoria ligereza y con total menosprecio por los derechos de Melgarejo, resultando que evidentemente ha obrado con culpa o al menos con ligereza culpable, debiendo por ende responder por las consecuencias dañosas originadas por su indebido accionar (arts. 512, 901, 902, 909, 1109 y concs. del Código Civil); máxime atendiendo que no probó ninguna de las eximentes alegadas.

**Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, Melgarejo, Oscar Vicente c. Chaparro, Luis María y otro, 06/07/2010. Cita Online: AR/JUR/75253/2010.**

### **La falsa denuncia afecta la administración de justicia pues pone en movimiento los órganos encargados de la persecución penal**

Con relación al accionar de J. E. D., el mismo se ajusta objetiva y subjetivamente a lo normado en el art. 245 del C.P. que sanciona a quien denunciare falsamente un delito ante la autoridad. En efecto, se está ante la presencia de un ilícito contra la Administración Pública y específicamente contra la Administración de Justicia. El actor causó un evidente perjuicio pues su denuncia falsa, puso en movimiento los órganos pertinentes encargados de la persecución penal:

Fiscalía, intervención jurisdiccional y desarrollo de un proceso penal contra el denunciado.

El aspecto subjetivo del tipo también se encuentra acreditado, pues no resulta creíble lo afirmado por D., en cuanto a que estaba confundido con la cifra del mutuo pues también había firmado pagarés. La diferencia abismal entre lo por él afirmado falsamente, esto es que había suscripto el contrato por \$ 1000, con la verdadera suma que surge del instrumento: \$ 29.920, da la pauta clara en cuanto a la intencionalidad del actor de querer sustraerse al pago de esta última, mediante la formulación de la denuncia.

**Cámara de Apelaciones en lo Criminal Nro. 2 de Santa Rosa, J.E.D., 27/06/2006. Cita Online: AR/JUR/3521/2006.**

#### **§ 4.8. Legislación en países de la región**

La mayoría de las legislaciones latinoamericanas contienen similares previsiones a las del Código argentino y regulan figuras que específicamente atentan contra la autoridad, provocando un proceso o su continuación conforme a un hecho punible falso o imaginario.

Cabe precisar que los Códigos de Bolivia y Paraguay siguen en su orientación a los Códigos español y alemán, que mezclan el ataque a la función judicial o administrativa de perseguir y castigar delitos con la concreta imputación a una persona física como autora del falso delito. En el caso de Chile, hace referencia a la sentencia declarativa del carácter calumnioso del autor de este delito (Villada, 2005).

##### **§ 4.8.1. Bolivia**

El Código Penal establece tres tipos penales con relación a la falsa denuncia.

###### *Artículo 166*

*El que a sabiendas acusare o denunciare como autor o participe de un delito de acción pública a una persona que no lo cometió, dando lugar a que se inicie el proceso criminal correspondiente, será sancionado con privación de libertad de uno a tres años. Si como consecuencia sobreviniere la condena de la persona denunciada o acusada la pena será de privación de la libertad de dos a seis años.*

###### *Artículo 167*

*El que a sabiendas denunciare o hiciere creer a una autoridad, haberse cometido un delito de acción pública inexistente, que diere*

*lugar a la instrucción de un proceso para verificarlo, será sancionado con prestación de trabajo de tres meses a un año.*

#### *Artículo 168*

*El que mediante declaración o confesión hechas ante la autoridad competente para levantar las primeras diligencias de policía judicial o para instruir el proceso, se inculpare falsamente de haber cometido un delito de acción pública o de la misma naturaleza perpetrado por otro, será sancionado con prestación de trabajo de un mes a un año.*

*Si el hecho fuera ejecutado en interés de un pariente próximo o de persona de íntima amistad, podrá eximirse de pena al autor.*

El artículo 168 boliviano, respecto al bien jurídico protegido, incluye:

- a) La actividad investigativa previa que desarrollan los organismos administrativos (policiales), que funcionan como auxiliares de la justicia (sumario de prevención).
- b) La etapa judicial no jurisdiccional desarrollada por otros órganos investigativos como el Ministerio Público Fiscal.
- c) La actividad judicial propiamente dicha, cuya dirección está a cargo del juez –sea como órgano investigador (instrucción) o como tribunal de mérito (plenario)–.

#### **§ 4.8.2. Brasil**

Con relación a este delito, el artículo 339 señala lo siguiente:

#### *Artículo 339*

*Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: (Redação dada pela Lei nº 10.028, de 2000).*

*Pena-reclusão, de dois a oito anos, e multa.*

*§ 1º-A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.*

*§ 2º-A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.*

*Comunicação falsa de crime ou de contravenção*

Cabe precisar que incurre en este delito aquel que, conociendo la falta de punibilidad de una conducta, la presenta como delictiva frente a la autoridad pertinente. Este comentario es válido aun para el caso de

Brasil, que en la parte final de su artículo 339, inciso 2 se refiere a ello como una falta.

El delito es formal, ya que no requiere un posterior resultado perjudicial efectivo.

#### § 4.8.3. Chile

El delito de falsa denuncia está regulado en el artículo 211 del Código Penal.

##### *Artículo 211*

*La acusación o denuncia que hubiere sido declarada calumniosa por sentencia ejecutoriada, será castigada con presidio menor en su grado máximo y multa de dieciséis a veinte sueldos vitales, cuando versare sobre un crimen, con presidio menor en su grado medio y multa de once a quince sueldos vitales, si fuere sobre simple delito, y con presidio menor en su grado mínimo y multa de seis a diez sueldos vitales, si se tratare de una falta.*

#### § 4.8.4. Paraguay

El delito de falsa denuncia está regulado en el artículo 289 del Código Penal.

##### *Artículo 289*

*El que a sabiendas y con el fin de provocar o hacer continuar un procedimiento contra otro,*

*1. Le atribuyera falsamente, ante autoridad o funcionario competente para recibir denuncias, haber realizado un hecho antijurídico o violado un deber proveniente de un cargo público.*

*2. Le atribuyera públicamente una de las conductas señaladas en el numeral anterior, o*

*3. Simulara pruebas contra él*

*Será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.*

#### § 4.8.5. Uruguay

El delito de falsa denuncia está regulado en el artículo 179 del Código Penal.

**Artículo 179**

*El que a sabiendas denuncia a la autoridad judicial o policial, o ante la Junta Asesora en Materia Económica Financiera del Estado o ante un funcionario público el cual tenga la obligación de dirigirse a tales autoridades, un delito que no se ha cometido o que simule los indicios de un delito, en forma que proceda la iniciación de un procedimiento penal para su averiguación, será castigado con pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciaría.*



## CAPÍTULO V

### DELITO DE ABUSO SEXUAL SIMPLE

#### § 5.1. Introducción

En el presente trabajo desarrollamos la figura básica del abuso sexual simple, ya que los menores de trece años son más propensos a ser manipulados e influenciados por los adultos.

#### § 5.2. Dispositivo legal

El tipo penal básico sobre el cual se estructura toda la sistemática de los delitos de abuso sexual está tipificado en el primer párrafo del artículo 119 del Código Penal:

*“Será reprimido con reclusión o prisión de 6 meses a 4 años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando esta fuera menor de 13 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”.*

#### § 5.3. Antecedentes legislativos

La expresión “abuso sexual simple” remplazó a la de “abuso deshonesto”, contenida en el derogado artículo 127 del Código Penal.

Fontán Balestra (2007) refiere que el delito de abuso deshonesto, con el que el abuso sexual simple tiene marcadas coincidencias, fue contemplado por primera vez en el Proyecto de 1891 (art. 152), que lo sitúa en el Capítulo I del Título de los Delitos contra la honestidad, a continuación de las figuras de la violación y del estupro, y antes del capítulo destinado a la corrupción de menores. El hecho consistía en abusar deshonestamente de una persona de uno u otro sexo, concurriendo algunas circunstancias del artículo 146 (violación) sin que haya cópula. Precisa que se dan como fuente el artículo 333 del Código italiano, el 366 del chileno y los artículos 372 y 373 del belga.

Asimismo, el citado autor, precisa:

La Ley 17.567 de 1968, quitó el abuso deshonesto del capítulo de la corrupción y los ultrajes al pudor, separándolo de los ataques al pudor público, y lo situó en el capítulo de la violación y el estupro, a continuación de este último, como artículo 124 bis, porque consideró que de ese modo se atendía mejor el agrupamiento de los delitos conforme con la naturaleza del bien jurídico protegido y con la similitud comisiva de las figuras, al mismo tiempo que se ponía mayor orden en el Capítulo III, destinado a contemplar la corrupción, el proxenetismo, la rufianería, la trata de mujeres y de menores y los atentados al pudor público. Este fue el sistema adoptado por el Proyecto de 1891, por el Código de 1886 luego de la reforma de 1903, por el Proyecto de 1951 (artículo 259) y por el Proyecto de 1960 (artículo 162). Esa reforma mantuvo sin cambios el texto del anterior artículo 127, aumentando la escala penal. La ley 20.509 volvió el abuso deshonesto al artículo 127 y, por lo tanto, al capítulo de la corrupción y ultrajes al pudor. Esa situación fue mantenida por la ley 21.338, que solamente aumentó la pena para la figura básica, conservando la misma para la agravada. La ley 23.077, al volver al Código de 1921, disminuyó la pena de la figura básica, La ley 23.487 incluyó su denominación en la rúbrica del Capítulo III. La ley 25.087 tipifica el abuso sexual simple en el párrafo 1° del artículo 119, el primero del título de los “Delitos contra la integridad sexual”. (Fontán Balestra, 2007, p. 46)

#### § 5.4. Bien jurídico protegido

Para Creus y Buompadre (2007), se protege la libertad, que constituye la esfera de reserva sexual de la víctima. Señalan los autores:

Los abusos sexuales previstos en los arts. 119 y 120 del Código Penal se caracterizan fundamentalmente, por dos aspectos que le son comunes; por una parte, una conducta humana con significado sexual y, por otra, la ausencia de consentimiento jurídicamente relevante por parte del sujeto pasivo. De aquí, que estos delitos importen una violación a la libertad que constituye la esfera de reserva de la víctima en lo sexual. (Creus y Buompadre, 2007, p. 182)

Donna (2003, p. 491) sostiene:

Teniendo en mira la integridad física y psíquica de las personas como parte de su dignidad, lo que primordialmente se tutela es la voluntad o el consentimiento del sujeto, respecto de aquellos actos de disposición en materia sexual ejecutados por otro, sobre su cuerpo. En síntesis, se protege la libertad de la persona de consentir

actos sexuales o del abuso de la situación en los casos de menores de 13 años.

Con relación a la integridad sexual, Creus –citado por Carrizo (2000, p. 69)– infiere:

En su significación lingüística común la integridad referiría a la composición de todas las partes que integran –por naturaleza– un todo, pero en la forma en que el término es empleado en la ley traería una referencia al normal ejercicio de la sexualidad, básicamente asentado sobre la libertad del individuo, cuya vigencia se prepara mediante la normalidad del desarrollo de la sexualidad en el mismo, que depende tanto de las circunstancias individuales cuanto del entorno social.

Asimismo, Carrizo (2000, p. 69) refiere:

La integridad sexual, se comporta como un concepto que se constituye de elementos como lo son la libertad sexual, la reserva sexual, etc. Es un abanico de facultades que todo individuo posee, y el ataque a la libre elección o la disposición de su sexualidad está dirigida a colisionar con el férreo amparo que la ley estableció en defensa de los derechos de hombres y mujeres.

Por su parte, Gustavo Aboso menciona que, en el caso de los menores de edad, el bien jurídico es el normal desarrollo de su sexualidad. En este sentido, sostiene lo siguiente:

En el caso de los menores de edad, el interés jurídicamente tutelado se identifica con el normal desarrollo de su sexualidad. Ese normal desarrollo de la sexualidad del menor debe estar libre de influencias ajenas que desvían por promiscuas, torpes o aberrantes, el gradual desenvolvimiento de la sexualidad de los menores de edad. Acá puede apreciarse la naturaleza bifronte de esta clase de delitos, puesto que los menores de edad carecen de una autonomía plena para disponer de su sexualidad, porque se entiende que carecen de la madurez sexual necesaria para afrontar cierto tipo de relaciones o situaciones donde dicho desarrollo sexual normal pueda verse menoscabado por el accionar de terceros. Nótese que la madurez sexual plena no se alcanza hasta cumplir los dieciocho años de edad, puesto que el delito de abuso sexual simple puede tener por sujeto pasivo a un menor de trece años, pero también a un menor de dieciocho años que mantiene una relación de convivencia con el autor del delito. La maduración sexual en el aspecto fisiológico no importa automáticamente una madurez en el plano psicológico del sujeto. (Aboso, 2014, pp. 106-107)

Asimismo, precisa que en este caso el menor de edad no está en condiciones de dar su consentimiento.

En el caso de los menores de trece años, el consentimiento es ineficaz si admitir prueba en contrario (presunción *iure et de iure*). En el caso de los menores entre trece y diecisiete años se hace necesario realizar una matización, porque la ley penal le resta validez jurídica a dicho consentimiento solo en el caso de que haya existido un aprovechamiento por el autor de la relación de convivencia con la víctima. En este caso entendemos que la regla de presunción debe ceder a la posibilidad de admitir prueba en contrario, porque habrá de determinarse si efectivamente el autor mantenía una relación de convivencia con la víctima, y en su caso de que naturaleza y frecuencia, además de probar que dicha relación de convivencia le hubo de servir de base para lograr abusar de la confianza de la víctima. (Aboso, 2014, pp. 169)

### § 5.5. La acción típica

Creus y Buompadre (2007, p. 182) sostienen: “La acción genérica de abusar sexualmente comprende todo acercamiento o contacto corporal con la víctima, de significación sexual, sin que constituya acceso carnal”.

Precisan también lo siguiente:

La materialidad del delito no existe si falta el acercamiento o el contacto (p. ej., la simple contemplación del cuerpo desnudo de la víctima, a quien se ha sorprendido en esa situación contra la voluntad de ella). Tampoco existe si el acto sexual lo realiza el autor sobre su propio cuerpo, aunque se lo haga contemplar al sujeto pasivo contra su voluntad (podría tratarse de una exhibición obscena o hasta de un procedimiento corruptor). (Creus y Buompadre, 2007, p. 183)

La redacción actual [...] exige que el autor se haya aprovechado de la especial situación de vulnerabilidad o debilidad de la víctima para llevar a cabo la conducta sexual, referencia subjetiva que permite inferir que no toda relación de tipo sexual con una persona en estas condiciones es delictiva, sino que es necesario que el autor se aproveche (abuse) de la situación. Si el agente no se aprovecha de la situación de incapacidad del sujeto pasivo, que le impide consentir libremente la acción, la conducta es atípica. Vale decir que no es suficiente con el dato objetivo de la relación sexual con una persona que padece incapacidad que importa un obstáculo en la libre formación de su voluntad, aun cuando dicho trastorno fuera conocido por el agente, sino que es preciso que se abuse de ella. El

abuso supone no solo el conocimiento de la situación especial que padece la víctima, sino el uso indebido del conocimiento para lograr la instrumentalización del sujeto pasivo y obtener, de ese modo, una respuesta sexual positiva. (Creus y Buompadre, 2007, p. 187)

Con relación a los elementos que constituyen la figura, Carrizo (2000) sostiene que es necesario que el autor se aproveche de la situación en la que se encuentra la víctima. En este sentido, centra su análisis en dos aspectos referidos al sujeto pasivo del delito.

#### **a) Cuando esta fuera menor de trece años**

En este caso en particular la sola edad de la víctima es suficiente para tipificar la conducta requerida, sin interesar si la misma prestó o no su consentimiento. Recordemos que el artículo 119 del Código Penal que contemplaba los casos de violación, ahora derogado por la ley 25.087, establecía en su inciso primero: *“Cuando la víctima fuere menor de doce años”, ahora, con motivo de la reforma, la edad se extiende a los 13 años, modificación que no fue pacíficamente aceptada por todos; de modo, que “la criminalidad del hecho reside en la incapacidad valorativa del sujeto de entender el significado fisiológico, social y moral del acto”.*

**b) A excepción del supuesto de la edad de la víctima en todos los demás casos, es decir cuando la acción recae en las personas mayores de trece años, para que se configure el tipo penal requerido debe haber mediado:**

- **Violencia:** entendemos aquí la aplicación del término como el despliegue de energía física efectuado por el autor para vencer la resistencia del sujeto pasivo, quien se opone a subyugarse a la voluntad del agente. La violencia es utilizada como medio para procurar el fin, que es el abuso sexual.

En el concepto empleado, está comprendida cualquiera de sus formas, sea “propia”, o con aplicación sobre la víctima, de modo directo (golpes, forcejeo, etc.), pero no de modo indirecto (a través de un tercero); o “impropia”, es decir, todo medio utilizado al efecto de anular la voluntad del sujeto pasivo (uso de estupefacientes, método de hipnosis, etc.).

- **Amenaza:** es obrar infundiendo miedo o temor, respecto a un peligro o mal grave que recaerá sobre la víctima en el futuro, los caracteres que este amedrentamiento posee son los mismos que componen el delito de amenaza del artículo 149 bis del Código Penal.

- **Abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder:** es el aprovechamiento, por parte del autor, de las ventajas devenidas por la jerarquía, funciones o cualquier factor de

poder que revista, sirviéndose de esta situación de superioridad para efectuar el abuso sexual.

En cuanto a la materialidad del delito, Adrián Tenca (2013b) sostiene que la consumación del delito requiere de la cercanía y el contacto entre el sujeto activo y la víctima. En este sentido, precisa lo siguiente:

Es conteste la doctrina en señalar que comete abuso deshonesto tanto aquel que realiza tocamientos sobre la víctima, como quien se hace tocar por la víctima (la obliga a tocar partes pudendas) o la obliga a realizar tocamientos a un tercero. También la opinión es mayoritaria en cuanto a que no hay abuso deshonesto en los casos en los cuales el autor realiza actos impúdicos sobre su propio cuerpo y obliga a la víctima a contemplarlo, con independencia de que pueda constituir el delito de corrupción o privación de la libertad agravada.

Por sus características, el delito no puede cometerse a distancia. Así, el fisgón o el curioso que espía desde una ventana no puede consumir el tipo penal analizado, y se deben formular al respecto las mismas salvedades realizadas en el párrafo anterior. (Tenca, 2013b, pp. 43-44)

## **§ 5.6. Tesis sobre los actos que constituyen el abuso sexual**

Donna (2003) desarrolla las particularidades de las doctrinas desarrolladas respecto de la tipificación de este delito.

### **§ 5.6.1. Doctrina subjetivista**

En este punto, seguimos los alcances desarrollados por Donna (2003), quien desarrolla que el delito únicamente se tipifica cuando el autor se propone con su acto desahogar un apetito de lujuria, pero sin ánimo de llegar al coito.

Afirma que son dos los elementos que caracterizan al abuso: uno material-objetivo, que consiste en la comisión de actos libidinosos, no tendientes al acceso carnal, y otro subjetivo, que se establece por la voluntad y conciencia de cometer un abuso, con propósito libidinoso, sin llegar a la conjunción carnal.

### **§ 5.6.2. Doctrina objetivista**

Para Donna (2003, p. 497): “Los que siguen un criterio objetivo consideran que se restringe indebidamente el delito en cuestión al exigir que los

actos de claro sentido sexual tengan que poseer el elemento subjetivo, consistente en la finalidad libidinosa o sexual del autor”.

Precisa también que se comete el delito mediante una acción efectuada sobre el cuerpo de la víctima, aunque no sea con una finalidad sexual, si el autor tiene conocimiento de que lesiona la libertad sexual de la persona ofendida.

Asimismo, desde su postura, son actos libidinosos:

Los que son objetivamente impúdicos por afectar partes pudendas de la víctima, aunque el autor no tenga la finalidad de obtener una satisfacción sexual. [...] Hay actos que objetivamente pueden o no tener sentido impúdico en relación a lo sexual, en los cuales únicamente existirá abuso si el ánimo del autor es abusivo, es decir si ofende el pudor y el decoro sexual de la víctima o satisface deseos lujuriosos del autor. (Donna, 2003, p. 497)

Cabe precisar que, independientemente de estas teorías, este delito es doloso. Sobre el particular, Gustavo Aboso (2014, pp. 170-171) sostiene:

La figura de abuso sexual simple es un delito doloso. Se admite el dolo eventual. El autor debe conocer y querer ejecutar el acto de abuso sexual con la víctima, en cuyo supuesto habrá de exigirse que, en caso de ser menor de trece años, supiese de la condición etaria de ella, mientras que si emplea violencia u otro medio intimidatorio, debe actuar con la finalidad de consumir el acto sexual.

## § 5.7. Modalidades del abuso sexual

### § 5.7.1. Víctima menor de trece años

La ley 25.087 introdujo una modificación referente a la calidad de la víctima al precisar que el abuso sexual se configura si la víctima fuere menor de trece años, aun con su consentimiento.

Para Donna (2003, p. 500): “La acción punible reside en la falta de madurez mental del menor para entender el significado fisiológico del acto sexual, en el sentido cultural, situación de la que el sujeto activo se aprovecha y abusa para lograrlo”.

Sobre el particular, Fontán Balestra (2007, p. 50) precisa:

Lo que la ley penal presume es la incapacidad para comprender el significado social y fisiológico de cualquier tipo de acto con connotaciones sexuales. Esta presunción no admite prueba en contrario. Así vistas las cosas, carece de significado el consentimiento que, de hecho, pueda haber prestado la víctima, cualquiera fuera su sexo.

La voluntad se considera siempre viciada en estos casos. La edad del sujeto pasivo debe ser probada en la forma legal. A los fines de estimar la culpabilidad, varios fallos han reconocido efectos jurídicos al error sobre la edad del sujeto pasivo.

Por su parte, Villada (2017, p. 86) sostiene:

Este abuso sexual es un abuso físico emocional. Por ello no interesa si se lleva a cabo:

- 1) Contra la voluntad del menor, o con el consentimiento del menor (consentimiento viciado y absolutamente nulo por cierto).
- 2) Con violencia o intimidación o abuso de poder sobre la víctima.
- 3) Sin consentimiento de la víctima porque por cualquier causa no pudo resistir.
- 4) Con fraude o engaño sobre la víctima.

La apreciación con relación a la edad de la víctima —menor de trece años— tiene el carácter de una presunción *iure et de iure* y es la que priva de toda eficacia jurídico penal al consentimiento prestado por la víctima.

Gustavo Aboso entiende que en este caso la víctima está supeditada a la voluntad del sujeto activo. En este sentido, considera lo siguiente:

Cuando aparece un menor de edad involucrado en un trato sexual, es claro que la víctima padece una instrumentalización por el adulto, que en todo caso procura imponer una relación sexual desde la óptica del abuso de la fuerza física, intimidación, o el propio prevalimiento de quien se sabe ostentador de un poder discrecional sobre el menor víctima, al que incorpora a su proyecto de manera indebida. En estos supuestos se dice que el autor fundamenta dicha relación desde el abuso de poder. (Aboso, 2014, p. 77)

### § 5.7.2. Uso de violencia

El abuso sexual simple también se configura cuando se emplea violencia, esto es cuando hace uso de la fuerza para consumarlo. Por disposición expresa del artículo 78 del Código Penal argentino, queda comprendido dentro del concepto el uso de medios hipnóticos o narcóticos (Aboso, 2014).

Para Donna (2003, p. 500) debe entenderse como tal: “El empleo de violencia material, esto es energía física aplicada por el autor sobre la

víctima o en su contra con el fin de anular o vencer su resistencia, y con ello abusar sexualmente”. Asimismo, el autor precisa:

La resistencia constituye un elemento fundamental para estimar la existencia de violencia física. Deberá entonces, analizarse en cada caso, si la voluntad contraria de la víctima, exteriorizada mediante actos, fue vencida por el empleo de la fuerza física. Esta deberá ser bastante como para vencer la resistencia seria y constante. No se requiere el empleo brutal de ella, ni una resistencia heroica de la víctima, bastando que el autor sea capaz de sujetar e inutilizar la resistencia de una persona común. (Donna, 2003, p. 500)

Villada (2017, p. 89), por su parte, precisa:

Cuando la ley solo dice “violencia”, no hace diferencia entre la física y moral, entendiendo que la intimidación opera neutralizando la libre voluntad de la víctima aunque no se concretase en una amenaza, que en nuestra legislación de fondo está contemplada como modalidad independiente y en otras figuras como un delito comisivo.

### § 5.7.3. Uso de amenaza

Donna refiere que el uso de amenazas equivale a la intimidación del antiguo texto y señala:

La intimidación es todo acto de violencia moral idóneo para producir temor en el ánimo del sujeto pasivo, en forma tal que este se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente propone. Se trata de la violencia moral o vis compulsiva, que consiste en la amenaza de un mal futuro que el autor profiere a la víctima. El temor debe ser razonable y tener un fundamento, ya que eso es requisito básico de la amenaza.

[...] El anuncio del mal debe ser de tal magnitud que intimide a la víctima y que le infunda un miedo que doblegue la resistencia. (Donna, 2003, p. 503)

Para Fontán Balestra, la amenaza debe generar un efecto de miedo y temor en la víctima. En este sentido, precisa:

Se ha dicho que la amenaza debe reunir, entre otras, las características de grave o seria, inminente y posible, es decir, que la amenaza implique un mal futuro capaz de causar miedo a las personas comunes, por su naturaleza e inmediatez, y la posibilidad de cierta realización del daño por la persona de quien parte la amenaza. (Fontán Balestra, 2007, p. 53)

#### **§ 5.7.4. Abuso coactivo de una relación de dependencia, autoridad o poder**

Esta modalidad de comisión del delito de abuso sexual fue introducida por la ley 25.087. Se caracteriza por el empleo por parte del autor de un comportamiento sexual abusivo o intimidatorio que se desarrolla en una relación de dependencia, de autoridad o de poder con respecto a la víctima. Para Donna (2003), se presentan tres tipos de relaciones de subordinación, que presentamos a continuación:

La relación de dependencia puede darse en materia laboral, educativa, institucional, religiosa, o análoga.

La relación de autoridad incluiría aquellos casos en que el abuso es ejecutado por un superior jerárquico, en estructuras u organismos o instituciones que operan en base a códigos o pautas de autoridad o disciplina, e imponen un tipo de obediencia o sometimiento a reglas de carácter rígido.

Las relaciones de poder implica a aquellas personas unidas a la víctima por un vínculo de poder particular, del que se aprovechan para llevar a cabo el abuso. (p. 503)

Por su parte, Villada (2017, p. 96) sostiene:

El legislador trató de describir y remarcar una modalidad propia de situaciones de desbalance o desproporción entre situaciones personales (de poder) existentes entre la víctima y el victimario, de las que se vale el autor del delito para operar sobre voluntad de la víctima, que por su especial situación de vulnerabilidad permite un abuso no querido, y no somos los únicos en pensar de este modo.

#### **§ 5.7.5. Víctima sin consentimiento libre**

El párrafo 1 del artículo 119 se refiere a ciertas circunstancias en que se encuentra la víctima al momento de llevarse a cabo el acto sexual. En estos casos, la víctima, no tiene la posibilidad de decidir ni resistir.

La falta de libre consentimiento se presenta cuando la víctima se encuentra en los siguientes casos:

##### **a) Víctima privada de razón**

Entre las situaciones incluidas se encuentra la de la persona privada de razón, que es aquella que no posee la capacidad de comprender, en este caso, el significado del acto sexual (Donna, 2003).

Fontán Balestra (2007, p. 56) refiere: “A diferencia de lo que ocurre con el menor de trece años, frente al cual, probada la edad, el acto es tenido

por involuntario, en el caso de persona privada de razón, la incapacidad de comprender debe ser investigada en cada caso”.

#### **b) Víctima privada de sentido**

Son casos que la doctrina y la jurisprudencia han conceptualizado como formas de pérdida o trastorno de la conciencia, que le impiden a la víctima comprender la significación de su acto. Se puede ejemplificar: sueño, ebriedad total, desmayo, sonambulismo, etcétera (Donna, 2003).

Fontán Balestra (2007, p. 58) precisa:

La falta de sentido puede haber sido provocada por el autor, o aprovechada por él habiendo encontrado a la víctima en ese estado. En ambos casos hay violación; pero si el autor se ha valido de medios hipnóticos o narcóticos, cuyo uso queda comprendido en el concepto de “violencia” (art. 78, CPen.), el hecho se adecua al apartado tercero del art. 119, que prevé el uso de la fuerza o intimidación.

#### **c) Víctima imposibilitada de resistir el acto**

Estamos en el supuesto en el cual la víctima puede comprender el sentido del acto, pero no puede oponerse materialmente a su ejecución en virtud de un impedimento material que la imposibilita, cuyo fundamento se basa en una ineptitud física (Donna, 2003).

### **§ 5.8. Consumación y tentativa**

Creus y Buompadre (2007, p. 193) sostienen: “El delito se consuma con la aproximación o el contacto sexualmente abusivo; sin que sea necesaria la obtención de resultado material alguno; es, por tanto, un delito formal”. Y precisan también:

El delito se consuma con la aproximación o el contacto sexualmente abusivo, sin que sea necesaria la obtención de resultado material alguno; es por tanto un delito formal.

Aunque el grueso de la doctrina rechaza la posibilidad de la tentativa, actualmente se la admite en los casos en que el modo de comisión es la violencia o intimidación: la tentativa aparecería cuando el agente ha empleado el medio violento o intimidatorio con la finalidad de llegar a consumar el acto sexualmente abusivo sin conseguirlo, por no haber podido vencer la resistencia de la víctima o por no haber logrado intimidarla, o porque otra circunstancia quebró la secuencia actoral. (p. 193)

Por su parte, Fontán Balestra entiende que sí es factible admitir la tentativa. En este sentido, precisa lo siguiente:

No resulta fácil resolverse por afirmar o negar la posibilidad de tentativa en el abuso sexual, que es un delito material y que, por tanto, debe ser admitida conceptualmente la tentativa. Pero lo cierto es que la ejecución comenzada de un acto impúdico implica ya el delito de abuso sexual y que las acciones que no son impúdicas no pueden situarse más allá de un mero acto preparatorio. Los ejemplos que se dan como de tentativa nos parecen bastante dudosos. Ello justifica que la doctrina y la jurisprudencia se encuentren divididas en este punto. (2007, p. 65)

## § 5.9. Abuso sexual infantil

### § 5.9.1. Complejidad

El abuso sexual infantil es una realidad dolorosa que afecta a las niñas, niños y adolescentes, y que impide su adecuado desarrollo personal. Sobre el particular, consideramos que es importante que este delito sea denunciado para que los autores respondan frente a la justicia.

Mónica Assandri et al. (2011) consideran el abuso sexual infantil de la siguiente manera: “La participación de niños y adolescentes en actos sexuales que, por el grado de inmadurez natural en su desarrollo, no están en condiciones de comprender cabalmente, ni dar su consentimiento pleno, o que violan los tabúes sociales de los roles familiares” (p. 62).

Asimismo, reconocen su carácter complejo y precisan:

El abuso sexual infantil, entonces, resulta de complejo abordaje, y algunos factores que así lo determinan son: su propia naturaleza compleja, al tratarse de un fenómeno multidisciplinar que debe ser afrontado desde diferentes perspectivas y por diferentes profesionales; la crisis que genera su sufrimiento, tanto en la familia como en los profesionales implicados y las potenciales consecuencias según que el abordaje sobre los niños, niñas y adolescentes y la familia sea adecuada o no. (Assandri et al., 2011, p. 64)

### § 5.9.2. Falsa denuncia de abuso sexual infantil

Las denuncias falsas de abuso sexual infantil se incrementan cuando se presentan en un contexto en el que existe un divorcio conflictivo y en el que uno de los cónyuges desea desacreditar al otro. En este sentido, es importante citar los estudios mencionados por Cárdenas (2000):

Resultan interesantes las conclusiones arribadas en el Sexto Simposio Anual en Psicología Forense, en Las Vegas, marzo 13 de 1990,

titulado “Personality Characteristics of Falsely Accusing Parents in Custody Disputes” (traducción: Características de la Personalidad de los padres que realizan acusaciones falsas en Juicios de Custodia). Los especialistas reunidos, citando a Richard Gardner, concluyen que las falsas acusaciones de abuso sexual han aumentado en los últimos tiempos, en especial durante la tramitación de juicios de divorcio o batallas sobre la custodia del menor. Cito textualmente: “Un pequeño número de padres en batallas por custodia o controversias sobre visitas han explotado la epidemia de abuso sexual, utilizando dichos argumentos para promover sus propios intereses a costa de sus hijos y de su ex esposo. Los argumentos se han tornado una forma de éxito seguro para obtener la atención del juez y cortar las visitas”. (p. 1.045)

A modo de conclusión quiero poner de resalto los siguientes datos estadísticos: “El 77% de los casos de abuso sexual relacionados con divorcios que llegan al programa de Sexualidad Humana en la Universidad de Minesota han resultado ser casos fraudulentos”. En los casos en que los denunciados han sido personas normalmente adaptadas es aún mayor el porcentaje en que esas denuncias devienen falsas.

En esta misma línea, Diana Sanz (2008, p. 269) sostiene:

En estos casos las acusaciones suelen involucrar a las madres en contra de sus ex cónyuges. Es la madre quien trae mayormente la sospecha basada en su preocupación por lo que ha visto o le ha dicho su hijo/a. El contexto dramático de crisis emocional del divorcio impregna el alegato de abuso de las connotaciones violentas propias del conflicto, que suele convertirse en interminable. La madre intentará por distintos medios probar la situación de riesgo en la que cree y describe; por su parte, el ofensor y su/s abogado/s intentarán probar que el alegato es falso, invirtiendo en ello cantidades de tiempo y dinero. De ambos lados se sitúan profesionales de la salud mental que sostienen el alegato infantil con igual firmeza que aquellos que apoyan la concepción de que el alegato es una fría maniobra de manipulación de las madres que, rayando en la histeria, quieren tener el absoluto control y acceso de sus hijos.

En el medio está el niño/a, y la concepción subyacente de que este/a es tan maleable y manipulable, y la estructuración de su memoria y de sus recuerdos tan frágiles, que es susceptible de ser programado como robot para repetir dichos, conductas y acontecimientos traumáticos que nunca ocurrieron.

### § 5.9.3. Crítica a la versión canónica

Eduardo Cárdenas (2000) reconoce que la denuncia por abuso sexual es una conquista de nuestros tiempos, pero tiene una visión crítica de lo que él denomina “la versión canónica”, pues considera que bajo este enfoque el cónyuge conviviente hace uso abusivo de su poder para acusar al cónyuge no conviviente por un delito que este no cometió.

Desde la perspectiva del mencionado autor, la aplicación de esta versión puede llegar al extremo de afectar la presunción de inocencia del imputado. Con relación a las particularidades de esta versión, sostiene lo siguiente:

Un enfoque que es feminista en lo ideológico: según él, el abuso sexual intrafamiliar forma la peor parte de un abuso más amplio generado por la sociedad y la familia patriarcales, que permiten al *pater* usar de su poder en beneficio propio y en desmedro de las mujeres de la familia. No se trata en lo fundamental de un problema psíquico y mucho menos de conductas resultado de impulsos incontenibles. El *pater* (o el padrastro en su reemplazo) diagrama una estrategia de aprovechamiento de sus “propiedades”, o sea de las mujeres, en especial de las niñas. El incesto genera un placer en el abusador que, en la versión más extrema, es asimilado al placer del torturador.

Este diseño explicativo del abuso sexual tiene enormes porciones de verdad liberadora (entre otras cosas tuvo la virtud de sacar la cuestión del campo de la psicología y de la perversión, para pasarlo al de los derechos humanos), pero es discutible y discutida. De hecho, fue la que se instaló entre nosotros como única descripción y explicación, excluyente de cualquier otra. Por eso llamaré a esta descripción la “versión canónica”. (Cárdenas, 2000, p. 1.444)

Asimismo, considera que la versión canónica produjo consecuencias tan nocivas que se concretizan en las siguientes conductas:

- La denuncia de la niña o del niño es siempre validada. La victimología dice que el niño o niña en estas cuestiones nunca miente, y que creer que miente era un viejo vicio ocasionado por la distribución del poder en la familia patriarcal. Según la versión canónica no creerle es revictimizarlo. Cuesta aceptar que gente seria haya podido pensar, decir y escribir, contra toda evidencia, que los niños nunca mienten. Pero así lo hicieron y, lo que es peor, todos los demás, temerosos de la versión canónica, lo creyeron o dijeron que lo creían. Lo cierto es, naturalmente, que los niños mienten y fantasean y que muchas veces son influidos por los mayores de quienes dependen. Hace muchos años que se sabe en el exterior, y recientemente aquí, que alrededor

del 70% de las manifestaciones de los niños sobre abuso sexual, en el contexto de separaciones de pareja destructivas, son falsas.

- Sin embargo, casi sin excepción estas denuncias son validadas por las expertas que están a cargo de esta tarea. Recién ahora, cuando la denuncia de abuso sexual está lamentablemente cayendo casi en el ridículo por este y otros motivos que luego señalaré, algunos se animan a decir: “esta niña falseó la verdad, y fue a sugerencia de su madre”.

- Se desconoció totalmente algo que hace muchos años uno de los mayores expertos mundiales en divorcio, Richard Gardner, había descubierto y expuesto: que existían algunos padres que sufrían del “síndrome de alienación parental” y cuyo objetivo era realizar una parentectomía con el otro progenitor, aislarlo de los niños. Este desconocimiento, lamentablemente, no se debió a la falta de información: los datos no entraban en la versión canónica. Se desconoció también, y por el mismo motivo, los estudios que ya existían sobre el modo sutil con que padres y profesionales podían inducir consciente o inconscientemente respuestas en los niños, hasta que estas satisficieran los deseos de los mayores. (Cárdenas, 2000, p. 1.444)

Para el autor citado, los jueces tendrían en sus decisiones la posibilidad de poner límites a las consecuencias nocivas generadas por la versión canónica y defender mejor los derechos de niños y niñas. En este sentido, propone que los magistrados deben considerar lo siguiente:

- Prestar la debida atención a la denuncia formulada por el niño o niña, pero exigir otras pruebas sobre todo cuando se trata de una separación o divorcio destructivo y puede presumirse que uno de los progenitores está interesado en obstaculizar o interrumpir la relación del otro con el o los hijos. Verificar bien si puede tratarse de un caso de inducción consciente o inconsciente, o de un supuesto de “síndrome de alienación parental”.

- En los casos precedentes, no interrumpir los contactos de padre e hijo sin que se produzcan esas otras pruebas. Ese contacto podría ser controlado, si es necesario para la seguridad del niño o niña.

- Se ha visto lo determinante que es que sea el mismo padre quien rectifique la conciencia de su hija, mediante la confesión y el público arrepentimiento. Para tener más posibilidades de lograr este objetivo final, es imperioso integrar al padre acusado de abuso a todas las decisiones que se tomen sobre el futuro del niño. Escucharlo siempre, salvo que haya sentencia que lo prive de la patria potestad, no implica darle la razón. Pero sí hacerle notar que su vínculo y sus obligaciones siguen intactas, y que tiene derecho a ser oído y respon-

sabilidad de manifestar lo que le parezca mejor para su hijo o hija. (Cárdenas, 2000, p. 1.447)

#### § 5.9.4. Jurisprudencia

**La aplicación de la sana crítica de los elementos probatorios es determinante para establecer la responsabilidad del imputado por delito de abuso sexual**

El análisis a la luz de la sana crítica de los elementos probatorios reseñados —en particular los referidos a la influencia de terceros sobre J. y el informe psicológico de su madre—, avala la solución adoptada por el magistrado a quo, aún frente a los dichos de esta última (fs. 2/3, 10/11 y 103/104) y los indicios que podrían suponer las frases inadecuadas que la menor habría proferido, por carecer estos de respaldo probatorio.

**Cámara Nacional de apelaciones en lo criminal y Correccional, Sala IV, S., C. M., 02/11/2012. Cita Online AP/JUR/3548/2012.**

**El hecho que la víctima no exteriorice un malestar emocional a raíz de lo padecido, en modo alguno conlleva a predicar la inexistencia del ilícito**

Se destacan al respecto tanto el testimonio de la progenitora de la damnificada (cfr. fs. 11/vta), como el de la psicóloga B. M. D. que la asistió en esas circunstancias (cfr. fs. 33), en tanto en conjunción con lo informado por los galenos del Cuerpo Médico Forense (cfr. fs. 63/67 y 70/73), desbaratan la versión de O. (fs. 91/vta.). La defensa plantea la atipicidad del hecho con motivo de lo expuesto por la médica forense a fs. 63/67 acerca de que no se registran indicadores de impronta “psico traumática” concomitantes a vivencias de victimización sexual. Sin embargo, al respecto cabe ponderar que el delito de abuso sexual no requiere como condición de tipicidad la afectación de la psiquis de la víctima, sino solamente la producción de un acto de acercamiento o tocamiento corporal contra la voluntad del sujeto pasivo. En otros términos, que la víctima no exteriorice un malestar emocional a raíz de lo padecido, en modo alguno conlleva a predicar la inexistencia del ilícito.

**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, O., N. F. s/ Procesamiento, 07/08/2017. Cita Online: AR/JUR/57285/2017.**

Si no se le permite a la defensa la posibilidad de confrontar a los testigos, la incorporación por lectura de dichas declaraciones conlleva a la invalidez del acto procesal y del pronunciamiento que es su consecuencia

Ahora bien, en el caso de marras el tribunal a quo incorporó por lectura las declaraciones de las víctimas vertidas en la Cámara Gesell, obrantes en fs. 85/91, 91/94 y 95/99, sin darle la oportunidad a la defensa de participar en ellas. Sobre este tema, basta seguir la jurisprudencia de esta Cámara (conf. Sala 3ª, mi voto in re “Marafoschi, Héctor M. y Córdoba, Romina E. s/ recurso de casación”, causa 5.261, Reg. 3/2005, resuelta el 1/2/2005, “Heredia de Los Ríos, Octavio y otro s/ recurso de casación”, Reg. 1208/2005, de fecha 18/12/2005, “Zabala, Gastón E. s/ recurso de casación *Ver Texto*”, causa 7.246, Reg. 130/2007, resuelta el 21/2/2007; esta sala 2ª in re “Ruiz Miguel O. s/ recurso de casación”, causa 5.862, Reg. 8002, resuelta el 11/10/2005; sala 1ª in re “Abasto, Héctor J. s/ recurso de casación”, causa 2.073, Reg. 2602, resuelta el 12/2/1999 y “Almada, Sergio M. y otros s/ recurso de inconstitucionalidad *Ver Texto*”, causa 2.138, Reg. 2627, resuelta el 2/3/1999, entre otras) por la que se ha establecido la doctrina de que en algún momento del procedimiento se le debe garantizar a la defensa el derecho de controlar las declaraciones realizadas en favor de la imputación que le pesa. Esta posición es sostenida también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (conf. causas “Unterpertinger v. Austria” y “Bönisch v. Austria”). Cabe agregar, que este control debe ser efectivo y útil. Por lo tanto, si no se le permite a la defensa la posibilidad de confrontar a los testigos, la incorporación por lectura de dichas declaraciones conculca los derechos que consagra el art. 8.2.f., Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14.3.c., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, situación que conlleva la invalidez del acto procesal y del pronunciamiento que es su consecuencia.

**Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, B. C., G., 09/05/2008, Cita Online: 70047099.**

**Jueces deben evaluar el contexto en el que se denuncia el abuso sexual infantil**

Las constancias mencionadas precedentemente impiden tener por acreditada la materialidad del hecho y la consecuente intervención de B. en él. Es importante destacar que la imputación realizada a B. encuentra sustento únicamente en lo expresado por la menor en oportunidad de ser entrevistada. Por ello, resulta conveniente tomar en cuenta, en relación a las denuncias de abuso sexual intrafamiliar,

que “la mayor parte son promovidas por uno de los progenitores contra el otro (por lo general madre contra el padre) en situaciones de separación o divorcio destructivos”, (Cárdenas, Eduardo J., “El abuso de la denuncia de abuso”, LL, 2000- E- 1043). Ello podría darse en el caso si se tiene en cuenta que la niña no habló previamente sobre el tema con un tercero (maestra, amigo, pariente) sino que el suceso que habría ocurrido, se conoció a través de la denuncia que realizara la madre; circunstancia que resulta relevante para analizar en qué contexto es que la menor expresó lo sucedido ya que como apunta el autor citado en su artículo, “cuando un menor fue inducido una vez a denunciar falsamente actos de esta naturaleza, se afianza en él una certeza de que lo dicho es cierto”.

**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Salsa VI, B. J. L., 05/02/2007. Cita Online: 70036884.**

### **Los propósitos lascivos del imputado afectan la libertad sexual de la víctima**

El hecho acreditado demuestra acabadamente que la libertad sexual de la víctima resultó indudablemente afectada por la conducta del encartado, que por ello se presenta claramente perfeccionada en orden a los propósitos lascivos contemplados por el delito atribuido. Lo que resta todo sustento al planteo del recurrente relativo a la existencia de solo un intento por parte del encartado, y por ende, a su reclamo de una consideración de los hechos acreditados en términos que modifiquen la calificación legal por el de una figura tentada.

**Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala penal, S., E. F. P.S.A. Abuso sexual reiterado, 13/08/2008. Cita Online: AR/JUR/8988/2008.**

### **Para la configuración del delito de abuso sexual infantil se requiere la presencia de todos sus elementos**

Ante el panorama repasado, no solo se abre un amplio margen de dudas sobre la efectiva ocurrencia de las maniobras impúdicas denunciadas, o si en realidad fue una errónea interpretación de la supuesta víctima de las técnicas de enseñanza empleadas por su profesor de canto, sin que además se infiera de los elementos introducidos en la causa, el despliegue de algún artilugio por parte del encausado Rodó, con el cometido de prevaler el vínculo que tenía con su alumna, en los términos de la doctrina brevemente esbozada, para lograr la práctica de actos con connotación sexual.

En síntesis, entiendo que el cuadro de situación descripto impide, por ausencia de elementos de prueba que abastezcan la imputación efectuada, la prosecución de la acción penal en contra del nombrado Rodó, en orden al suceso memorado. Por ende, en el particular contexto observado, corresponde confirmar el sobreseimiento dispuesto en la causa.

**Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III C, Rodó, Juan A., 14/12/2009. Cita Online: 70060957.**

### **En los casos de abuso deshonesto el juzgador debe considerar las declaraciones de la víctima, otros testigos y de las conclusiones de los peritos**

Que como lo ha puesto de manifiesto el suscripto en reiterados fallos anteriores, dada la naturaleza de los delitos contra la honestidad —actualmente “Contra la Integridad Sexual”— la prueba debe ser analizada con cierta liberalidad, así la jurisprudencia tiene dicho: “En los delitos contra la honestidad, dada la naturaleza de la actividad delictiva, ordinariamente oculta, han de admitirse con cierta liberalidad todos los elementos que el juicio ofrece (CF Rosario 6/11/57 JA 1958-III-81). “En los delitos contra la honestidad, ante las dificultades que suele ofrecer la prueba, dada la naturaleza generalmente oculta de la actividad delictiva, el deber de salvaguardar los intereses sociales tutelados por la norma punitiva impone —sin perjuicio de los derechos del individuo— que todos los elementos de conocimiento que el juicio ofrece hayan de admitirse con cierta liberalidad a los efectos probatorios; estos efectos han de reputarse logrados cuando del examen y compulsas de las piezas de autos se desprende un cúmulo de presunciones, claras, precisas graves y concordantes, que revisten la necesaria fuerza demostrativa y plena eficacia legal para tener en su base por verificado, tanto la realidad del hecho incriminado cuanto la culpabilidad de los encausados como ejecutores (CA Goya 6/12/63 JA 1964-IV-71)” (Sentencia N° ocho/92 causa 100/91 Rodríguez Silvio Leopoldo-Estupro-Capital-Catamarca; N° 13, 24/08/94 Expte. N° 081/94; N° 17/93, Expte. N° 169/93). Habiendo sostenido la jurisprudencia en la materia que “En los casos de abuso deshonesto es casi imposible la obtención de testigos directos del hecho, debiendo basarse el juzgador en las declaraciones de la víctima, de las personas que tomaron conocimiento de lo acontecido a través de sus dichos y de las conclusiones de los peritos (CN Crim. y Correc., Sala V, mayo 13, 1997-Grano Marcelo A.), LA LEY, 1997-E, 968). Que “No puede dejar de recordarse que el relato claro y preciso del niño es el único y más importante elemento con que se

cuenta para efectuar el diagnóstico de abuso sexual infantil” (*Physical signs of sexual abuse in children* Second edition. Royal College of Physicians of London. 1997. Introduction. pág. 3). (Abuso Sexual Infantil, Reconocimiento y denuncia Por Jorge Pantin (Cuadernos de Medicina Forense. Año 2, N° 1, págs. 13-18. Mayo 2003 Cuerpo Médico Forense, Corte Suprema de Justicia de la Nación). En el caso de autos tal relato de la menor como se ha visto precedentemente se encuentra avalado por una serie de elementos probatorios concordantes acreditados fehacientemente de los que surge “un cúmulo de presunciones, claras, precisas graves y concordantes” que permiten tenerse por acreditados los hechos delictuosos que se relatan en el requerimiento fiscal.

**Cámara en lo Criminal de 1a Nominación de Catamarca, Ch., M. O., 10/09/2010. Cita Online: AR/JUR/51322/2010.**

### **Testimonio de víctima de abuso sexual infantil debe realizarse sin ningún tipo de condicionamiento o presión**

Más aún, no hallo en lo testimoniado por la menor víctima, transferencia alguna de las vivencias de abuso a que hicieron referencia las hermanas, como lo ha sostenido la defensa. En cambio sí, una gran necesidad de romper con ese manto de silencio que su familia mantuvo en torno a esas conductas reprochables de las que fueron objetos sus hermanas (que no son materia de juicio en este proceso), y también la propia protagonista de esta causa. Y si bien en su relato, aparecieron reiteradamente invocadas las situaciones fraternas, frente al interrogatorio en concreto, definió claramente sus propias vivencias de abuso en lo atinente a circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Tanto de su declaración como de los testimonios de sus padres y hermanas surgió evidente que cuando la joven pudo poner en palabras su padecer, recurrió en primer término -y sin perjuicio de la intervención terapéutica- a sus hermanas, quienes iban a darle credibilidad a sus dichos, a partir de sus propias experiencias, lo que así ocurrió. Mientras tanto, dio señales a todo su entorno, en especial a sus padres, pero —conforme ella misma lo refirió— nunca recibió la respuesta o reacción esperada. En lo que respecta a la posición materna, esa inveterada actitud de negar fue espontáneamente asumida por la propia progenitora de A. en su testimonial ante este Cuerpo. Fabiana Elena Brandolin.

**Tribunal en lo Criminal de Tres Arroyos del Departamento Judicial de Bahía Blanca, O., R. A., 15/09/2010. Cita Online: AR/JUR/59642/2010.**

**Dentro de las pruebas para determinar la responsabilidad por abuso sexual infantil se deben tener en cuenta el testimonio del niño**

Es sabido que el abuso sexual infantil es un fenómeno delictivo particular, con características propias y diversas de otras figuras del Código Penal.

Es por ello que dentro del material probatorio, además del testimonio del niño, la vulnerabilidad de la víctima, la personalidad del abusador, la crisis que el abuso genera en la familia (entre otros) resultan datos de vital interés a la hora de la investigación y comprobación de estos ilícitos.

**Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Tolosa, Mario, 09/09/2015. Cita Online: AR/JUR/29002/2015.**

**Delito de abuso sexual infantil requiere la existencia de una relación de poder del adulto sobre el menor**

El abuso sexual infantil supone la existencia de una relación de poder sobre los niños y niñas ejercido por un adulto para su gratificación sexual, relación en la cual el abusado no tiene posibilidades efectivas de manifestar su consentimiento y es por tal razón que cuando se aborda un supuesto de abuso sexual infantil es necesario tener en cuenta, al momento de valorar los hechos y la prueba rendida, que nos encontramos frente a un fenómeno delictivo de características especiales porque son hechos que acontecen en la esfera privada, en la intimidad y sin testigos, y de allí que las declaraciones de la víctima unidas a los informes psicológicos de la misma y del imputado adquieran particular relevancia (del voto de la doctora Kauffman de Martinelli).

**Corte de Justicia de la Provincia de Salta, 24/06/2013, G.D.R. s/ Recurso de Casación. Cita Online: AR/JUR/45509/2013.**

**Delito de abuso sexual infantil requiere la actuación expeditiva de los Operadores del ámbito penal**

Deben cumplirse todas las normativas nacionales e internacionales de protección a los derechos del niño. Todos los organismos e instituciones del Estado deben privilegiar la protección a la integridad emocional y física de la víctima menor de edad y actuar en consecuencia. Fiscalía, SLPP, juez, asesores de menores, etc.

En el caso la suscripta como juez y los operadores de este Juzgado han activado todos los actos judiciales tendientes a proteger a estas

niñas y en orden a la competencia de la esfera civil, pero siendo el delito denunciado Abuso Sexual Infantil, y sus víctimas menores de edad resulta indispensable la actuación expeditiva de los Operadores del ámbito penal, Ayudante Fiscal, Fiscal a cargo de la IPP de los delitos denunciados, Juez de Garantías interviniente y por otra parte de los organismos administrativos creados por la ley 13.298 y sus reglamentarias para la fiscalización del cumplimiento efectivo de los derechos del niño.

Juzgado de Paz Letrado de Villa Gesell, B., V. V. c. Q., F., 07/02/2013. Cita Online: AR/JUR/105/2013.

## § 5.10. Legislación en países de la región

### § 5.10.1. Bolivia

En el Código Penal de Bolivia, el abuso sexual está tipificado en el artículo 312 del Código Penal<sup>16</sup>.

*Artículo 312. (Abuso sexual).*

*Cuando en las mismas circunstancias y por los medios señalados en los Artículos 308 y 308 bis se realizaran actos sexuales no constitutivos de penetración o acceso carnal, la pena será de seis (6) a diez (10) años de privación de libertad. Se aplicarán las, agravantes previstas en el Artículo 310, y si la víctima es niña, niño o adolescente la pena privativa de libertad será de diez (10) a quince (15) años.*

*Artículo 308. (Violación).*

*El que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo, incurrirá en privación de libertad de cuatro a diez años, en los casos siguientes:*

- 1. Si se hubiere empleado violencia física o intimidación.*
- 2. Si la persona ofendida fuere una enajenada mental o estuviere incapacitada, por cualquier otra causa, para resistir.*

*Si la violación fuere a persona menor que no ha llegado a la edad de la pubertad, el hecho se sancionará con la pena de diez a veinte años de presidio; y si como consecuencia del hecho se produjere la muerte de la víctima, se aplicará la pena correspondiente al asesinato.*

*Artículo 308 Bis (Violación de infante, niña, niño o adolescente).*

*Si el delito de violación fuere cometido contra persona de uno u otro sexo menor de catorce (14) años, será sancionado con privación de*

---

<sup>16</sup> Aprobado por decreto ley 10.426 de 23/08/1972.

*libertad de veinte (20) a veinticinco (25) años, así no haya uso de la fuerza o intimidación y se alegue consentimiento.*

*En caso que se evidenciare alguna de las agravantes dispuestas en el Artículo 310 del Código Penal, y la pena alcanzara treinta (30) años, la pena será sin derecho a indulto.*

*Quedan exentas de esta sanción las relaciones consensuadas entre adolescentes mayores de doce (12) años, siempre que no exista diferencia de edad mayor de tres (3) años entre ambos y no se haya cometido violencia o intimidación.*

### § 5.10.2. Brasil

En el Código Penal de Brasil, esta figura se regula como atentado al pudor y el bien jurídico protegido es la libertad sexual.

*Atentado violento ao pudor*

*Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:*

*Pena-reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.*

*Parágrafo único-(Revogado pela Lei n.º 9.281, de 04-06-1996).*

### § 5.10.3. Chile

En Chile este delito está regulado bajo la denominación de abuso sexual propio o directo y está regulado en los artículos 366 y 366 bis del Código Penal.

*Artículo 366*

*El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años, será castigado con presidio menor en su grado máximo, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361.*

*Igual pena se aplicará cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere mayor de catorce y menor de dieciocho años.*

### Artículo 366 bis

*El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.*

#### § 5.10.4. Paraguay

El abuso sexual de menores, está tipificado en el artículo 135 del Código Penal.

#### Artículo 135.- Abuso sexual en niños

*1º El que realizara actos sexuales con un niño o lo indujera a realizarlos en sí mismo o a terceros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa. Con la misma pena será castigado el que realizara actos sexuales manifiestamente relevantes ante un niño y dirigidos a él, o lo indujera a realizarlos ante sí o ante terceros.*

*2º En los casos señalados en el inciso anterior la pena privativa de libertad será aumentada hasta cinco años cuando el autor:*

- 1. al realizar el hecho haya maltratado físicamente a la víctima en forma grave;*
- 2. haya abusado de la víctima en diversas ocasiones; o*
- 3. haya cometido el hecho con un niño que sea su hijo biológico, adoptivo o hijastro, o con un niño cuya educación, tutela o guarda esté a su cargo.*

*3º Cuando concurren varios agravantes de los señalados en el inciso 2º, el autor será castigado con pena privativa de libertad de hasta seis años.*

*4º En los casos señalados en el inciso 1º, la pena privativa de libertad será de dos a diez años cuando el autor haya realizado el coito con la víctima.*

*5º Será castigado con pena de multa el que:*

- 1. realizara delante de un niño actos exhibicionistas aptos para perturbarle; o*
- 2. con manifestaciones verbales obscenas o publicaciones pornográficas en los términos del artículo 14, inciso 3º se dirigiera al niño para estimularlo sexualmente o causarle rechazo respecto al sexo.*

6º Cuando el autor sea menor de diez y ocho años, se podrá prescindir de la pena.

7º En los casos de los incisos 1º y 5º se podrá prescindir de la persecución penal, cuando el procedimiento penal intensificara desproporcionadamente el daño ocasionado a la víctima.

8º Se entenderá por niño, a los efectos de este artículo, a la persona menor de catorce años.

### § 5.10.5. Uruguay

En el Código Penal uruguayo, se regulan los delitos de violación y atentado violento contra el pudor.

*Artículo 272. Violación. Comete violación el que compele a una persona del mismo o de distinto sexo, con violencias o amenazas, a sufrir la conjunción carnal, aunque el acto no llegara a consumarse. La violencia se presume cuando la conjunción carnal se efectúa:*

1.- *Con persona del mismo o diferente sexo, menor de quince años. No obstante, se admitirá prueba en contrario cuando la víctima tuviere doce años cumplidos.*

2.- *Con persona que, por causas congénitas o adquiridas, permanentes o transitorias, se halle, en el momento de la ejecución del acto, privada de discernimiento o voluntad.*

3.- *Con persona arrestada o detenida, siempre que el culpable resulte ser el encargado de su guarda o custodia.*

4.- *Con fraude, sustituyéndose el culpable a otra persona. Este delito se castiga, según los casos, con penitenciaría de dos a doce años. La pena a aplicar en caso de tentativa se regulará por lo dispuesto en el artículo 87; nunca será inferior a dos años de penitenciaría.*

*Artículo 273. Atentado violento al pudor. Comete atentado violento al pudor, el que por los medios establecidos en el artículo anterior, o aprovechándose de las circunstancias en él enunciadas, realizara sobre persona del mismo o diferente sexo, actos obscenos, diversos de la conjunción carnal, u obtuviera que esta realizare dichos actos sobre sí mismo o sobre la persona del culpable o de un tercero. Este delito se castigará con la pena de ocho meses de prisión a seis años de penitenciaría. Si el sujeto pasivo del delito fuese un menor de doce años, la pena a aplicarse será de dos a seis años de penitenciaría.*



## CAPÍTULO VI

### CONSECUENCIAS DE LA FALSA DENUNCIA DE ABUSO SEXUAL Y DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL DENUNCIADO

#### § 6.1. Consecuencias de la falsa denuncia de abuso sexual

##### § 6.1.1. Enfrentar un proceso judicial

La presentación de una falsa denuncia por abuso sexual contra el cónyuge no conviviente genera que este se vea envuelto en la vorágine de un proceso penal. Esta situación implica una carga para el denunciado, pues además de demostrar que no incurrió en el hecho del que se le acusa, existe el riesgo de que pierda el contacto con sus hijos.

Debemos precisar que los procesos penales se inician a través de una denuncia y que el Código Procesal Penal de la Nación<sup>17</sup> establece sus alcances en el artículo 174<sup>18</sup>.

---

17 Cabe precisar que mediante la ley 26.072 se dispuso el traspaso de diversas competencias penales a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En este sentido, son aplicables las disposiciones de la ley 2.303/07.

18 En el presente trabajo mencionamos los artículos establecidos en el Código Procesal Penal de la Nación así como las disposiciones del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y del decreto 118/2019, Texto Ordenado del Código Procesal Penal Federal aprobado por la ley 27.063.

Con relación a este último, cabe precisar que la Cámara Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal estableció mediante la resolución 2/2019 del 13/11/2019, dispuso en su artículo 1 párrafo 2 implementar los artículos 19, 21, 22, 31, 34, 80, 81, 210, 221 y 22 del Código Procesal Penal Federal, disponiendo su implementación a partir del tercer día hábil posterior a la fecha de publicación de esta resolución en el Boletín Oficial, para todos los tribunales de la Justicia Nacional Penal, en este último caso mientras resulte de aplicación por parte de estos tribunales el Código Procesal Penal Federal. Debemos señalar que se han observado planteos judiciales en diversas jurisdicciones del país, tendientes a aplicar diversos institutos previstos en el Código Procesal Penal federal a procesos en trámite regidos por el Código Procesal Penal de la Nación. Frente a estos planteos y con el fin de evitar que se configuren situaciones de desigualdad durante el proceso de progresividad territorial, a tal efecto resulta indispensable “implementar aquellos institutos procesales y/o artículos previstos en el Código Procesal penal Federal que no resulten incompatibles con el sistema procesal establecido en la ley 23.984, y que permiten un mayor goce de las garantías constitucionales para todos los justiciables de manera uniforme en todo el territorio nacional”.

Asimismo, el Ministerio de Justicia de la Nación elaboró un cronograma con las posibles fechas de cada provincia en sumarse al nuevo código, aunque cada caso debe pasar por la Bicameral. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires solo se sumaría a partir de 2025 y sería la última jurisdicción en aplicar la nueva norma.

*Art. 174. Toda persona que se considere lesionada por un delito cuya represión sea perseguible de oficio o que, sin pretender ser lesionada, tenga noticias de él, podrá denunciarlo al juez, al agente fiscal o a la policía. Cuando la acción penal depende de instancia privada, solo podrá denunciar quien tenga derecho a instar, conforme a lo dispuesto a este respecto por el Código Penal. Con las formalidades previstas en el capítulo IV, del título IV, del libro primero, podrá pedirse ser tenido por parte querellante<sup>19,20</sup>.*

Asimismo, conforme al artículo 72 inciso primero del Código Penal, el delito de abuso del artículo 119 implica acciones dependientes de instancia privada, por lo que no se inician de oficio.

También debemos indicar que la animosidad con la que actúa el cónyuge denunciante no solo implica la puesta en marcha del aparato judicial para la persecución y represión de un delito, sino también la erogación de un alto costo que innecesariamente la sociedad debe pagar a través de los impuestos destinados a mantener la seguridad pública y el aparato de justicia penal.

### § 6.1.2. Ser estigmatizado por la sociedad

Las consecuencias para el cónyuge sobre el que recae la falsa denuncia de abuso sexual pueden ser irreparables, ya que además de perder el contacto con sus hijos tiene que enfrentar el rechazo de su entorno familiar. Asimismo, dependiendo del grado de publicidad que tome el proceso, corre el riesgo de ser parte de un juicio paralelo al proceso judicial

<sup>19</sup> Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Artículo 79. *Formulación de la denuncia. Toda persona que tenga noticia de la comisión de un delito de acción pública, podrá denunciarlo ante el Ministerio Público Fiscal. Si el delito fuera dependiente de instancia privada, solo podrá denunciarlo la víctima, su representante o los organismos autorizados por la ley. La autoridad de prevención recibirá denuncias solamente en caso de flagrancia o cuando sea necesaria su inmediata intervención para evitar consecuencias del delito, la pérdida de la prueba o la fuga de sus partícipes. El simple denunciante no será parte en el proceso.*

<sup>20</sup> Texto ordenado del Código Procesal Penal Federal aprobado por la ley 27.063:

Artículo 235. *Actos de inicio. La investigación de un hecho que revistiera carácter de delito se iniciará de oficio por el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, por denuncia, querrela o como consecuencia de la prevención de alguna de las fuerzas de seguridad.*

Artículo 236. *Denuncia. Forma y contenido. Toda persona que tenga conocimiento de un delito de acción pública podrá denunciarlo en forma escrita o verbal, personalmente, por representante o por poder especial, el cual deberá ser acompañado en ese mismo acto. En caso de denuncia verbal se extenderá un acta de acuerdo a las formalidades establecidas en este Código. En ambos casos el funcionario que la reciba comprobará y hará constar la identidad del denunciante.*

*La denuncia deberá contener, en cuanto sea posible, la relación circunstanciada del hecho, con indicación de sus autores, partícipes, damnificados, testigos, los demás elementos probatorios que puedan conducir a su comprobación y la calificación legal.*

y ser culpabilizado a pesar de que no existan pruebas que demuestren su responsabilidad. Es importante precisar que cuando el caso llega a los medios de comunicación, el denunciado es expuesto a una serie de críticas que no solo lo responsabilizan del hecho, sino que también lo estigmatizan.

En cuanto a la estigmatización de un sujeto, Erving Goffman (2008) señala que esta tiene como finalidad establecer ciertas diferencias con relación a los demás individuos. En este sentido, precisa lo siguiente:

Mientras el extraño está presente ante nosotros puede demostrar ser dueño de un atributo que lo vuelve diferente a los demás (dentro de la categoría de personas a la que él tiene acceso) y lo convierte en alguien menos apetecible —en casos extremos, en una persona casi enteramente malvada, peligrosa o débil—. De este modo, dejamos de verlo como una persona total y corriente para reducirlo a ser un inficionado y menospreciado. Un atributo de esa naturaleza es un estigma, en especial cuando él produce en los demás, a modo de efecto, un descrédito amplio, a veces recibe también el nombre de defecto, falla o desventaja. Esto constituye una discrepancia entre la identidad social virtual y la real. [...] El término estigma será utilizado pues, para hacer referencia a un atributo profundamente desacreditador; pero lo que en realidad se necesita es un lenguaje de relaciones, no de atributos. Un atributo que estigmatiza a un tipo de poseedor puede confirmar la normalidad de otro y, por consiguiente, no es ni honroso, ni ignominioso en sí mismo. (p. 15)

La estigmatización del padre no conviviente denunciado falsamente genera que este sea rechazado y que pierda la situación que tenía antes de la denuncia. Sobre él pesan atributos con una carga negativa muy grande y que lo desacreditan frente a los demás miembros de la comunidad. Sobre el particular, el citado autor señala:

El término estigma y sus sinónimos ocultan una doble perspectiva: el individuo estigmatizado, ¿supone que su calidad de diferente ya es conocida o resulta evidente en el acto, o que, por el contrario, esta no es conocida por quienes lo rodean ni inmediatamente perceptible para ellos? En el primer caso, estamos frente a la situación del desacreditado, en el segundo frente al del desacreditable. Esta es una diferencia importante, aunque es probable que un individuo estigmatizado en particular haya experimentado ambas situaciones. (Goffman, 2008, p. 16)

Según Goffman (2008, p. 17): “Creemos, por definición desde luego, que la persona que tiene un estigma no es totalmente humana. Valiéndonos de este supuesto practicamos diversos tipos de discriminación mediante la cual reducimos en la práctica, aunque a menudo sin pensarlo, sus

posibilidades de vida”. La deshumanización generada por la estigmatización implica que la imagen del progenitor no conviviente denunciado sea construida sobre la base de adjetivos que tienden a descalificarlo.

Graciela Manonellas (2007) precisa la relación de características con las que se describe al cónyuge denunciado:

- Alcohólico, alcohólica.
- Homosexual/lesbiana.
- De conductas violentas.
- De fácil agresión hacia los hijos.
- De conducta perezosa, carente de iniciativa.
- Progenitor abandonico.
- Desentendido de sus deberes asistenciales.
- Padeciendo desequilibrios psicológicos.
- Sometido a impulsos sin control.
- Peleador, litigante.
- Incapaz de dialogar para llegar a un acuerdo.
- Con perversiones en el comportamiento.
- Otros vicios o defectos graves.

Esta relación abierta de calificativos afecta la imagen del padre no conviviente y además lo culpabiliza y lo desprestigia frente a los demás. Asimismo, implica que el denunciado es culpabilizado sobre la base de prejuicios y presentado como un sujeto abominable que merece el repudio de la sociedad. Esta situación se recrudece cuando el caso llega a los medios de comunicación y se genera una campaña demoledora contra el cónyuge denunciado. Sobre el particular, Eduardo Dulce Lefante (2012, p. 248) refiere lo siguiente:

Aunque la función de los medios de comunicación es especial para garantizar el principio de publicidad del proceso penal en toda su amplitud, sin embargo, puede suponer una serie de peligros. Por un lado, puede ocasionar daños directos al inculpado, tratándole por ejemplo, ya con anterioridad a la conclusión del proceso, como culpable; el acusado puede sufrir perjuicios en la salud, en la vida privada o en los negocios que, normalmente, no pueden ser reparados tras la absolución.

Siguiendo esta línea, Aníbal Filipini (2017, p. 50) precisa: “La estigmatización y la construcción de arquetipos son dos de las herramientas más eficaces de la prensa a la hora de trepar en sus ventas, llevándose por delante lo que fuese”.

Por su parte, Sánchez Esparza y Ordoñez Pérez, citados por Aníbal Filipini (2017), refieren lo siguiente:

El juicio de los medios es [...] determinante. Se trata de un juicio que, a diferencia de lo que sucede con la justicia ordinaria, carece de segunda instancia. No hay otro Tribunal que enmiende la plana del veredicto de la prensa. Ni siquiera las resoluciones dictadas por los tribunales de Justicia y que contradicen la versión dominante de los medios sobre un determinado caso son interpretadas por estos medios como la verdad sobre lo ocurrido. El medio no suele acometer una revisión de sus propias posiciones [...] El medio no da marcha atrás. En este sentido, el medio elabora un relato de los hechos que supone incluso un juicio sobre lo juzgado por los propios tribunales de Justicia, asignándose a sí mismo un papel superior, un papel que le confiere el hecho de ser el último narrador de las historias y por tanto el divulgador de la versión definitiva [...] Las personas que se ven repentinamente en el ojo del huracán mediático debido a una denuncia, a unos indicios o a su relación con alguno de los investigados no son, forzosamente, culpables de los delitos que la policía investiga, y reciben sin embargo la condena inmediata del tribunal de la opinión pública [...] Una tormenta de arena implacable, que puede devorar una reputación y el crédito de muchos personajes públicos, y no tan públicos. (Filipini, 2017, p. 58)

Siguiendo esta línea, Hernán Bouvier (2012, p. 382) precisa:

La mera existencia de una sospecha (o una imputación) puede implicar un daño en términos sociales. Es claro que los medios multiplican este efecto, y que el consabido latiguillo formal de “ha sido imputado de” o “según fuentes de la Fiscalía” no alcanza a salvar el daño ni el estigma que de este se deriva en los casos en que la imputación sea falsa y en el futuro corresponda el sobreseimiento o la absolución. En este sentido, el derecho al honor, el derecho a la intimidad o la presunción de inocencia —al menos como son aplicables— no alcanzan como medios normativos para contrarrestar este fenómeno.

También debemos indicar que si bien los medios de comunicación tienen el derecho de informar sobre las actuaciones que se dan dentro de un proceso, estos no actúan con objetividad y afectan el derecho de inocencia del imputado. Lo lamentable de esta situación es que cuando en sede judicial no se establece responsabilidad alguna del acusado, los medios

no se rectifican y, ante la sociedad, el imputado es considerado culpable. Sobre el particular, Hernán Bouvier (2012), precisa lo siguiente:

La prensa tiene derecho a publicar quién ha sido imputado de qué, pero esto no supone ninguna carga correlativa al momento en que la persona ha sido exonerada de responsabilidad jurídica. La vía de solución no parece tan compleja (aunque dado el estado de cosas, puede sonar utópica). Una legislación sustantiva o procesal podría otorgar la facultad en favor del imputado o acusado exonerado de exigir al medio de comunicación que publicó su imputación, que otorgue el mismo espacio gráfico, televisivo, radial o digital para informar de su sobreseimiento o absolución. No veo cómo se podría decir que esta medida afecta la libertad de prensa o de expresión. (p. 385)

Cabe precisar que el tratamiento que los medios hacen respecto de un caso genera un impacto mayor en la estigmatización del imputado. En este sentido, Jordi Nieva Fenoll (2013, p. 105) señala: “Se podría hablar que los periodistas construyen artificialmente acusaciones y, hasta hechos delictivos, pero en realidad no hacen nada que los ciudadanos no hayan hecho ya antes, con la diferencia de que la capacidad de difusión de su pensamiento es muy superior, por lo que también debería serlo su sentido de responsabilidad”.

A continuación, citaremos dos casos en los que los tribunales se pronunciaron con relación a la protección de la identidad de una menor y la responsabilidad de una editorial por publicar aseveraciones en un caso sobre abuso sexual en el que el denunciado fue sobreseído.

En el primer caso, el Juzgado de la Instancia Civil y Comercial N° 7 de Salta ordenó a un diario y a distintos sitios en internet, en el marco de una medida autosatisfactiva, anular, desactivar o borrar los vínculos o links que condujeran a información sobre una menor víctima de un delito sexual o de su grupo familiar, bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias. Entre los argumentos utilizados por la jueza, citamos el siguiente:

A través de los medios periodísticos y sitios de Internet demandados se invadió ilegítimamente un ámbito de reserva de la vida íntima, personal de la menor que fue víctima de un delito sexual, quien, por las circunstancias del hecho, desde la perspectiva de su honra y de su reputación como mujer, tiene legítimo derecho a sustraer del conocimiento público un episodio tan desgraciado como ese y preservar así su privacidad de ingerencias arbitrarias y lesivas. En casos como este no están en juego la libertad de prensa ni el valor legitimante de la verdad como garantías del sistema democrático (en igual sentido: Cám. Nac. Civil, Sala E, 27/04/2004.-R.S.J. c/ Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. y otro s/Daños y Perjuicios).

Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 7 De Salta, O., F. A. c. Diario el Tribuno, Horizonte S.A., Google, Yahoo y otros, 28/06/2012. Cita Online: AR/JUR/32525/2012.

En el segundo caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó una resolución de la Corte Suprema de Justicia de Provincia de Buenos Aires en la que confirmó la sentencia que hizo lugar a la demanda deducida por un ciudadano a fin de obtener de una editorial una indemnización por los daños sufridos a raíz de la publicación de varias notas. En estas se lo señaló como autor del delito de abuso sexual contra su hija de 4 años, antes del dictado del sobreseimiento en la causa penal. Uno de los argumentos que sustentaron el fallo del tribunal fue el siguiente:

Con respecto a la utilización del modo potencial, cabe señalar que la verdadera finalidad de esa regla jurisprudencial estriba en otorgar la protección a quien se ha referido solo a lo que puede ser (o no), descartando toda aseveración, o sea la acción de afirmar y dar por cierta alguna cosa. La pauta aludida no consiste solamente en la utilización de un determinado modo verbal —el potencial—, sino en el examen del sentido completo del discurso, que debe ser conjetural y no asertivo porque si así no fuera, bastaría con el mecánico empleo del casi mágico “sería” para poder atribuir a alguien cualquier cosa, aun la peor, sin tener que responder por ello (conf. Fallos: 326:145).

Sin embargo, como señalan los jueces, las publicaciones introdujeron frases asertivas, tales como “Conocido médico local abusaba sexualmente de su pequeña hija de 4 años de edad” (fs. 11), “conocido médico local abusaba sexualmente de su hija menor” (fs. 12), “el Juez Melczarsky formuló una denuncia penal por el delito de ‘Abuso deshonesto calificado’ contra un conocido médico hematólogo de Mar del Plata, que había abusado sexualmente de su hija” (fs. 12), “Aún tiene la patria potestad conocido médico local qué abusaba sexualmente de su hija menor” (fs. 12), “Resolución de la Justicia de Menores: Médico abusador: dan a una tía la guarda de la niña”, “Tras quedar prácticamente probado que una niña de, apenas, cuatro años, era abusada sexualmente por su padre médico de profesión, la Jueza de Menores otorgó la guarda definitiva a una tía de la pequeña” (v. ambas de fs. 16). De ello, cabe concluir que el sentido completo de la noticia publicada no satisface el recaudo señalado en cuanto no se trata de un discurso conjetural (v. también prueba testimonial producida a fs. 438/440 y 465/466).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, E., R. G. c. Editorial La Capital S.A. s/Indemnización, Daños y Perjuicios, 27/11/2012, Cita Online: AR/JUR/65343/2012.

### § 6.1.3. Afectación del vínculo paternofilial

La falsa denuncia de abuso sexual implica que el cónyuge no conviviente pierda el contacto con sus hijos, pues ante el inicio de un proceso por este delito el juez en lo civil determinará cambios en el régimen de comunicación, ya sea al disminuir su frecuencia o al ordenar la suspensión o supresión del régimen. Esta situación afecta al cónyuge falsamente denunciado, pues hasta que se determine su absolución se verá imposibilitado de ver a sus hijos.

Las restricciones al contacto entre el padre no conviviente y sus hijos deben adoptarse sobre la base de criterios rigurosos y restrictivos. Esto se debe a que la comunicación entre estos es de carácter inalienable e irrenunciable y tiende a garantizar la subsistencia de los vínculos y a contribuir en la formación integral del niño.

Grosman (citado por Lidia Makianich, 1997, p. 170) establece su posición con respecto al régimen de visitas y sostiene que las restricciones deben realizarse priorizando el bienestar del menor:

a) El derecho de visitas es a la vez un deber de tener trato con el hijo. En tal aspecto sostiene que es inadmisibles que el propio ordenamiento releve al padre de su responsabilidad en la formación del hijo, resultando perjudicial para este último que se sancione al padre por el incumplimiento de un deber, liberándose de la observancia de otro.

b) El derecho-deber de visita pertenece al padre y al hijo al tratarse de un derecho subjetivo familiar de doble manifestación o titularidad. Si el padre tiene la responsabilidad de colaborar en la educación y formación del hijo y vigilar el cumplimiento de tales funciones, la otra cara de este deber es el derecho del hijo a ser formado y educado por ambos progenitores. La suspensión lesiona el derecho del hijo que no tiene ninguna responsabilidad en la conducta paterna, [...]. En tal caso, el hijo no solo debe sufrir la natural perturbación que le ha ocasionado la separación de sus padres, sino que también tendrá que resignarse a la interrupción de la comunicación con su progenitor.

c) Las decisiones sobre el régimen de visitas debe tener en cuenta el interés del menor. El contacto del menor con sus progenitores adquiere el carácter de una necesidad para la formación de su identidad y el aprendizaje de los roles sociales.

Con relación a la restricción del derecho de visita, la jurisprudencia precisó lo siguiente:

El derecho de visita, ínsito en la relación paternofilial, solo puede ser restringido o aun suprimido, cuando de su ejercicio deriven evidentes y notorios perjuicios para el menor. La apreciación de la concurrencia de estas circunstancias debe efectuarse con criterio riguroso a fin de no llegar a contrariar los principios impuestos por el orden natural de las cosas, cuales son los que rigen la relación de un hijo con su padre, causen a un niño severos trastornos de conducta cuyos alcances pueden ser inimaginables siendo entonces, tardío cualquier remedio ante el hecho consumado.

**CNCiv., Sala B, 03/08/89, “I.M.G. c. S.S.N.”, ED, 137-561. (Citado por Makianich De Basset, Lidia N., 1997, p. 161).**

El cese del vínculo entre padres e hijos implica que solo en determinados casos el juez puede restringir el régimen comunicacional. Cabe precisar que, para evitar el cese de la comunicación, el juez puede disponer que las visitas del cónyuge no conviviente se realicen con el acompañamiento de un asistente social. En este sentido, Mauricio Mizrahi (2015, p. 602), sostiene lo siguiente:

Se presentan otros casos particulares donde la reducción del régimen de comunicación, mediante una modalidad diferente, aparece como una situación viable; y puede constituir una alternativa valiosa en tanto permite evitar el dictado de una decisión mucho más severa, como es acudir al corte del vínculo paterno o materno filial. Nos estamos refiriendo a los supuestos en que el progenitor denuncia que acontecieron hechos sobrevinientes; como ser situaciones de violencia o abuso en perjuicio del niño en las que el presunto victimario es el padre que pretende relacionarse con su hijo. En las hipótesis de que tales denuncias revistan una verosimilitud aceptable (aunque todavía no se encuentren probadas), una medida de precaución que puede adoptar la justicia es reemplazar provisoriamente el régimen de comunicación habitual entre el padre y el hijo por otro asistido, esto es, disponer que los encuentros (que necesariamente serán más acotados) solo se van a llevar a cabo con la presencia de un asistente social; y de esa forma resguardar el vínculo y, al mismo tiempo, preservar la salud física y psíquica del niño.

Nos parece que son correctas decisiones como las comentadas en tanto, repetimos, las denuncias revistan cierto grado de verosimilitud; lo que significa decir que constituirá un severo error del juez acudir a modificar el contacto natural paternofilial (disponiendo otro asistido), ante las solas denuncias si estas son, *prima facie*, infundadas y carentes de peso.

### § 6.1.3.1. Suspensión del régimen comunicacional

La suspensión del régimen comunicacional afecta el vínculo existente entre el padre no conviviente y sus hijos, puesto que este se verá privado de establecer contacto con el menor dentro del plazo que determine el juez. Sobre el particular, Mizrahi (2015, p. 603) precisa lo siguiente:

La suspensión del contacto entre el padre (o madre) e hijo es un hecho que reviste una particular gravedad ya que la consecuencia ha de ser la privación temporal de la comunicación entre ellos, pues, por algún tiempo, ese vínculo no se ha de mantener. Más delicado aun es cuando el régimen queda suspendido sin indicación de plazo, habida cuenta que —dadas las demoras que generan los trámites tribunales— en la práctica esa ruptura de la relación podrá extenderse por periodos muy prolongados; y ello debido a que no se producirá la reanudación del contacto si no media una orden judicial que ordene restablecer la comunicación.

El citado autor refiere también: “Un caso típico que amerita la suspensión del régimen de comunicación es que se pruebe que el progenitor no conviviente ha tenido una conducta grave, irregular, inmoral o delictiva contra sus hijos, lo que tornaría insostenible —al menos por el momento— la continuación de la relación” (Mizrahi, 2015, p. 604).

Siguiendo esta línea, Makianich de Basset (1997, p. 162) precisa:

La suspensión del régimen constituye una privación temporal de las relaciones, la misma puede decretarse por un lapso determinado o no. Sucede lo primero cuando se conoce con precisión el momento en que se verificará la remoción de las causas que originaron la suspensión, se reanudarán las visitas sin necesidad de ningún pronunciamiento posterior.

En el caso que el régimen queda suspendido sin indicación de plazo, supeditado a la incertidumbre de la desaparición o no de las causas que la motivan o bien el momento en que tales hechos acaecerán, deberá producirse un nuevo pronunciamiento judicial.

Sostiene también lo siguiente:

La suspensión de las visitas agrava el problema existente, y se evidencia con la denuncia de abuso revelador de una relación familiar alterada. Si ante tal situación se interrumpe el contacto con el hijo, no se hace más que agravar el problema existente, y poner más distancia entre el progenitor y el menor. (Makianich de Basset, 1997, p. 160).

### § 6.1.3.2. Supresión del régimen comunicacional

La supresión del régimen comunicacional implica poner fin al vínculo comunicacional de manera definitiva. En este caso, el juez debe fundamentar su decisión con un grado de verosimilitud absoluto, pues su decisión implica el cese del régimen comunicacional y que el cónyuge no conviviente no tenga la posibilidad de reencontrarse con sus hijos. Cabe precisar que el rasgo de la supresión es su carácter definitivo. Con relación a las particularidades de esta institución respecto a la suspensión, Mauricio Mizrahi señala lo siguiente:

La suspensión del régimen de comunicación debe diferenciarse de la cesación o supresión de él. En la primera el contacto se lo difiere por algún tiempo; es decir, que lo que está en juego es una privación temporal, que puede ser o no por un plazo determinado. La cesación en cambio, apunta a la supresión; esto es, a la desaparición de lo que se venía realizando y por eso tiene la connotación de lo definitivo; al par que su opuesto, lo provisorio, es el rasgo que caracteriza a la suspensión. Es por eso que imponer el cese de la comunicación es una medida gravísima (por su carácter de definitiva) lo que genera una renuencia de los jueces a disponerla. En todo caso, el cese del régimen de comunicación solo podrá justificarse cuando la situación planteada se estima irreversible; o tal vez en supuestos en que la suspensión temporaria antes decretada resultó inútil o insuficiente. (2015, pp. 663-664)

Por su parte, Makianich de Basset es categórica al señalar: “La supresión del régimen de comunicación implica la privación definitiva del derecho de comunicación” (1997, p. 177). Y precisa también:

Tanto la supresión como la suspensión por plazo indeterminado, requieren un nuevo pronunciamiento judicial, pero entre uno y otro presupuesto existe una diferencia cualitativa. Mientras que en la primera se restituye un derecho, en la otra se pone nuevamente en funcionamiento un régimen suspendido. (1997, p. 180)

La jurisprudencia que cita Makianich de Basset (1997) señala que la privación de este derecho se da en casos concretos.

La jurisprudencia ha sido cautelosa en la apreciación de las causas que conducen a la supresión. Ha exigido que del cumplimiento de las visitas deriven perjuicios notorios para el menor, pero apreciados con estrictez, ya que de lo contrario no solo se contrarían principios impuestos por el orden natural, sino que pueden ocasionarse trastornos irreversibles en el menor.

CNCiv., Sala D, 31/05/82 , “M., M. A. C. c. Y. de M., B” RED, 19-964, sum. 135.

En razón de la inalienabilidad e irrenunciabilidad del derecho de visitas que tiende a la conservación y subsistencia de un lazo familiar y afectivo esencial —tal la relación paternofilial— la privación de dicho derecho solo puede obedecer a graves motivos y circunstancias especiales.

CNCiv., Sala C, 13/04/83, “Ch. de N., S c: N.R.”, RED, 19-964 sum. 136.

En esta misma línea, el Juzgado de Familia de Mar del Plata N° 3, precisó lo siguiente:

Asimismo, en atención al carácter que reviste la restricción, limitación o supresión del derecho y deber de comunicación debe ser siempre interpretada con carácter absolutamente restringido y darse en situaciones excepcionalísimas (v. gr. art. 9° de la CDN, art. 11 de la ley 26.061 y arts. 638 y 652 del Cód. Civ. y Com.), es decir, en circunstancias graves que así lo aconsejen (Cfr. Faraoni, Fabián; *El cuidado personal unilateral y el derecho y deber de comunicación de los hijos menores de edad con el progenitor no conviviente*, pub. en: *Tratado de Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes*, T. I, Edit. AbeledoPerrot, Bs. As., 2015, pág. 783).

Al mismo tiempo y en relación a los progenitores que se encuentran privado de su libertad el Dr. Martín Alesí sostiene que “*Lo cierto es que de acuerdo con las pautas sentadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no puede soslayarse que si bien el encarcelamiento necesariamente limita que se goce de manera plena de la familia, al separar de forma forzosa a uno de sus miembros, el Estado tiene la obligación de facilitar y reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familias*” (Alesí, Martín B.; *El procesos de ejecución del régimen de comunicación ante el incumplimiento del progenitor custodio*, pub. Revista de Derecho de Familia, 2013-V, Octubre 2013, Edit. Abeledo Perrot, pág. 29; el resaltado nos pertenece).

A partir de ello, debemos señalar que de acuerdo a lo que dispone la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Estado está obligado a facilitar el contacto de las mujeres privadas de la libertad con su familia, por lo cual el derecho de visita de los hijos, resulta un requisito fundamental para asegurar el respeto a la integridad y libertad personal de las internas y, como consecuencia de ello, el derecho de protección a la familia de todas las partes afectadas (Cfr. Comisión Interamericana de Derecho Humanos, informe 38/96, caso 10.506. del 15/10/1996, pub. en LL 1997-E-784; Argto. Alesí, Martín, artículo citado).

Finalmente debemos señalar que de manera concordante a lo hasta aquí señalado el art. 11 de la ley 26.061, dispone expresamente en su 3º parrf. que “en toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño”.

**Expte. Nro. 163861 Juzg. de Familia No 3 “A., M. S. R. S/ Guarda a Pariente (art. 250 CPCC) –Apelación Asesoría–” Mar del Plata 15 de agosto de 2017.**

Asimismo, la Cámara de Familia de Mendoza se expidió sobre la base de los siguientes fundamentos:

VI. El nuevo C.C. y C. en su art. 652, aplicable toda vez que, si bien entró a regir con posterioridad a la interposición de la demanda y antes del dictado de la sentencia, al no generar un conflicto de leyes en el tiempo, por ser compatibles las normas del viejo y del nuevo código, en la materia del derecho a comunicación paternofilial y los principios que doctrina y jurisprudencia venían aplicando al respecto (Cf. Luis Moisset de Espanes, “Irretroactividad De la Ley y el nuevo art. 3 (Código Civil) (Derecho transitorio), p. 96), establece, si bien referido al otorgamiento del cuidado de los hijos a uno de los progenitores, pero extensible como regla a todos los supuestos en que los padres no convivan, que el progenitor no conviviente tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo.

De la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 9º inc. 3, surge la obligación estadual de respetar el derecho comunicacional de los hijos y los padres no convivientes: “Los estados parte respetarán el derecho del niño que está separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si es contrario al interés superior del niño”. Nuestro código de fondo en el artículo 264 inciso 2 refiere que en caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad del matrimonio corresponde el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar la educación.

De su conceptualización como un derecho del progenitor no conviviente, hoy se lo concibe como un deber del padre o madre de acompañar al hijo en todo el proceso hacia su autonomía personal ejerciendo el rol parental y más aún como una función, “pues resulta un derecho impostergable del menor el mantener una adecuada comunicación y trato con aquéllos, ya que ello contribuye en condicio-

nes normales a su formación sana e integral”. (Makianich de Basset, Lidia N., *Derecho de visitas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 64).

Por tratarse de un derecho que pertenece tanto a los padres como a los hijos, ha sido caracterizado como un derecho subjetivo familiar de doble manifestación o titularidad. Es más, el derecho de los menores al contacto con el progenitor no conviviente se erige claramente como un “derecho humano de los niños a crecer bajo el amparo y protección de ambos progenitores”.

Compartimos con la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes que, en la relación paternofilial, las visitas constituyen un derecho subjetivo familiar de doble manifestación. Respecto del progenitor, significa la satisfacción de las legítimas ansias paternas, juntamente con el ejercicio del deber de contribuir a la formación espiritual y cultural del hijo, función que no es exclusiva por más que sea prevalente- de quien detenta la tenencia; y en cuanto al hijo, implica la satisfacción existencial de gozar de frecuente comunicabilidad con su progenitor. (Cámara Civil y Comercial de Mercedes, Sala 2°, 06/06/2005, “F.C.C. v. F.H.L. y otras s/Tenencia Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad, Vol. 22, p. 2301).

En consecuencia, para suprimir este derecho deben existir causas graves, debidamente acreditadas, que pongan en peligro la salud física o moral de los menores pues se trata de una medida que debe aplicarse restrictivamente, porque importa impedir al padre o a la madre, en su caso, ejercer el contralor sobre la formación y educación de sus hijos, privando, a su vez a estos, del afecto del progenitor.

La jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente en forma restrictiva con relación a las causales que puedan suspenderlas, favoreciendo la posición del reclamante el hecho de que normalmente es dable presumir en ambos padres una especial preocupación por la protección y vigilancia de sus hijos (confr. CNCiv., Sala D, oct. 1981, ED-97 citado por Luis A. Kessler en *Medidas Cautelares en la Crisis Conyugal*, Bs. As., 1996, p. 111; confr. entre otros, CNCiv., Sala C, 1983/04/07, Ch. de N., S. D. c. N., R., LA LEY, 1983? C, 538).

**Tribunal: Cámara de Familia de Mendoza R. F. G. p/ su Hijo Menor c/ S. S. s/ Régimen de Visitas. 15/12/2017.**

## § 6.2. Criterios para determinar la responsabilidad del denunciado

Considerando las consecuencias que genera la falsa denuncia en el entorno del cónyuge falsamente denunciado, corresponde que el juez garantice

que el proceso se realice sobre la base de los principios considerados en el artículo 18 de la Constitución Nacional. Asimismo, debe valorar de manera objetiva los medios de prueba que las partes pongan a su alcance y no actuar bajo la presión mediática que se pueda presentar en el caso. Cabe precisar que de su decisión dependerá la continuación del régimen comunicacional entre el cónyuge conviviente y sus hijos.

### § 6.2.1. Presunción de inocencia

La presunción de inocencia implica que el denunciado no puede ser considerado culpable si es que no se dicta una sentencia que lo declare así. Esta garantía está contenida en distintos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, cuya jerarquía constitucional ha sido reconocida por el numeral 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional. Dentro de estos podemos mencionar el artículo 9<sup>21</sup> de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), el artículo 11<sup>22</sup> de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), el numeral 2 del artículo 14<sup>23</sup> del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el numeral 2 del artículo 8<sup>24</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Cabe precisar que este derecho se desprende de la garantía constitucional de la necesidad de juicio previo establecida en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Si bien este derecho es una directriz para el desarrollo del proceso, este se ve afectado cuando se presume la culpabilidad del imputado. En este sentido, Eduardo M. Jauchen (2007, p. 10) precisa:

El principio de inocencia tiene como efecto el derecho del imputado de ser tratado como inocente y el deber de los demás habitantes y del Estado de respetar y no vulnerar de ningún modo ese estado mediante expresiones o resoluciones que lo consideren prematura-

*21 Artículo 9. Puesto que cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, cualquier rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la Ley.*

*22 Artículo 11*

*1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.*

*2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.*

*23 Artículo 14*

*2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.*

*24 Artículo 8*

*2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.*

mente culpable; de la manera que la mera imputación oficial en su contra y el consecuente proceso no pueden en modo alguno tomarse en cuenta para que ningún organismo del Estado se sirva de ellos para alterar, restringir o extinguir ninguna situación de su vida, como tampoco ningún habitante o institución, incluido el periodismo, pueden efectuar manifestaciones que lo consideren como culpable del hecho que se le atribuye. Todo ello, hasta que no exista una sentencia condenatoria firme.

En cuanto a la afectación de la presunción de inocencia, Eduardo Dulce (2012, p. 250) señala:

El derecho fundamental a la presunción de inocencia o la culpabilidad de una persona se encuentra amenazado cuando la inocencia o la culpabilidad de una persona se encuentra sometida, sin las garantías judiciales, a un juicio paralelo en los medios de comunicación, que puede comportar una condena social incluso después de dictada una sentencia absolutoria.

Por su parte, Jordi Nieva refiere que, en los casos de delitos sexuales sobre menores, existe la propensión de culpabilizar al denunciado. En este sentido, precisa:

La presunción de inocencia no es precisamente lo que se cierne sobre los imputados en estos supuestos, lo que se agrava además cuando los sospechosos pertenecen a un determinado colectivo, como ha sucedido con las denuncias masivas por abusos sexuales cometidas por religiosos de la Iglesia católica. (Nieva Fenoll, 2013, p. 122)

Según Díaz Cantón (2010), para comprender el principio de inocencia es necesario reconocer sus dos funciones esenciales:

a) *Impedir* al Estado considerar culpable e imponer una pena a una persona hasta sea *probada y demostrada* la verdad de la imputación, con los siguientes recaudos: poniendo a cargo de la acusación la demostración de la hipótesis delictiva, a la defensa en condiciones de refutarla y al tribunal en una posición imparcial, quien debería justificar su convicción racionalmente y el funcionamiento de la norma de clausura *indubio pro reo*.

b) *Revertir* la concepción del proceso como pena, lo cual torna necesario poner límites a: a) la duración de la prisión preventiva, b) la duración del proceso, c) la actividad de la *obtención de la prueba* (v.gr., eliminación de la tortura). (Díaz Cantón, 2010, p. 58)

La inocencia del imputado es un hecho que solo será desvirtuado con la emisión de una sentencia. En este sentido, no puede invertirse el principio de presunción de inocencia y presumirse la culpabilidad.

La inocencia del inculpado, en verdad, no es algo que se presume o conjeture durante el proceso, sino que es un auténtico *factum* hasta que recaiga la sentencia. Ni es algo figurado, ni supuesto; es real y cierto, igual que real e inexistente es la culpabilidad, que en ningún sitio está antes de la sentencia. La presunción de inocencia, por ende, es tan solo una metáfora que significa que el resultado del proceso, condena o absolución, se encuentra abierto hasta que sea dictada la sentencia, porque, de otro modo, no estaríamos ante un proceso, sino ante un mero ritual. La única función inmediata para la presunción de inocencia es, por tanto, la protección del proceso mismo. (Sánchez y Gómez-Trelles, 2012, p. 36)

Con relación a este principio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en el Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay que el acusado no está en la obligación de demostrar su inocencia y que su culpabilidad debe ser demostrada por la parte que los acusa.

La Corte ha señalado que el artículo 8.2 de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla. En este sentido, la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada.

La Corte considera que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa<sup>25</sup>.

Asimismo, en el caso Loayza Tamayo vs. Perú se establece que dentro de un procedimiento excepcional no se puede atribuir responsabilidad penal al imputado por un delito que no cometió.

62. En segundo término, la señora María Elena Loayza Tamayo fue enjuiciada y condenada por un procedimiento excepcional en el que, obviamente, están sensiblemente restringidos los derechos fundamentales que integran el debido proceso. Estos procesos no alcanzan los estándares de un juicio justo ya que no se reconoce la presunción de inocencia; se prohíbe a los procesados contradecir las pruebas y

<sup>25</sup> Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párrafos 153 y 154.

ejercer el control de las mismas; se limita la facultad del defensor al impedir que este pueda libremente comunicarse con su defendido e intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso. El hecho de que la señora María Elena Loayza Tamayo haya sido condenada en el fuero ordinario con fundamento en pruebas supuestamente obtenidas en el procedimiento militar, no obstante ser este incompetente, tuvo consecuencias negativas en su contra en el fuero común.

63. El Perú, por conducto de la jurisdicción militar, infringió el artículo 8.2 de la Convención, que consagra el principio de presunción de inocencia, al atribuir a la señora María Elena Loayza Tamayo la comisión de un delito diverso a aquel por el que fue acusada y procesada, sin tener competencia para ello, pues en todo caso, como antes se dijo, (supra, párr. 61) esa imputación solo correspondía hacerla a la jurisdicción ordinaria competente<sup>26</sup>.

### § 6.2.2. Plazo razonable

La resolución del proceso iniciado contra el cónyuge no conviviente falsamente denunciado debe realizarse dentro de un plazo razonable. Esto resulta importante, puesto que está en juego su libertad y el derecho de comunicación que tiene con sus hijos.

Esta garantía está reconocida de modo expreso en documentos internacionales y de forma implícita en la Constitución Nacional.

A continuación, citamos los artículos de tratados internacionales en los que se regula este derecho:

#### a) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

##### Artículo 9

*3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva que hayan de ser juzgadas no deben ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.*

<sup>26</sup> Caso *Loayza Tamayo Vs. Perú*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párrafos 62 y 63.

## Artículo 14

*Durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

*c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas.*

## **b) Convención Americana sobre Derechos Humanos**

### Artículo 7. Derecho a la libertad personal

*5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*

## **c) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**

### Artículo XXV

*Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.*

*Nadie puede ser detenido por incumplimiento de carácter netamente civil.*

*Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad.*

## **d) Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las libertades fundamentales**

### Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo

*1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.*

Si bien las normas reconocen que los procesos deben realizarse dentro de un plazo razonable, la realidad demuestra que estos se dilatan en el tiempo y generan graves perjuicios a los imputados. Sobre esta problemática, Daniel Pastor precisa lo siguiente:

La indeterminación de la duración de los juicios penales siembra en los ciudadanos una situación de doble duda que se traduce, lógicamente, en la certeza de una injusticia, porque, o los acusados son

culpables y, entonces, deben ser castigados tempestivamente, o son inocentes y deben ser liberados de toda sospecha tan pronto como sea posible. Así, de un lado, el anhelo de eficiencia en la aplicación de la pena exige el juzgamiento rápido de toda persona acusada de haber cometido un hecho punible. Pero también la realización de la ley penal en su sentido negativo, esto es, liberando de persecución a los acusados que por cualquier motivo no deben ser sancionados, reclama un juicio rápido, en respeto de la dignidad de la persona. (2009, p. 89)

Precisa también:

En efecto, “plazo”, en el Derecho Procesal Penal es toda condición de tiempo puesta al ejercicio de una determinada actividad procesal. Con relación al plazo razonable esto quiere decir que todo el proceso mismo, como conjunto máximo de la actividad procesal debe “solo puede” ser realizado dentro del tiempo fijado como razonable. (Pastor, 2009, pp. 413-414)

Por su parte, Jauchen (2007) sostiene que esta garantía tiene un doble aspecto:

La garantía abarca un doble aspecto y es importante hacer la distinción: por un lado, el derecho de toda persona sometida a proceso penal a que el mismo se realice con celeridad, lo que importa que dentro de un plazo razonable el órgano jurisdiccional debe decidir en forma definitiva su posición frente a la ley y la sociedad; y por otro, el derecho a que si dentro del plazo razonable no es posible por razones seriamente justificadas terminar con el proceso y el imputado estuviere en prisión preventiva, debe otorgársele la libertad sin perjuicio de la prosecución de la causa, la que a su vez no puede, por el primer motivo ya señalado, prolongarse más allá de lo razonable. Lo relevante del distingo radica en que la garantía no solo rige para los supuestos de prisión preventiva, sino para toda persona que aun en estado de libertad sea enjuiciada penalmente; también tiene derecho a que su situación se resuelva con celeridad, sin dilaciones indebidas. (p. 317)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en diferentes casos y ha precisado que los procesos judiciales deben desarrollarse dentro de un plazo razonable, y ha señalado los alcances de este concepto:

El principio de “plazo razonable” al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad

impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente<sup>27</sup>.

El artículo 8.1 de la Convención también se refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente, en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales (Ver entre otros, Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A no. 195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain judgment of 23 June 1993, Series A no. 262, párr. 30)<sup>28</sup>.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que los procesos no pueden dilatarse indefinidamente en el caso Mattei.

Que tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero, además, y esto es esencial, atento los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal<sup>29</sup>.

### § 6.2.3. Determinación de los hechos

La configuración de un delito implica la correspondencia entre lo descrito en la norma y lo acontecido en la realidad. En este sentido, el juez tiene que establecer los hechos relevantes del caso y decidir si corresponde o no responsabilizar al imputado de la comisión de un delito. Cabe precisar que en un proceso penal la determinación de los hechos es un aspecto trascendental, pues sobre la base de su probanza se establecerá la responsabilidad del acusado. Sobre el particular, Michele Taruffo (2011, p. 99) refiere:

27 Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, párrafo 70. Sentencia de 12/11/1997.

28 Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, párrafo 77. Sentencia de 29 de enero de 1997.

29 Mattei, Ángel. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29/11/1968, fundamento 10.

La individualización del hecho jurídicamente relevante está evidentemente dentro de la “preparación de las premisas” de la decisión y no deriva de un simple juego deductivo sino de una compleja operación que lleva a la “construcción del caso”, es decir a la individualización del hecho que constituye el objeto específico de la decisión. Esta operación versa sobre la conexión entre norma y hecho, pero no en el sentido de limitarse a constatar una correspondencia (que en realidad no existe de por sí), sino en el sentido de pretender constituir una correspondencia entre hecho y norma que permita decir que esa norma, en uno de sus significados resultantes de la interpretación, califica jurídicamente ese hecho, que es relevante respecto a esa norma y que fundamentará la decisión en la medida en que resulte probado en juicio.

La determinación de los hechos no es un acto automático, puesto que el juez debe valorarlos y establecer cuáles son los relevantes para determinar la responsabilidad del acusado. Con relación a este punto, Michele Taruffo (2011, p. 102) sostiene lo siguiente:

La determinación del hecho que identifica la base de la controversia es el fruto de elecciones que a menudo contienen elementos valorativos, dado que acostumbra a ser valorativa la interpretación de la norma que permite individualizar el criterio de relevancia jurídica de los hechos.

Se obtiene además que la identificación del hecho es siempre relativa y es, en general, el resultado de un procedimiento de hipótesis/control que puede ser muy complejo hasta que el juez alcance a establecer qué hechos específicos deben ser determinados, en la medida en que son relevantes a la luz de la norma que constituirá el criterio de decisión.

Debemos precisar que la determinación de la verdad de los hechos está relacionada con el aspecto material y formal de la verdad. Jordi Beltrán establece las diferencias entre ambos tipos en los siguientes términos:

La verdad material es aquella de la que se habla fuera del proceso judicial. Por ello, también puede hacerse referencia a la misma mediante la dominación de verdad *tout court*, sin más calificativos. No está claro cuáles son las condiciones de verdad, en este sentido, en las que estaban pensando los teóricos que propusieron la distinción, pero es plausible sostener que la verdad (material) de un enunciado depende de su correspondencia con el mundo: de la concurrencia de los hechos cuya existencia se afirme o de la no-concurrencia de los hechos cuya existencia se niegue. Esta es, precisamente, la verdad que se cree inalcanzable, al menos en muchas ocasiones, en el proceso judicial.

La verdad formal, en cambio, es aquella que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria. Dicha verdad formal puede coincidir o no con la material (aunque a menudo se admite que deseable que lo haga), pero sería aquélla la que gozaría de autoridad jurídica. Con independencia de la coincidencia con los hechos realmente ocurridos, se atribuye la calificación de verdadera formalmente a la declaración de los hechos probados realizada por el juez o tribunal en la sentencia. Esa declaración puede ser revocada y sustituida por otra parte de un tribunal superior, pero una vez que la sentencia adquiere firmeza es “la unidad verdad” que interesa al derecho. De este modo, la declaración de hechos probados realizada por el juzgador deviene verdadera (en sentido formal) por el solo hecho de ser pronunciada por el órgano judicial. Aunque nada se dice al respecto por parte de los defensores de la distinción, parece claro, de ese modo, que la declaración de hechos probados adquiere fuerza constitutiva. (Ferrer Beltrán, 2005, pp. 61-62)

La determinación de los hechos relevantes permite crear certeza con relación al caso y eliminar las dudas que puedan existir. Sobre el particular, Michele Taruffo refiere:

A pesar de lo compleja y problemática que puede ser la formulación de la decisión final sobre los hechos del caso, se trata de una decisión final sobre los hechos del caso, se trata de una decisión adoptada “en condiciones de incertidumbre” pero dirigida a eliminar la incertidumbre. La incertidumbre, es decir, la duda entre verdad y falsedad, caracteriza a las narraciones de los hechos que se proponen al comienzo o en el curso del proceso: como se ha visto anteriormente, estas consisten en enunciados hipotéticos que tienen pretensiones de verdad pero que pueden ser verdaderos o falsos. En cambio, esto no es válido respecto de la narración en que el juez expone su propia reconstrucción de los hechos, porque constituye el resultado que él extrae de los datos cognoscitivos adquiridos a través de las pruebas. Como se ha dicho poco antes, el juez no apuesta, no hace pronósticos, no juega y no arriesga: su tarea es “dar certeza”, es decir, resolver la duda acerca de la verdad o a la falsedad de la hipótesis sobre los hechos. Elige entre alternativas originalmente inciertas, pero decide cuál de las alternativas se puede considerar “cierta” porque su verdad o falsedad ha sido demostrada por las pruebas. (2010, p. 221)

El citado autor precisa también:

Se debe observar que la decisión no versa solo sobre los llamados hechos principales, es decir, los hechos que son calificados jurídicamente, sino también sobre los llamados hechos secundarios (o sim-

ples), que son lógicamente relevantes en la medida que constituyen las premisas de inferencias probatorias relativas a los hechos principales. (Taruffo, 2010, p. 224)

Asimismo, sostiene que la narración que el juez construye puede entenderse como un conjunto ordenado de enunciados, donde un factor importante de orden lo constituye la distribución de estos en cuatro niveles distintos, tal como se explica en el siguiente cuadro (Taruffo, 2010, pp. 233-234):

NIVELES	DESCRIPCIÓN
Hechos principales	Se trata de enunciados que describen hechos principales. Se refieren a cada una de las circunstancias (es decir, de los particulares) cuya combinación constituye la narración del hecho principal.
Hechos secundarios	Este aspecto de la narración del juez es solo eventual: no existe, en efecto, cuando no hay hechos secundarios de los que se puedan extraer inferencias relativas a la verdad o falsedad de enunciados sobre hechos principales.
Pruebas practicadas en el juicio	Declaraciones prestadas por testigos o de las afirmaciones contenidas en un documento o en un dictamen judicial.
Circunstancias	De estas se pueden extraer inferencias relativas a la credibilidad o a la fiabilidad de los enunciados que están en el tercer nivel.

Un aspecto relevante en la formulación de los hechos está en que –sobre la base de su valoración– el juez adoptará una decisión en la que declarará la culpabilidad o la absolución del imputado. En este sentido, la labor del juez está en valorar los hechos, establecer una jerarquía entre estos y resolver un conflicto jurídico. En palabras de Marina Gascón (2010) existe una finalidad práctica y no solo teórica durante el proceso:

La finalidad principal de los procesos de fijación judicial de los hechos es la formulación de enunciados fácticos verdaderos, en el sentido de que se corresponden con la realidad. [...] En efecto a diferencia del conocimiento científico, histórico o detectivesco, donde la actividad de averiguación de la verdad puede reputarse sin gran esfuerzo como “libres”, la fijación judicial de los hechos tiene que perseguir su objetivo –la formulación de aserciones verdaderas– teniendo en cuenta al mismo tiempo la necesidad de preservar otros valores. Estos valores son fundamentalmente de dos tipos. De un lado un valor que podríamos llamar práctico por cuanto expresa una característica básica del proceso judicial: la finalidad práctica y no teórica que

lo anima. De otro lado, una serie de valores que podríamos llamar, en sentido amplio, *ideológicos*.

Que el proceso tiene una finalidad práctica significa que se encamina a resolver un conflicto mediante la aplicación de normas jurídicas. El conocimiento del pasado no es el objeto del juez, sino tan solo un paso previo a la decisión que debe adoptar.

Por otro lado, en la persecución de la verdad, los ordenamientos jurídicos actuales tienen que preservar otros valores que podríamos llamar “ideológicos”, pues no son consustanciales a la idea de acción judicial como actividad encaminada a poner fin a un conflicto sino que más bien forman parte de una cierta ideología jurídica. Esto resulta particularmente cierto en el proceso penal, donde la ideología del garantismo se impone con fuerza en el proceso, exigiendo que en la averiguación de la verdad se preserven en todo caso determinados valores, particularmente la libertad y la dignidad de las personas. (Gascón Abellán, 2010, pp. 107-109)

#### § 6.2.4. Valoración de la prueba

Para abordar este tema, consideramos conveniente establecer algunas particularidades sobre la prueba. Bentham (citado por Guzmán, 2011, p. 11) refiere:

La prueba consiste en una relación inferencial que, partiendo de un hecho conocido, permite arribar al conocimiento, siempre en términos de probabilidad de un hecho ignorado”. Asimismo, Florián, citado por el mismo autor, considera que “la prueba sería la actividad procesal dirigida a obtener conocimiento del proceso que se investiga en juicio”.

Por su parte, Guzmán (2011) precisa que existen pruebas directas y pruebas indirectas:

Según la conceptualización más corriente, elemento de prueba o contenido probatorio, sería el dato, rastro o señal, contenido en un medio de prueba realizado, que puede ser usado por el juez en el procedimiento inferencial que practica al momento de decidir el caso. El tema probatorio, es decir, aquello que se pretende conocer mediante un fin de prueba, constituye el objeto de prueba.

[...] Teniendo en cuenta el objeto de prueba, este ha sido clasificado en “pruebas directas” y “pruebas indirectas”, según que ellas se refieran o no, en forma inmediata al *thema probandum* principal. Serían pruebas directas aquellas que tienen por objeto el mismo he-

cho principal a probar, es decir, el hecho jurídicamente relevante del cual depende directamente la decisión, mientras que serían pruebas indirectas aquellas que no tienen directamente por objeto el hecho a probar, sino otro hecho, del cual el juez podrá arribar al primero solo a través de una operación mental de tipo inductivo, fundada en reglas de la lógica o sobre máximas de experiencia. Ello ocurre, puesto que no siempre el *objeto de prueba* coincide con el *hecho principal a probar*, puesto que puede ser objeto de prueba un hecho diverso al hecho que constituye el *thema probandum* principal, aunque relevante para el conocimiento de este último. Las pruebas pertenecientes a esta segunda categoría, es decir, a la de las pruebas indirectas, no serían otras que aquellas que se conocen también como “pruebas indiciarias”, es decir, los “indicios”. (Guzmán, 2011, pp. 12-13)

Serra Domínguez, citado por Jordi Nieva (2010), precisó la diferencia entre el período de conversión y el período de comparación. En la primera de dichas fases, a través de los medios de prueba, se trasladarían los hechos de la realidad al proceso para que el juez pueda considerarlos. En la segunda, el juez valoraría el resultado de los medios de prueba a través de las máximas de experiencia, puesto que —como afirma este autor— no se trata de “valorar jurídicamente, sino más bien psicológica y humanamente”. Y, por ello, el juez al valorar utilizará instrumentos humanos, las llamadas “máximas de experiencias”.

Asimismo, siguiendo a Serra, señala: “La valoración de la prueba sería el examen crítico de los medios de prueba, siempre con máximas de experiencia, impuestas por la ley o deducidas por el juez” (Nieva Fenoll, 2010, p. 28).

Por su parte Javier Sánchez y Vera Gómez-Trelles refieren que la actuación del juez debe guiarse por las máximas de la experiencia, en este sentido, sostienen:

El criterio fundamental para la valoración de la prueba de un modo objetivo —racional— y no subjetivo del juez, es atender a las denominadas máximas de la experiencia. Las máximas de la experiencia son las reglas que surgen de la observación y posterior generalización de casos concretos; dicho de una forma gráfica, la jurisprudencia —y la doctrina—, sabedora de que ciertos hechos se desarrollan siempre de una determinada manera, aplica esa suerte de “ley general” a los supuestos concretos que han de valorar. (2012, pp. 125-126)

Asimismo, precisan que las máximas de la experiencia contienen diferentes elementos. En este sentido, sostienen:

Las máximas de experiencia son de dos tipos, de la experiencia diaria y de conocimientos asegurados científicamente. Las primeras, tras

su discusión plenaria, pueden ser asumidas por el propio juzgador, en tanto que las segundas requieren en la mayoría de las ocasiones para su concreción de conocimientos especiales de los cuales carece el juzgador. Ello va a constituir la génesis de la prueba pericial. (Sánchez y Gómez-Trelles, 2012, p. 126)

Según Paula Viale de Gil (2014), existen dos momentos de la valoración de la prueba:

El primer momento, que podemos llamar el de la valoración en sentido estricto, se refiere a la determinación del apoyo empírico que los elementos de prueba aportados proporcionan a las hipótesis sobre los hechos del caso que se enfrentan en el proceso. Asumiendo una concepción racional de la libre valoración, en este momento se trata de evaluar las relaciones de corroboración o confirmación que es posible establecer entre los elementos de juicio que aportan las evidencias disponibles y las proposiciones sobre los hechos del caso que son objeto del proceso, sobre la base de los conocimientos científicos de que disponemos y de las generalizaciones empíricas comúnmente aceptadas (máximas de la experiencia).

El resultado del momento identificado como valoración en sentido estricto consiste, entonces, en la individualización de las pruebas que corroboran las proposiciones sobre los hechos del caso sostenidas por las partes y la identificación de los factores que inciden en su mayor o menor fuerza probatoria (las cuestiones relativas a la credibilidad o autenticidad del elemento de prueba, su carácter de prueba directa o indirecta, la validez o fundamento empírico de las generalizaciones en que se basan las inferencias probatorias), así como en la determinación de las pruebas desestimadas por su irrelevancia respecto de las proposiciones que se trata de probar o por los defectos que les restan fuerza probatoria.

El juicio sobre los hechos supone un segundo momento, que podemos llamar de decisión sobre la prueba, en el que se trata de determinar si esas pruebas o, dicho de otra manera, el grado de corroboración que ellas aportan a las proposiciones fácticas en cuestión, es suficiente para tenerlas por probadas. (Viale de Gil, 2014, p. 134)

#### § 6.2.4.1. Verdad en el proceso penal

Alcanzar certeza dentro de un proceso implica que el juez analice las pruebas que presentan las partes y arribe a una decisión fundada. Sobre el particular, Guzmán (2011) sostiene que el estudio de la verdad en el proceso judicial conduce al estudio de la prueba. En este sentido, precisa:

En efecto, cuando pensamos en la *prueba*, pensamos en lo que con ella intentamos corroborar: la *verdad o falsedad* de cierta hipótesis, cuando pensamos en la verdad, pensamos, además, en su significado, en las condiciones frente a las cuales aceptaremos la predicación de un determinado enunciado como verdadero, circunstancia que dependerá, justamente, de nuestras pruebas, y, más exactamente, de la coherencia de estas con nuestra hipótesis. (p. 3)

Si bien el juez aspira a llegar a la verdad, sus conclusiones están orientadas a comprobar una hipótesis y así determinar la responsabilidad del acusado. En este sentido, Guzmán (2011) refiere que la búsqueda de la verdad material es una particularidad del sistema inquisitivo:

Verdad “material”, “verdad real”, “verdad histórica”, “verdad objetiva” son todas expresiones, para designar de modo indistinto un único concepto, que encerraba la idea de la posibilidad de alcanzar el conocimiento absoluto de la verdad en el proceso penal y, simultáneamente, el de la imposibilidad de renunciar a ese conocimiento.

[...] Lo cierto es que esta verdad material siempre estuvo emparentada al modelo inquisitivo y ello es así por el tipo de verdad al que apunta este sistema: a la verdad absoluta. (pp. 41-42)

Con relación al concepto de verdad, Nicolás Schiavo refiere:

Cuando utilizamos la expresión “verdad”, y a los fines que le interesa al derecho, estamos haciendo referencia a un concepto mucho más reducido, que debe ser traducido como “verdad procesal”. Es decir, se conoce esa “verdad” a través del proceso, solo por lo que ha sido producido en el mismo, bajo las formas legales establecidas y en los tiempos que este determina. (2015, p. 20)

Precisa también que el concepto de verdad procesal implica una relación entre la verdad y los hechos.

La “verdad procesal” no es más que el mecanismo de sutura de dos términos que deben estar estrictamente ligados para poder producir consecuencias legales, a saber: “hecho” y “verdad”. Y esta ligazón únicamente es posible bajo el empleo de un concepto de “verdad por correspondencia”.

[...] cualquier proceso de la valoración de la evidencia tiene que apropiarse de estos dos conceptos “hecho” y “verdad”, y debe asumir la compleja empresa de suturarlos por correspondencia para desde allí arribar a las consecuencias jurídicas. (Schiavo, 2015, p. 20)

Según el citado autor, existe una triple relación de verdad en el proceso penal. Explica también que estas, en conjunto, hacen a la fijación de

determinados estándares de prueba que deben alcanzarse para poder afirmar la existencia del hecho.

El primer aspecto de ella se expresa en el proceso de verificabilidad, es decir, en el establecimiento de todo aquello sobre lo cual resulta necesario expresarse como un acontecimiento verídico. Es desde allí que se derivan las garantías de primer orden, tal como la externalidad de la conducta (derecho penal de acto), el juicio de subsunción (legalidad), el juicio de reproche (culpabilidad) y la capacidad dañosa de la misma (lesividad).

El segundo aspecto de la verdad se vincula a su forma de construcción, es decir, a la forma de (verificación) de la misma. Dentro de esta se establecen las condiciones de los órganos encargados de investigar, como de aquellos asignados a juzgar; del derecho a la defensa y del real ejercicio del mismo pudiendo comprender la acusación (clara, precisa, circunstanciada), ofreciendo prueba, como así también permitiendo el control de aquella utilizada para acreditar la imputación. En este punto cabe considerar las llamadas “reglas de exclusión”, como la de “pertinencia y admisibilidad” de las pruebas.

El tercer aspecto está relacionado con las “reglas de comprobación”, es decir, las formas bajo las cuales es posible afirmar que resulta verídica la historia relatada en el “hecho”.

La regla de comprobación tiene una íntima relación con las anteriores, en tanto ellas requieren una particular conexión con las que rigen la conformación narrativa del hecho y las formalizaciones de los medios de prueba, pero también comprenden aquellas otras vinculadas a la “valoración de la prueba”. (Schiavo, 2015, pp. 21-22)

#### § 6.2.4.2. Certeza, probabilidad y duda

Para arribar a una decisión y aplicar una pena, el juez debe actuar sobre la base de pruebas que le brinden certeza. Asimismo, si se presenta alguna duda, esta debe favorecer al procesado. A continuación, desarrollamos las particularidades de los términos certeza subjetiva, probabilidad y duda.

##### a) Certeza subjetiva

La certeza subjetiva está relacionada con el ejercicio de la libre convicción y genera en el juez la obligación de motivar sus decisiones.

Se habla de certeza subjetiva cuando no existe duda, de que el enunciado es verdadero, o lo que es lo mismo, que el hecho referido por ese enunciado existió tal como se encuentra afirmado [...]. De dicha

certeza subjetiva se exige una justificación explícita, que deberá plasmarse en lo que se conoce como motivación de la sentencia, y que hará a esta consiguientemente controlable.

[...] La certeza subjetiva implica que los otros enunciados que afirmaban cuestiones diversas han sido descartados, que se ha comprobado su falsedad. Solo en el caso de que el juez alcance una certeza (subjetiva) positiva respecto de la veracidad del enunciado que constituye la hipótesis acusatoria, estará en condiciones de aplicar una condena mediante la cual se afirme que un hecho existió, que este constituye determinado delito y que fue cometido por el imputado. (Guzmán, 2011, pp. 33-34)

El citado autor señala también que la certeza subjetiva (o el ejercicio de la *libre convicción*) solo estará justificada cuando se hayan cumplido las siguientes condiciones básicas:

Pluralidad de indicios: estos indicios de la responsabilidad penal deben ser aportados por la acusación, en cumplimiento de la garantía *onus probandi*, o principio de la carga de la prueba.

Posibilidad del imputado de haber intervenido en el proceso de producción y control de la prueba: relacionado con el principio contradictorio.

Motivación de la sentencia: sin ella es irreconocible la certeza subjetiva del juzgador, y peor aún, incontrolable, sus razonamientos para conocer cómo se arribó a las conclusiones. (Guzmán, 2011, pp. 34-35)

## **b) La probabilidad**

En este caso, el juez no encuentra certidumbre y no puede emitir una decisión categórica. Según Nicolás Guzmán (2011), este concepto está en un punto medio entre la certeza y la duda.

En un punto medio entre certeza y duda encontramos a la *probabilidad*. La hipótesis de la que se trate no ha alcanzado su mayor grado de probabilidad o confirmación posible. En este caso, el juez no está completamente convencido, pues existen otros elementos probatorios que lo llevan al terreno de la duda. Es decir, en este caso existen elementos que hacen que la creencia del juzgador considere solo meramente “probable” que el hecho haya existido y que el imputado haya sido su autor, pues al mismo tiempo existen otros elementos — aún no descartados, que es lo importante— que impiden formar en su conciencia el convencimiento necesario para la condena.

[...] La probabilidad puede ser positiva, en el sentido, de que los elementos existentes en la causa tornan más probable que el hecho haya existido y que el imputado haya sido su autor, que los elementos

que demostrarían lo contrario. La probabilidad, será entonces negativa, cuando por el contrario, los elementos reunidos hagan pensar que es más probable que el hecho no haya existido o que el imputado no haya sido su autor. (Guzmán, 2011, pp. 37-38)

### c) Duda

Para Guzmán, la duda consiste en “aquel estado mental en que se encuentra el juzgador, del cual ya no puede salir, respecto de la existencia o no del hecho de la responsabilidad del imputado” (2011, p. 38).

Asimismo, precisa que la certeza subjetiva, la probabilidad y la duda tienen efectos diferentes, tal como señalamos a continuación:

Solo a través de la certeza subjetiva positiva puede imponerse la condena. Para que ello, tenga lugar, no deben existir dudas acerca de la existencia del hecho, de su tipicidad y de la responsabilidad del acusado. [...] La probabilidad positiva, tal como ha sido definida, no será suficiente para la condena, por cuanto aún existen, como se dijera, elementos que hacen de fuerte contrapeso a las pruebas que confirman la hipótesis acusatoria, que aún no han sido removidos. [...] De la etapa de instrucción solo puede esperarse una “verdad meramente probable” de la hipótesis acusatoria, por lo que la certeza deberá alcanzarse en la siguiente etapa del proceso: el juicio. (Guzmán, 2011, p. 39)

En cuanto a la probabilidad negativa y la duda, precisa que llevan al sobreseimiento o absolución del acusado dependiendo de la etapa del proceso de la que se trate (Guzmán, 2011). Y refiere también:

La probabilidad negativa es suficiente para el dictado del sobreseimiento del imputado cuando ya no hay más pruebas que producir, puesto que, obviamente, en este caso es más probable que el hecho no haya existido o que no haya sido cometido por aquél. Finalmente, la duda [...] torna también imperioso el dictado de dicha medida desvinculante, de la misma forma que, evidentemente, lo hace la certeza negativa. (Guzmán, 2011, p. 40)

### § 6.2.4.3. Bloques y enfoques para la valoración de la prueba

Según Jordi Fenoll, la enseñanza del juez en materia de valoración debe contener dos bloques principales:

1. Bloque “La investigación de los hechos”: es imprescindible el aprendizaje por parte del juez de los hechos más típicos –indiciario o no– que suelen encontrarse en los contextos más frecuentes de la realidad procesal. La enseñanza de esta materia no es tan sencilla

como un aprendizaje memorístico de jurisprudencia, porque también hay que conocer cómo se extraen dichos hechos de cada fuente de prueba, así como la organización de esos hechos una vez que se han obtenido a través de la práctica de los medios de prueba a fin de que sean más fácilmente comprensibles.

Es decir, de lo que se trata es que un juez pueda identificar fácilmente un hecho como característico de una determinada situación.

[...] En cuanto a los hechos que no constituyen indicios plantean menos problemas, porque son pruebas directas, fácilmente reconocibles ya que se puede aplicar con sencillez la consecuencia jurídica.

2. Bloque “La credibilidad”: [...] No todos los resultados de los medios de prueba, por típicos de una situación que sean, se valoren de la misma forma, porque un mismo hecho puede tener diferentes significados en contextos distintos. Por tanto, tiene que aprender a valorar la credibilidad que resulte de cada medio de prueba y esas es, sin duda, la actividad más compleja y la que prácticamente se ha descuidado por completo en la docencia probatoria. (2010, pp. 158-161)

A continuación, veremos los distintos enfoques para afrontar el problema probatorio. Estos han sido tomados de la obra desarrollada por Jordi Nievas Fenoll (2010).

ENFOQUES	PARTICULARIDADES
JURÍDICO	Existen dos sistemas de valoración de la prueba, el libre y el legal. En el sistema libre el juez valora racionalmente lo que le parece oportuno. En el sistema de prueba legal, existían pautas que al principio se formularon como recomendaciones y más tarde fueron instrucciones directas al juez que le hicieron dejar de lado prácticamente su racionalidad.
EPISTEMOLÓGICO	Este enfoque ha servido para entender en ocasiones los razonamientos probatorios. Uno de esos esquemas de razonamiento ha ayudado para describir la llamada “prueba de indicios”, a través de lo que conocemos como “presunción”.  De lo que se trata es que el juez adapte sus razonamientos a algunos de estos esquemas, para ordenarlos debidamente, lo que le ayudaría en principio motivar mejor y, por lo tanto, obtener mejores resultados en la valoración probatoria.

ENFOQUES	PARTICULARIDADES
PSICOLÓGICO	<p>Los autores que han estudiado la prueba manifestaron la importancia de este enfoque en la valoración de la misma. Además, dicen lo mismo que los psicólogos, en el sentido de que dicha ciencia se relaciona directamente con las máximas de experiencias. Los juristas han llegado a la conclusión de que las máximas de experiencias dependen del criterio psicológico del juez. Siendo dichas máximas de experiencias las que permiten establecer la relación inferencial entre premisas y conclusiones.</p>
MATEMÁTICO	<p>Este enfoque se deduce de la aritmética, sus resultados dependen de fórmulas, teoremas y estadísticas. La mayoría de los autores tratan este enfoque junto con el epistemológico, al abordar la probabilidad como concepto.</p>
SOCIOLÓGICO	<p>El juez, cuando valora la prueba, tiene que defender los valores constitucionales que estén vigentes. El objetivo de este enfoque consiste en dar razones, normalmente <i>a posteriori</i>, por las que los juicios son de un modo u otro. No pretende ayudar al juez a construir debidamente su razonamiento probatorio, dado que la ideología del juez es algo que pertenece a su fuero íntimo.</p> <p>Este enfoque tiene una utilidad muy precisa en referencia al problema en materia de valoración de la prueba, establecer el grado de confirmación de las hipótesis, ya que cuando nos encontramos con esto nos topamos con la inevitable subjetividad judicial.</p> <p>El tomar conciencia de los condicionantes sociológicos del juez es algo verdaderamente importante. Es imprescindible que el juez tome conciencia de esos condicionantes, pues de esa manera logrará ser más objetivo al momento de establecer el grado de confirmación de las hipótesis.</p> <p>Este enfoque puede servir para establecer por qué le da más credibilidad a un determinado medio de prueba.</p>

#### § 6.2.4.4. Indicios

Los indicios están orientados a probar un hecho que está en relación con el delito. Sobre su conceptualización, Carlos N. Hall (2004) sostiene lo siguiente:

Indicio puede ser cualquier hecho conocido a partir del cual puede llegarse a inferir, en forma aislada, por sí solo o en concurrencia con otros, la posible existencia o inexistencia de otro u otros hechos hasta el momento desconocidos y que, por medio de una necesaria operación mental y lógica –que se basa en los principios científicos o técnicos especiales– hagan posible lograr, dentro del campo penal, un nexo acerca de la culpabilidad o la falta de ella entre un individuo y determinado hecho punible. (pp. 227-228)

Por su parte, Francois Gorphe (1967) señala que este concepto es abordado de modo distinto desde el Derecho civil y la criminalística:

Consiste en recoger e interpretar todos los hechos o circunstancias que puedan llevar al descubrimiento de la verdad. Tampoco tiene, hasta el presente, una denominación precisa. Los civilistas hablan más bien de presunciones (de hecho o del hombre, ya que no se trata aquí de las llamadas legales); los criminalistas, de indicios y los juristas ingleses o americanos, de circunstancias, término que es el más genérico; de allí proviene el nombre de prueba por presunciones o (si se admite esta acepción) presuntiva o de prueba indiciaria (término reciente) o el de prueba circunstancial (término inglés). Comprende todo hecho o circunstancia que tiene relación con el hecho investigado y permite inferir su existencia o modalidad; puede decirse que abarca todo lo que no entra en las demás pruebas. (p. 261)

Cabe precisar que el indicio no es equiparable a la presunción, pues esta emana de los indicios. En este sentido, Carlos N. Hall (2004) precisa lo siguiente:

Existe una diferencia total que no podemos pasar por alto entre indicio y presunción, ya que dado un indicio o un conjunto de ellos, que aparezcan probados dentro de un proceso penal, el juez o tribunal obtiene una inferencia lógica y personal que le permite “presumir” el o los hechos indicados, por lo que nunca debemos identificar plenamente los indicios con las presunciones, ya que aquéllos resultan ser nada más ni nada menos que la fuente real de estas últimas. (pp. 428-429)

Siguiendo esta línea Francois Gorphe (1967) precisa que los indicios tampoco son equiparables a las circunstancias. Sobre el particular, señala:

La distinción que puede hacerse entre indicios, presunciones y circunstancias no sería más que una distinción de puntos de vista relativos al mismo objeto: uno expresa principalmente la cosa que sirve de signo (indicio), otro el hecho que sirve de base a la inferencia (circunstancia) y el otro, finalmente, la relación lógica (presunción). Jurídicamente hablando, este último término se reserva para los ca-

sos en los que hay dispensa de prueba, dado que la relación que debe deducirse se basa en una experiencia general no discutida; se aplica, por lo tanto, a relaciones conocidas que pueden ser vinculadas a una proposición general: lo que solo es posible para algunos indicios. Pero los otros no dejan por esto de ser utilizados por las inferencias que hacen presumir igualmente lo que se debe probar. Entre el indicio y la presunción solo existe una diferencia de matiz; uno se refiere al caso concreto y la otra a una situación más general; pero su función en la prueba es la misma. Al oponerlos se ha subestimado la importancia del indicio. (pp. 261-262)

A continuación, presentamos un cuadro de clasificación de los indicios siguiendo la propuesta realizada por Gorphe (1967).

TIPO DE INDICIO	CARACTERÍSTICAS
DE PRESENCIA O DE OPORTUNIDAD FÍSICA	Tomados del importante hecho de que el individuo se encontraba sin una razón plausible en el lugar y en el momento en que se cometió el delito. Este hecho material es sospechoso simplemente por carecer de justificación o, aún mejor, cuando el inculpado lo explica mal. Pero esto por sí solo no permite precisar qué hacía exactamente el inculpado en el lugar. Ello puede resultar de los testimonios, si fue visto, de las huellas o impresiones que señalan su paso o de un objeto abandonado por él en el lugar.
DE PARTICIPACIÓN EN EL DELITO	Pueden comprender y exceder lo que se llamó <i>la oportunidad material en su sentido amplio</i> : indicios muy diversos, tomados de cualquier huella, objeto o circunstancia que impliquen un acto relacionado con la perpetración del delito, como impresiones de fractura o sustracción, huellas de golpes o polvillo, manchas de sangre o de barro, la posesión del instrumento del delito, descubrimiento sobre el terreno o en casa del inculpado de un objeto comprometedor. A diferencia de los indicios precedentes, estos son más o menos indicativos de un acto preciso: violencia, fractura, robo de un objeto, encubrimiento o complicidad, etc. Se trata generalmente de hechos harto significativos para la prueba. Cuando no están contrarrestados por otras circunstancias, pueden ocasionar una condena.

(Continúa en página siguiente).

TIPO DE INDICIO	CARACTERÍSTICAS
DE CAPACIDAD PARA DELINQUIR, DE OPORTUNIDAD PERSONAL O DE PERSONALIDAD	Extraídos de la compatibilidad de la persona física y moral con el acto cometido. De acuerdo con lo que se sabe del conjunto de su carácter, su conducta pasada, sus hábitos y disposiciones, se deduce que el inculpado era capaz de haber cometido el acto imputado o aun que estaba inclinado a cometerlo. Esta es una condición necesaria, pero no suficiente, de la culpabilidad: en unos casos brinda una simple posibilidad; en otros, una probabilidad o verosimilitud, pero no una certidumbre. Estos indicios actúan con mayor fuerza en un aspecto negativo cuando señalan una incompatibilidad entre la persona y el acto imputado; pero también aquí es difícil llegar a una certidumbre, ya que jamás se conoce a fondo una personalidad. Este género de indicios se halla dentro de la “oportunidad personal para delinquir” (Ellero), ya que esta recae sobre los conocimientos y el poder de la persona: por ejemplo, cuando se trata de un hombre vigoroso y brutal a quien se imputa un delito de violencias o de un individuo astuto y sin escrúpulos por un delito de estafa.
DE MOTIVO, O MÁS BIEN DE MÓVIL DELICTUOSO	Completan y precisan los precedentes dando la razón del acto, elemento psicológico indispensable para comprender el delito y deducir la responsabilidad: indicios extraídos al mismo tiempo de las declaraciones del inculpado sobre el fin perseguido, de la naturaleza del acto cometido y del interés que podía tener en cometerlo o de los sentimientos que lo conducían a ello; teniendo en cuenta que el verdadero móvil puede permanecer en parte inconsciente y, en consecuencia, no ser manifestado necesariamente en las confesiones.
DE ACTITUD SOSPECHOSA	Extraídos de lo que se llaman <i>huellas mentales</i> (Wigmore) o, en términos más genéricos, las manifestaciones del individuo (Elle-ro) anteriores o posteriores al delito; en una palabra, su comportamiento en cuanto revela el estado de espíritu del inculpado en relación con el delito, es decir, su mala intención antes del delito o su conciencia culpable posterior. Esta actitud se manifiesta por sus actos (fuga, ocultación o destrucción del objeto comprometedo, etc.), por palabras (amenazas o animosidad contra la víctima) o simplemente por emociones o reacciones afectivas, que pueden ser espontáneas o provocadas. Este tipo de indicios es muy indirecto: solo indica la culpabilidad por la intermediación variable de estados subjetivos, que son conocidos únicamente por su expresión puramente externa y aparente, relación que siempre es incierta.

TIPO DE INDICIO	CARACTERÍSTICAS
DE MALA JUSTIFICACIÓN	Sirven para completar y precisar los precedentes, especialmente el primero y el quinto, por medio de las declaraciones del inculgado: ciertos hechos o actos simplemente equívocos adquieren un sentido sospechoso o delictivo si el interesado da de ellos una explicación falsa e inverosímil, mientras que pierden todo efecto incriminatorio si se justifican de modo plausible.

Gorphe (1967, p. 308) precisa: “Los indicios así definidos, en su forma positiva, tienden a probar la culpabilidad (indicios de cargo), mientras que sus contrarios tienden a disculpar al individuo sospechoso o a probar su inocencia (indicios de descargo)”.

Y agrega (Gorphe, 1967, p. 309):

Cuando están reunidas y bien relacionadas, estas diversas clases de indicios, el caso está casi resuelto. De su concurso nace la prueba. Pero si falta alguno sobre un punto importante, sin que esté compensado por otra prueba, subsiste una inseguridad que puede ser suficiente para arrojar una duda sobre la culpabilidad.

#### § 6.2.4.5. Estándares de prueba

La valoración de la prueba por parte del juez debe realizarse sobre la base de un estándar probatorio que le permita evaluar si las pruebas presentadas por las partes son suficientes para determinar si los hechos acontecieron tal como estas sostienen.

Según la doctrina, los estándares de prueba para el proceso penal son dos: el de “la íntima convicción” y el del “más allá de la duda razonable”. Sobre el particular, Jordi Ferrer Beltrán (2007) sostiene que estos presentan dificultades en su aplicación. En este sentido considera:

De acuerdo con el primero de ellos, quien sostenga la acusación en un proceso penal debe producir prueba hasta el nivel de causar la convicción firme del juzgador respecto de la ocurrencia de un hecho delictivo y la autoría del acusado. No se especifica mucho más acerca del concreto nivel probatorio. De forma general, podría decirse que una formulación de este tipo sufre de graves problemas si se la pretende usar como estándar de prueba. En particular, muy someramente, creo que pueden mencionarse tres inconvenientes. 1) La propia formulación parece apelar a “certezas” y, de hecho, a veces se ha usado también la expresión “certeza moral” para referirse a la íntima convicción. El problema es como ya se ha señalado hasta

la saciedad, ningún razonamiento inductivo puede justificar racionalmente conclusiones ciertas [...] 2) Esta concepción de la prueba establece una conexión necesaria y suficiente entre la creencia del juzgador en p y la prueba de p [...] en concreto tiene la indeseable consecuencia de constituir al juez en un sujeto infalible respecto de los hechos (puesto que son, judicialmente, lo que el juez afirma que son) y tiene el problema de conciliar el carácter *all thing considered* de las creencias con el carácter contextual y, por tanto, relativo de los enunciados probatorios (del tipo “Está probado que p”. Finalmente, 3) estando ante un estándar que apela a las creencias del sujeto que decide, este tiene el carácter enteramente subjetivo que hace incontrolable su aplicación. Es más ¿en qué momento la convicción es suficientemente firme para considerar probado un enunciado sobre los hechos? La vaguedad de la apelación a la íntima convicción es tal que podría decirse, más claramente, que no es un estándar de prueba en sentido estricto.

En el derecho anglosajón, en cambio, es habitual desde hace ya un par de siglos formular el estándar de prueba en términos aparentemente más precisos. Así se sostiene que la hipótesis de la acusación debe estar confirmada o corroborada “más allá de toda duda razonable” [...]. Esta fórmula efectivamente, tiene la ventaja de no hacer apelación a certezas de ningún tipo [...]. Es más se reconoce la posibilidad de que una hipótesis probada suscite dudas en el juzgador, siempre que estas no sean razonables. Pero a falta de un criterio de razonabilidad de la duda, esta formulación del estándar de prueba penal no consigue superar los problemas señalados para la íntima convicción que los hacen inservibles como estándares de prueba [...]. Es decir por su vaguedad extrema, no indican un umbral o nivel de suficiencia de la prueba que sea intersubjetivamente controlable. (Ferrer Beltrán, 2007, pp. 144-145)

Para la valoración de las pruebas, el juez puede utilizar el modelo legal o el modelo de prueba libre. En el primer caso, el legislador ha establecido taxativamente el valor de la prueba y el juez debe seguir lo dispuesto en la norma. En el segundo caso, el juez tiene un margen de discrecionalidad para otorgar valor a la prueba y debe actuar sobre la base de criterios razonables y objetivos para no incurrir en decisiones arbitrarias. Cabe precisar que en el modelo de libre convicción se considera que las pruebas legales son insuficientes para que el juez adopte una decisión.

Sobre el particular, Ferrajoli (citado por Gascón Abellán, 2010) refiere que el principio de libre convicción significa lo siguiente:

1) la no presunción legal de culpabilidad en presencia de tipos de prueba abstractamente previstos en la ley;

- 2) la presunción de inocencia en ausencia de pruebas concretamente convincentes de su falsedad;
- 3) la carga para la acusación de exhibir tales pruebas, el derecho de la defensa a refutarlas y el deber del juez de motivar conforme a ellas la propia convicción en caso de condena;
- 4) la cuestionabilidad de cualquier prueba.

Nicolás Schiavo realiza una crítica al sistema de libre convicción y precisa:

La sentencia final persuade, pues resulta evidente que nadie estaría dispuesto a aceptar como justificada una conclusión por la firme convicción de su veracidad, sino que por el contrario, se exige que se afirme que algo está probado cuando la relación entre la prueba y las premisas justifican la aceptación de la conclusión. Lo curioso del caso es que el generalizado funcionamiento del sistema de “libre convicción” obra en sentido contrario, dando por cierto un evento por la confianza subjetiva de que el suceso predicado ha existido como tal en el tiempo. (2015, p. 26)

La decisión que adopte el juez tiene carácter de autoridad pero no implica una verdad absoluta ni exenta de errores. Sobre el particular, Jordi Ferrer Beltrán (2007, p. 41) sostiene:

El reconocimiento de que una decisión produce efectos jurídicos no conlleva necesariamente que deba negarse la posibilidad de que esa decisión sea errónea. Otra cosa es que, por efecto de la cosa juzgada, a partir de un determinado momento la decisión ya no pueda ser discutida jurídicamente.

Asimismo, propone que para considerar probada la hipótesis de la culpabilidad deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

- 1) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles e integrarlos de forma coherente. Las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas.
- 2) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad-hoc*.

Nicolás Schiavo (2015) considera que es necesario contar con un estándar objetivo y propone que este debe construirse siguiendo los pasos mencionados a continuación:

Un primer paso objetivo previo a la posibilidad de valorar se advierte en la construcción misma de la hipótesis de imputación. Es decir, la imputación debe ser una que satisfaga, por sí misma, las condiciones de verificabilidad.

No es posible valorar y afirmar como verídica una hipótesis de imputación que no señala una conducta externamente verificable, que no se corresponda con una norma punitiva, que no resulte reprochable al agente o que —finalmente— no haya materializado su antijuridicidad de manera lesiva.

Cualquier juicio de valoración jurisdiccional está vedado en estos casos.

El segundo paso objetivo previo se vincula a la construcción de la hipótesis de imputación, pero desde una óptica diferente, dispuesta por las condiciones de verificación, y que puede ser conceptualizada del siguiente modo: no es posible valorar como “verdadera” una imputación que no puede también —y alternativamente— ser valorada como “falsa”.

[...] Cabe indicar que esas “pruebas” en que se apoya la hipótesis de imputación, deben ser consideradas como válidas para acreditar cada uno de los extremos invocados.

La primera regla, vinculada a la incorporación de las pruebas en que pretende apoyarse la hipótesis de imputación, es que las mismas hayan sido producidas dentro de lo que se ha dado en llamar “el debido proceso”. (Schiavo, 2015, pp. 33-34)

Siguiendo esta línea, precisa que las pruebas deben ser pertinentes y admisibles al señalar: “Una prueba es pertinente para acreditar un hecho si ella demuestra una conexión entre su aporte y aquello que pretende acreditarse por su intermedio. Por el contrario es admisible si intrínsecamente reúne los requisitos que le son propios” (p. 35).

Por su parte. Paula A. Viale de Gil (2014) refiere que un estándar de prueba no depende de la subjetividad del juez, pues este debe en todo momento justificar sus decisiones.

Un estándar de prueba apropiado no depende de la confianza subjetiva en una hipótesis; al contrario, el estándar de prueba nos dice cuándo la confianza subjetiva está justificada.

El desafío es identificar criterios de suficiencia que, aun manteniendo un umbral elevado de exigencia, no aspiren a la certeza demostrativa que resultaba (en apariencia) de las reglas de prueba legal, ni cuenten con la confesión como “reina de las pruebas”. Resulta claro que la recuperación de la noción de certeza moral o subjetiva —engranaje del viejo contexto normativo— no resulta de gran utilidad para abordar esa tarea (íntima convicción es, por definición, una fórmula subjetiva). (Viale de Gil, 2014, p. 144)

Con relación a la fijación previa de un estándar objetivo, la CSJN ha señalado que es necesario que los jueces sigan un determinado método para valorar las pruebas. Esta postura fue adoptada en el caso Casal, tal como citamos a continuación:

La doctrina en general rechaza en la actualidad la pretensión de que pueda ser válida ante el derecho internacional de los Derechos Humanos una sentencia que se funde en la llamada libre o íntima convicción, en la medida en que por tal se entienda un juicio subjetivo de valor que no se fundamente racionalmente y respecto del cual no se pueda seguir (y consiguientemente criticar) el curso de razonamiento que lleva a la conclusión de que un hecho se ha producido o no o se ha desarrollado de una u otra manera. Por consiguiente, se exige como requisito de la racionalidad de la sentencia, para que esta se halle fundada, que sea reconocible el razonamiento del juez. Por ello se le impone que proceda conforme a la sana crítica, que no es más que la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado.

Que aunque a esta tarea no se la desarrolle siguiendo expresamente cada paso metodológico, el método para la reconstrucción de un hecho del pasado no puede ser otro que el que emplea la ciencia que se especializa en esa materia, o sea, la historia. Poco importa que los hechos del proceso penal no tengan carácter histórico desde el punto de vista de este saber, consideración que no deja de ser una elección un tanto libre de los cultores de este campo del conocimiento. En cualquier caso se trata de la indagación acerca de un hecho del pasado y el método —camino— para ello es análogo. Los metodólogos de la historia suelen dividir este camino en los siguientes cuatro pasos o capítulos que deben ser cumplidos por el investigador: la heurística, la crítica externa, la crítica interna y la síntesis. Tomando como ejemplar en esta materia el manual quizá más tradicional, que sería la *Introducción al Estudio de la Historia*, del profesor austriaco Wilhelm Bauer (la obra es de 1921, traducida y publicada en castellano en Barcelona en 1957), vemos que por heurística entiende el conocimiento general de las fuentes, o sea, qué fuentes son admisibles para probar el hecho. Por crítica externa comprende lo referente a la autenticidad misma de las fuentes. La crítica interna la refiere a su credibilidad, o sea, a determinar si son creíbles sus contenidos. Por último, la síntesis es la conclusión de los pasos anteriores, o sea, si se verifica o no la hipótesis respecto del hecho pasado.

Es bastante claro el paralelo con la tarea que incumbe al juez en el proceso penal: hay pruebas admisibles e inadmisibles, conducentes e inconducentes, etc., y está obligado a tomar en cuenta todas las pruebas admisibles y conducentes y aun a proveer al acusado de la

posibilidad de que aporte más pruebas que reúnan esas condiciones e incluso a proveerlas de oficio en su favor. La heurística procesal penal está minuciosamente reglada. A la crítica externa está obligado no solo por las reglas del método, sino incluso por que las conclusiones acerca de la inautenticidad con frecuencia configuran conductas típicas penalmente conminadas. La crítica interna se impone para alcanzar la síntesis, la comparación entre las diferentes pruebas, la evaluación de las condiciones de cada proveedor de prueba respecto de su posibilidad de conocer, su interés en la causa, su compromiso con el acusado o el ofendido, etc. La síntesis ofrece al historiador un campo más amplio que al juez, porque el primero puede admitir diversas hipótesis, o sea, que la asignación de valor a una u otra puede en ocasiones ser opinable o poco asertiva. En el caso del juez penal, cuando se producen estas situaciones, debe aplicar a las conclusiones o síntesis el beneficio de la duda. El juez penal, por ende, en función de la regla de la sana crítica funcionando en armonía con otros dispositivos del propio código procesal y de las garantías procesales y penales establecidas en la Constitución, dispone de menor libertad para la aplicación del método histórico en la reconstrucción del hecho pasado, pero no por ello deja de aplicar ese método, sino que lo hace condicionado por la precisión de las reglas impuesta normativamente<sup>30</sup>.

#### § 6.2.4.6. Garantías y prohibiciones

Durante el proceso, el juez debe respetar los derechos del imputado y ser cauteloso en la forma de obtener las pruebas para sustentar su decisión. Sobre el particular, Nicolás Guzmán (2011, pp. 123-124) señala lo siguiente:

¿Qué significa decir que los fines del proceso son la actuación de la ley penal y el descubrimiento de la verdad? El proceso, en realidad, es un medio para la realización de un fin, que es la jurisdicción (“decir el derecho”). Podríamos decir que uno de los fines del proceso, *latu sensu*, es posibilitar la actuación de la ley sustantiva en un caso concreto. Sin embargo, decir que el otro fin es el descubrimiento de la verdad y conformarse con ello es en realidad incorrecto. En efecto, podría también decirse que su fin —o, al menos otros de sus fines— es velar porque se cumplan las garantías de los derechos fundamentales de los individuos, a lo que podría agregarse cualquier otro fin que se nos ocurriera como condición necesaria para que la

<sup>30</sup> Casal Matías Eugenio y otros/Robo Simple en Grado de Tentativa. Causa N° 1.681. 20 de septiembre de 2005, fundamentos 29 y 30.

jurisdicción fuera ejercitada de acuerdo a los mandatos constitucionales.

Asimismo, Guzmán (2011, p. 127) precisa que en el proceso penal existen prohibiciones probatorias al señalar:

En algunos casos, las garantías en el proceso penal adoptan formas de prohibiciones probatorias, que son normas que prohíben la realización de determinadas medidas de prueba. En otros casos, las garantías consisten en directrices que regulan de manera estricta la producción de otras medidas de prueba. La inobservancia de esas prohibiciones y directivas acarrea la imposibilidad de valorar las pruebas obtenidas en desconocimiento de ellas.

En cuanto a los límites constitucionales a la adquisición de la prueba, Díaz Cantón (2010) precisa lo siguiente:

- a) La garantía *nemo tenetur se ipsum accusare*, o la prohibición de la coacción para lograr del imputado datos que le son desfavorables que importa su facultad de abstenerse de declarar, la voluntariedad de la declaración y la libertad de decisión del imputado durante dicha declaración, como condición ineludible de su valorabilidad para fundar la reconstrucción judicial del comportamiento atribuido, y
- b) La protección de la intimidad (domicilio, comunicaciones, papeles privados).

Un interpretación progresiva y extensiva de esta última cláusula y en algunos casos también de la primera, debiera tornar operativa la protección respecto de vehículos, efectos personales, ropas, cuerpo humano (tanto en su dimensión externa como interna), comunicaciones telefónicas y conversaciones privadas. Sin embargo, la jurisprudencia en general, especialmente la de nuestros más altos tribunales, se resiste a aceptar con la amplitud necesaria esa extensión. (pp. 58-59)

Daniel R. Pastor (citado por Guzmán, 2011) va más allá y, en una tesis novedosa, propone que la violación de las reglas de garantía que protegen derechos fundamentales del imputado tiene como consecuencia la imposibilidad para el Estado de proseguir con la investigación penal. Agrega que a este principio se lo conoce como *principio de la descalificación procesal del Estado*.

Beling (citado en Guariglia, 2005) consideraba que todos los casos de lo que él llamaba *prohibiciones probatorias* constituían límites al principio de averiguaciones de la verdad. Dentro de ellas distinguía entre las prescripciones que impiden decidir sobre un hecho determinado (prohibiciones probatorias absolutas) y aquellas que se limitan a establecer que un

determinado medio de prueba es inadmisibile (prohibiciones probatorias relativas), pero no el objeto de prueba, que permanece accesible para la persecución penal.

Guariglia –citando a Florian– señala:

La regla general es que todo hecho o circunstancia puede ser probado por cualquier medio de prueba. Frente a esta regla se erigen, sin embargo, excepciones de forma (*thema probationis*) y limitaciones relativas, referidas a los órganos de prueba, a los medios de prueba y al procedimiento probatorio, incluida la operación de valoración de la prueba. Las primeras se refieren a aquellos casos en los que el hecho o la circunstancia a probar está excluido de la posibilidad de ser probado en virtud de una regla jurídica fundada en la defensa de un bien o interés jurídico, que según el ordenamiento jurídico y posee un valor superior que la utilización judicial del medio de prueba para la decisión de un caso concreto. [...]

El segundo conjunto de limitaciones procede también de la ley, pero, a diferencia del primer grupo, no cierra definitivamente el acceso al objeto de prueba, que permanece como tal asequible para la persecución penal y para el juzgador. Las limitaciones relativas, antes bien, o prohíben que un hecho en sí comprobable, lo sea a través de determinados medios (por ejemplo, a partir de la declaración testimonial del pariente próximo del imputado cuando este ejerce su derecho de abstenerse a declarar), o bien que ciertos hechos específicos, establecidos en la ley sean probados a través de ciertos medios, también fijados por la ley (por ejemplo, la edad y los vínculos de las personas, el estado de ciudadanía o los antecedentes penales de las personas). (Guariglia, 2005, pp. 10-11)

Por su parte, refiriéndose a los medios de prueba ya adquiridos, precisa:

Se trata de reglas que pretenden asegurar la adecuada preservación y la integridad de aquellos medios de prueba que han sido adquiridos por la persecución penal [...].

Se trata, entonces, de reglas que pretenden asegurar que los objetos de prueba obtenidos por los órganos de la persecución penal no sean modificados, corrompidos o alterados. En otras palabras, estas disposiciones buscan consolidar un continuo de integridad de la prueba obtenida: se trata de garantizar “con plena certeza” que “las muestras y objetos analizados posteriormente y expuestos tiempo después como elementos de prueba en las diferentes etapas del proceso son los mismos que se recogieron en el lugar de los hechos [...]. Es indispensable, para averiguar la verdad real como la finalidad esencial del proceso, que se garantice con absoluta certeza que los

elementos utilizados como prueba durante el juicio, después de haber sido analizados, son los mismos que se recogieron en el lugar de los hechos (cadena de custodia), máxime si observamos la cantidad de personas que por distintas razones deben manipular dichos elementos. (Guariglia, 2005, pp. 28-29)

Y señala también: “La prohibición de valoración probatoria operaría, así, como una suerte de ‘control de calidad’ de las pruebas recolectadas durante el procedimiento penal, asegurando que solo lleguen al momento de la valoración judicial pruebas de sobrada confiabilidad” (Guariglia, 2005, p. 43).

### § 6.2.5. Motivación de la prueba

El juez debe emitir una sentencia sobre la base de hechos y normas. En este sentido, la decisión de absolución o condena debe contar con fundamentos sólidos. Asimismo, debe dar cuenta de los medios de prueba utilizados para llegar a su decisión.

La motivación es simplemente, al menos en cuanto a la parte probatoria, la expresión de dicha valoración, que es conceptualmente diferente, por tanto, a la misma. De hecho, la valoración en sí misma sigue unas reglas y caminos distintos, [...] y que nada tienen que ver, en realidad, con la técnica de motivación. Por otra parte, la motivación es un concepto que alcanza a la expresión de todos los pensamientos judiciales contenidos en un juicio jurisdiccional, y en cambio la valoración de la prueba constituye solamente uno de esos pensamientos. (Nieva Fenoll, 2010, p. 197)

Precisa también Nieva Fenoll (2010, p. 199):

De todos los medios de prueba que vaya analizando, debe ir extrayendo los hechos que resultan de los mismos. Como resultado, tendrá una exposición de hechos acompañada del medio de prueba en el que se fundan, que le servirá muy eficazmente en la debida elaboración de su motivación. Y es que con ese listado realizado en esos términos habrá conseguido un eficaz y resumen de los actuados.

Es importante precisar que la motivación de las decisiones judiciales implica también la motivación de las pruebas. En el caso de las constataciones y en las pruebas directas, existe la obligatoriedad de motivar; mientras que en los hechos notorios y los hechos admitidos, no es exigible. Según Gascón Abellán (2010), esto obedece a razones diferentes.

La convicción del juez debe formarse sobre los hechos adquiridos ritualmente al proceso que después deben ser motivados. Sobre los

hechos notorios, sin embargo, no pesa esta exigencia: *notoria non eget probatione*. Sin entrar en la problemática de la exacta definición de notoriedad, puede decirse que son hechos notorios los que son conocidos —o pueden ser conocidos— por todos y en consecuencia también por el juez; por ejemplo, el hecho de una inundación, de una epidemia, de un terremoto, de la ruptura de una presa, de un accidente aéreo, de una huelga, etcétera. Ahora bien, debe distinguirse cuidadosamente, la “notoriedad” del “conocimiento privado del juez”; pues la exención de prueba y motivación de aquélla no se extiende a este. Hechos notorios no son los que el juez conoce privadamente, pues estos podrían no ser conocidos por todos. Notorios son aquellos hechos cuya existencia, aun no habiendo sido percibida por el juez directamente, está plenamente acreditada y es de “dominio público”.

No sucede en absoluto lo mismo con los hechos que el juez pueda conocer privadamente. Para que el juez pueda fundar válidamente su convicción sobre estos hechos, no solo deben ser adquiridos al proceso a través de las formas legalmente previstas, sino también justificados, pues si el juez no se viera obligado a ello se estaría dando cobertura al puro decisionismo. (p. 181)

Debemos precisar que la intuición del juez no constituye un elemento de motivación y que si la decisión se basa en esta, se afecta la presunción de inocencia. Sobre el particular, Jordi Nieva Fenoll precisa lo siguiente:

Está empíricamente demostrado que cuanto más complicada es la decisión a tomar, más tendencia existe a acudir a la intuición, básicamente porque el sujeto sabe, en primer lugar, que no puede captar todos los detalles del caso concreto a decidir; en segundo lugar, porque los datos en un contexto complicado suelen ser poco o nada explícitos —como sucede en las situaciones de insuficiencia de prueba—; y en tercer lugar porque existe la extendida creencia de que en ese tipo de situaciones, hasta el más pequeño error puede provocar el desacierto de la decisión. [...]

Y por ello, ante la necesidad de decidir, se ve impulsado a seguir la intuición, lo que supone prescindir de la presunción de inocencia y hasta de los pocos indicios que puedan extraerse de la prueba practicada. (p. 206)

### § 6.3. Pruebas para determinar la responsabilidad del cónyuge imputado

La responsabilidad penal del cónyuge no conviviente denunciado se determina sobre la base de la valoración que el juez hace de las pruebas.

Dentro de los elementos que tiene a su alcance, podemos mencionar el testimonio y las pericias psicológicas realizadas en el proceso.

### § 6.3.1. Testimonio del menor

Los niños tienen la facultad de dar su testimonio en un proceso penal. Este derecho está reconocido en el artículo 241 del Código Procesal Penal de la Nación.

#### *Artículo 241*

*Toda persona será capaz de atestiguar, sin perjuicio de la facultad del juez para valorar el testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica<sup>31,32</sup>.*

31 Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

*Artículo 121. Deber de testimoniar. Capacidad.*

*Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento para informar sobre lo que sabe o de poner como testigo y el deber de declarar la verdad de cuanto sugiere y le fuere preguntado, salvo las excepciones establecidas por la ley.*

*Toda persona será capaz de atestiguar sin perjuicio de la posterior valoración del testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica.*

*Podrán declarar por oficio el Presidente y Vicepresidente de la República, sus ministros y secretarios de estado, los gobernadores y vice gobernadores, ministros y secretarios de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los legisladores nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los integrantes de los poderes judiciales y ministerios públicos nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.*

*En caso de que un funcionario o magistrado de los citados en el párrafo precedente decidiera declarar por oficio, se le remitirán las preguntas y deberán ser contestadas en el menor tiempo posible, bajo juramento de decir verdad y convención sobre si le comprenden las generales de la ley.*

32 Texto ordenado del Código Procesal Penal Federal aprobado por la ley 27.063.

*Artículo 158. Derechos y obligaciones del testigo. Capacidad para atestiguar. Desde el inicio del proceso penal y hasta su finalización, al testigo se le garantizará el pleno respeto de los siguientes derechos:*

- a. A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes;*
- b. Al pago de los gastos de traslado al lugar donde la autoridad competente designe;*
- c. A la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia;*
- d. A ser informado sobre los resultados del acto procesal en el que ha participado;*
- e. Si se tratare de una persona mayor de SETENTA (70) años, mujer embarazada o enfermo grave, a cumplir con el acto procesal en el lugar de su residencia o internación; tal circunstancia deberá ser comunicada a la autoridad competente con la debida anticipación.*

*El testigo no tendrá la obligación de declarar sobre hechos que le puedan acarrear responsabilidad penal.*

*Los derechos reconocidos en este artículo deberán ser enunciados por el órgano competente al momento de practicar la primera citación del testigo.*

*Toda persona será capaz de atestiguar y, cuando no concurren las excepciones previstas en la ley, tendrá la obligación de comparecer si fuere citada para declarar la verdad de cuanto conociere y le fuera preguntado; no podrá ocultar hechos o circunstancias que guarden relación con la investigación.*

Sobre la duda en cuanto a la aceptabilidad del testimonio del niño en un proceso judicial, Inés Lucero (2011) sostiene lo siguiente:

Esta duda responde a que naturalmente los menores presentan limitaciones que lo distinguen de las personas adultas tales como memoria (en particular, episódica), conocimientos previos (fundamentales para relatar la experiencia), limitaciones en el lenguaje; sosteniendo también algunos especialistas que no saben distinguir los hechos reales de los imaginados, que no comprenden el deber de decir la verdad frente a los funcionarios judiciales y que son altamente sugestionables.

Debe sumarse a aquella problemática el hecho de que el testimonio generalmente recae sobre sucesos que en su gran mayoría transcurren en la más absoluta intimidad, motivo por el cual la declaración del menor es en muchos casos la prueba fundamental y única en el proceso penal; unido a las circunstancias de que no en pocas ocasiones son presuntamente cometidas por personas con las cuales los liga un lazo afectivo importante. (p. 23)<sup>33</sup>

Sobre el particular, consideramos que la validez del testimonio de los niños debe analizarse en función al caso concreto. En este sentido, reproducimos los extractos jurisprudenciales citados por Lucero (2011, p. 28):

Dable es recordar respecto al testimonio de los niños que no puede estarse a reglas inmutables o preestablecidas porque todo proceso es como un caso clínico que requiere su diagnóstico y su terapia. Tan grave me parece asentir la postura de Renán al decir “Que el más grave error de la justicia es creer en el testimonio de los niños” como adherirse a aquellos que piensan que los niños siempre dicen la verdad. Hay bastante de cierto en que el niño capta fácilmente los detalles, que un defecto ordinario suele ser que hacen notar más las semejanzas que las desemejanzas, que puede haber desplazamiento de percepciones, etc. Es que la imaginación en el niño es a veces muy grande y tiene una extraordinaria emotividad. Hay a veces también por su limitada experiencia, egocentrismo, sugestionabilidad y fantasía, por ello la regla de oro es no aterrorizar al niño. Por lo cual debe actuarse en casos como estos con prudencia y sin ser circunspectos, pero ello no significa rechazar de plano los testimonios de niños que muchos prodigan.

El Tribunal Supremo Español se ha pronunciado en varias oportunidades por la validez del testimonio del menor, en especial en los casos de abuso sexual en los cuales muchas veces solamente se cuenta por

---

33 Cámara Sexta del Crimen de Córdoba, 26/10/2005 en autos “Alegre, Roberto Alejandro y otro p.s.a. Promoción a la Corrupción de Menores Calificada Agravada por el art. 41 bis”.

la versión proporcionada por aquel. No obstante, ha fijado una serie de criterios a los efectos de valorar la credibilidad de la declaración del menor. Sostuvo que la declaración de la propia víctima es válida “para enervar, por sí sola, el derecho a la presunción de inocencia del acusado, máxime en el enjuiciamiento de conductas como la que es objeto de estas actuaciones, caracterizadas, en la práctica totalidad de los casos, por la clandestinidad de su producción y, por ende, por la dificultad de su probanza a través de medios externos a los propios implicados directamente en los hechos. Es, no obstante, respecto de esa suficiencia de tal prueba en supuestos como el que aquí nos ocupa, en los que la doctrina de este Tribunal viene insistiendo en una serie de criterios cuya concurrencia determina la credibilidad de la versión del declarante y su suficiencia incriminatoria. Una vez más hemos de recordar que no se trata con ello de enmendar la actividad valorativa llevada a cabo por el juzgador de instancia, sino de ofrecer, de una parte, el precedente de los elementos que este a de tener en cuenta a la hora de medir la exigencia necesaria para otorgar bastante eficacia a esa prueba y, de otra, ya ubicados en este cauce casacional, de posibilitar el debido control de la correcta aplicación de esos criterios, en tutela del fundamental derecho a la presunción de inocencia que el acusado ampara. Y así tal criterios o requisitos reiteradamente mencionados, son: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/ acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; b) verosimilitud, es decir, constatación de la concurrencia de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio ( declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso) sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110, LECrim) o, cuando menos, la inexistencia de datos de tal carácter objetivo, que contradigan la veracidad de la versión de la víctima; y c) persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, ya que la única posibilidad de evitar la situación de indefensión del acusado que proclama su inocencia, es la de permitirle que cuestione eficazmente la declaración que le incrimina, poniendo de relieve aquellas contradicciones que valoradas, permitan alcanzar la conclusión de inveracidad<sup>34</sup>.

34 Sentencia 349/07 del 30/4/2007 citada en Lucero (2011, pp. 25-26).

Para Inés Lucero (2011, p. 21):

La necesidad de recurrir a conocimientos especializados para valorar los dichos de una persona, se debe a la circunstancia de que el testimonio es un dato complejo, un producto psicológico, por lo que corresponde analizar si su formación ha sido correcta en virtud de que en él intervienen diferentes factores, los cuales son estudiados principalmente por las ciencias psicológicas y médicas.

Jordi Fenoll (2010, p. 214) señala: “La psicología del testimonio estudia la credibilidad de las declaraciones, tratando de detectar las mentiras y señalando los diferentes móviles que pueden hacer que un declarante aporte esas falsedades al proceso”. Asimismo, según el citado autor, los tres aspectos de la psicología del testimonio que más interesan son:

- a) La técnica de obtención de declaraciones, porque aporta una experiencia valiosísima basada en resultados corroborados, bien en estudios de campo, bien en la medida de lo posible en la práctica judicial.
- b) Ayuda a detectar la mentira a través de aspectos objetivos.
- c) Aporta una importante serie de datos a los efectos de practicar correctamente los reconocimientos de personas, en rueda desde luego, pero también a través de las fotografías.

Giulianna Mazzoni (2010) refiere que los adultos ejercen autoridad en los niños, motivo por el que se deben adoptar los mecanismos necesarios para influenciar y direccionar las declaraciones de los niños:

Sabemos que en los casos de sospecha de abuso sexual, las preguntas siempre las hacen los mayores, investidos ante los niños como figuras de autoridad, o al menos, así lo ven los pequeños. Quería recordar que, si bien es cierto que un adulto es percibido como figura de autoridad, y tanto más cuanto más ejerce de “adulto”, también la persona que se relaciona con el niño por medio del juego es percibida como tal. La variable “autoridad”, con el riesgo que implica de mayor capacidad de sugestionar, no disminuye en el caso de entrevistas o interrogatorios con niños, ni siquiera cuando se intenta eliminar esta diferencia mediante el juego. Por esa razón, algunos expertos en entrevistas con niños de quienes se sospecha que han sido víctimas de abuso, aconsejan comportarse de manera honesta con ellos, de adulto a niño, declarando el motivo del encuentro y formulando simplemente las preguntas de un modo correcto para no inducir al niño a dar respuestas complacientes, o de manera que no sugieran informaciones añadidas, probablemente falsas. Hay que utilizar en estos casos un lenguaje comprensible para el niño, pero no intentando nunca hacerse pasar por lo que no es. (p. 90)

Ante la pregunta de qué tan creíbles con los niños como testigos, para Mónica Atucha (1998) existen dos maneras de interpretarla:

Primero cómo son percibidos los testimonios de los niños por los miembros del tribunal. Segundo, qué tan bien pueden los niños recordar y verdaderamente rememorar un evento que han presenciado. Si bien debemos centrar nuestra visión en la primera cuestión, algunas discusiones versarán en la actual capacidad de los testigos y no en el componente de verdad que sus testimonios presenten. En síntesis, debemos abocarnos a las situaciones a las que podamos asumir que el testigo no engañará al que escucha su relato. Esto no quiere decir que los niños no mientan, pero el énfasis debe recaer en la percepción y en las actuales habilidades de los niños para recordar eventos y comunicarlos a otras personas. [...]

Es pues, imprescindible, contar con una información detallada del menor testigo como sus necesidades, etapa de desarrollo, aprendizaje u otras dificultades o circunstancias domésticas. Si la información no estuviera disponible el juez deberá posponer el juicio hasta obtener la misma. (pp. 1.298-1299)

Asimismo, con relación al rol que juega en el juzgamiento la percepción de credibilidad en los testimonios de los niños, precisa:

Se ha determinado que juegan un papel preponderante cuando los jueces deben evaluar testimonios transcritos o la visión de actores recitando un testimonio preparado. Sin embargo, en los casos actuales, el tribunal requiere la presencia y los auténticos, quienes deberán usar sus propias palabras para describir lo que presenciaron. (Atucha, 1998, pp. 1.299-1.300)

En cuanto a la pertinencia del testimonio, Schiavo (2015, p. 51) señala:

Al igual que acontece con el principio de cientificidad, cuando se trata de analizar un estándar probatorio de admisibilidad de la prueba pericial, antes de que se encuentre disponible cualquier posibilidad de valoración, el principio aplicable a los testimonios (no puede ser simple ni de oídas), también opera de manera previa como un test objetivo que clausura cualquier posibilidad de aplicar un juicio subjetivo de ponderación sobre la credibilidad de los dichos.

Toda persona que se presenta a suministrar una información que ha de ser ponderada en el juicio como evidencia, lo hace en calidad de testigo, pero esa información únicamente será pertinente cuando la misma concorra con otras evidencias equivalentes.

Debemos señalar que para determinar la responsabilidad penal del acusado es necesario que las pruebas sean suficientes y no generen algún

margen de duda en el juzgador. En este sentido, Sancinetti (2010, p. 995) señala: “Los dichos de personas son una base endeble para asentar una sentencia condenatoria si no están acompañados de indicios objetivos corroborantes. Los dichos, por sí solos, pueden rezar hoy de un modo, mañana de otro, y los jueces –de tenerlos por válidos– se atenderán hoy a la situación X, mañana a la Y, sin que el mundo objetivo haya variado en nada”.

Y agrega que la existencia de un testigo único no es suficiente para determinar la culpabilidad del denunciado. En este sentido, en un trabajo posterior refiere lo siguiente:

Habría que reverdecer la máxima de que el testigo único no es suficiente para constituir una prueba, mucho menos si ese testigo “es parte del proceso”. La palabra “víctima” que en los últimos 25 años ha tenido un notorio “prestigio” en el sistema del derecho penal es la trampa del “principio de inocencia”. Ella es la menos autorizada para crear por sí misma “la prueba” de un hecho punible. Contra eso no se puede argumentar sobre la base de la “libre valoración de la prueba”. En primer lugar, porque eso implica una *petitio principii* (un argumento circular), pues primeramente habría que demostrar que tal palabra “es una prueba”. En segundo lugar, porque la libre valoración de la prueba –tal como ya lo dijo el jurista Savigny a mediados del siglo XIX, como ministro de justicia prusiano– no puede infringir las “leyes del pensamiento” ni la máxima de la experiencia”. Pero, entonces, mientras la Psicología de la declaración no pueda aportarnos un sistema de “análisis de validez de la declaración” que esté muy por encima de un 70% de probabilidad de acierto, condenar sobre la base de un solo testigo y adosarle a esto que uno logra “la convicción subjetiva” por esa vía, siempre infringirá “una máxima de experiencia” a saber: que no se puede llegar a la seguridad, más allá de toda duda razonable de que la declaración sea veraz. (Sancinetti, 2010, pp. 4-5)

### § 6.3.2. Suficiencia de la pericia psicológica

En palabras de Mittermaier (1979, p. 205):

La pericia es un medio de prueba cuya característica más relevante es la de que se trata de la intervención de una persona que, en principio, es ajena a la actividad procesal (con lo que se diferencia de las partes interesadas en el proceso), y en otro aspecto, aun cuando reúne la condición de tercero (nota común con el testigo), su apreciación tiene lugar a través de un encargo procesal que recibe al

efecto (diferenciándose así del testigo que apareció directamente los datos de modo extraprocesal).

Para el citado autor, la intervención de peritos tiene lugar siempre que en una causa criminal se presentan ciertas cuestiones importantes, cuya solución, para poder producir convencimiento en el ánimo del juez, requiere el examen provisto de aptitud y de conocimientos facultativos y especiales.

Es, pues, necesario:

1. Cuando se trata de investigar la existencia de ciertos hechos, cuya averiguación, para que sea bien hecha, exige necesariamente los conocimientos técnicos de que acabamos de hablar; por ejemplo, cuando el examen debe recaer sobre las señales de la virginidad o sobre la existencia del veneno en el cuerpo.
2. Cuando haya de decidirse acerca de la naturaleza o cualidades de ciertos hechos.
3. Cuando la base de la sentencia debe principalmente apoyarse en la admisión de un hecho como posible o probable; tal sería el caso en que un testigo afirmara ciertos hechos, ciertas relaciones de hecho, y el en que el acusado alegara la existencia de algunas circunstancias accesorias del crimen, cuya demostración podría por sí sola acreditar la sinceridad de su confesión.
4. Cuando de los hechos demostrados se trata de deducir sus consecuencias, las conclusiones que solo puede suministrar el profesor.

En el proceso penal, el juez tiene la facultad de solicitar la realización de pericias psicológicas a fin de valorar el testimonio de la presunta víctima. Esta facultad está reconocida en las diferentes legislaciones procesales. En el caso del Código Procesal de la Nación el artículo 253 establece lo siguiente:

*Artículo 253. El juez podrá ordenar pericias siempre que para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia pertinente a la causa, sean necesarios o convenientes conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica<sup>35,36</sup>.*

<sup>35</sup> Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

*Artículo 129. Oportunidad. El/ la Fiscal ordenará informes periciales durante la investigación preparatoria cuando los considere necesarios para fundar sus peticiones.*

<sup>36</sup> Texto ordenado del Código Procesal Penal Federal aprobado por la ley 27.063.

*Artículo 167. Procedencia. Si para conocer o apreciar un hecho resultaran necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica, las partes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza en cuyo caso deberán acompañar los elementos que acrediten la idoneidad profesional de aquellos.*

En cuanto a las características del dictamen y su valoración, el artículo 263 del citado cuerpo legal, establece:

*Artículo 263. El dictamen podrá expedirse por informe escrito o hacerse constar en acta y comprenderá en cuanto fuera posible:*

- 1. La descripción de las personas, lugares, cosas o hechos examinados en las condiciones en que hubieren sido hallados.*
- 2. Una relación detallada de todas las operaciones practicadas y sus resultados.*
- 3. Las conclusiones que formulen los peritos conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica.*
- 4. Lugar y fecha en que se practicaron las operaciones. El juez valorará la pericia de acuerdo con las reglas de la sana crítica<sup>37,38</sup>.*

Uno de los argumentos de los psicólogos en los casos de denuncias por abuso sexual es que el niño dice la verdad y que no tienden a fabular. Esta afirmación puede llevar a que los jueces condenen a personas inocentes cuando el niño no dice la verdad y su discurso sea producto de la manipulación que hace el cónyuge conviviente. Sobre el particular, Sancinetti (2010, p. 958) precisa lo siguiente:

En efecto, muchas sentencias que condenan al acusado a severísimas penas de prisión son dictadas sin otro sustento que la denuncia del niño —en ocasiones ya crecido— que dice haber sido abusado por el papá, padrastro, abuelo u otro de la familia, sobre todo después de

---

37 Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

*Artículo 134. Contenido del dictamen pericial. El dictamen pericial podrá expedirse por informe escrito o constar en acta y comprenderá:*

- 1. La descripción de las personas, lugares, cosas o hechos examinados en las condiciones en que hubieren sido hallados.*
- 2. Una relación detallada de todas las operaciones practicadas y sus resultados.*
- 3. Las conclusiones que formulen los peritos conforme a los principios de sus ciencia, arte o técnica.*
- 4. Lugar y fecha en que se practicaron las operaciones.*
- 5. Firma.*

*Cuando por sus características el peritaje fuera irreproducible, sus desarrollo deberá ser grabado o firmado.*

38 Texto ordenado del Código Procesal Penal Federal aprobado por la ley 27.063.

*Artículo 170. Dictamen pericial. El dictamen será fundado y contendrá, de manera clara y precisa, una relación detallada de las operaciones practicadas y sus resultados, las observaciones de las partes o de sus consultores técnicos y las conclusiones que se formulen respecto de cada tema estudiado. Los peritos podrán dictaminar por separado en caso de que exista diversidad de opiniones entre ellos. El dictamen se presentará por escrito firmado y fechado, sin perjuicio de la declaración en las audiencias.*

*ARTÍCULO 172. Peritajes especiales. Si debieran realizarse diferentes pruebas periciales a niños, niñas y adolescentes o personas afectadas psicológicamente, se procurará concentrar la actividad de los peritos, ordenando que actúen conjunta e interdisciplinariamente.*

una fractura matrimonial, a lo que se unen eventualmente los dichos de la madre, que sostiene que ella “está segura de la comisión del abuso”, que “ha detectado trastornos recientes en la conducta del niño”, con más un dictamen pericial hecho por “expertos en psicología o psiquiatría” que dice que el niño “no tiene tendencia a fabular” o a la mitomanía.

Y precisa también: “Los jueces quieren basar una condena en la valoración que hace un psicólogo, que tiene la misma falta de conocimiento sobre la verdad de lo ocurrido que tiene el propio juez. Pero así, este descarga su responsabilidad en los dichos estereotipados del psicólogo, transformado en “brujo de adivinación” (Sancinetti, 2010, p. 959).

Cabe precisar que el dictamen pericial no es infalible, ya que este podría contener imprecisiones o contradicciones. Sobre el particular, Jordi Nieva Fenoll (2010, p. 304) precisa:

El dictamen pericial es un medio de prueba exactamente igual a los demás en cuanto a la credibilidad que merezca, que debe ser analizada por el juez. Se ha dicho con reiteración que el perito simplemente suministra al juez, los conocimientos técnicos que a este le faltan. Y ojalá fuera solamente así. Pero es que tratándose el perito de un ser humano, el mismo no se limita a ofrecer al juez su conclusión, sino que intentará convencerle de la bondad de su parecer, aunque sea solamente ofreciéndole una impresión de rigor y objetividad en la expresión de su dictamen, con la que intente ganarse el perito una imagen de profesionalidad ante el juez.

Por eso no se puede mirar al experto como un libro abierto que aporta objetivamente los resultados de su ciencia, porque rara vez es así. Desde el momento en que esos resultados son interpretables y esa interpretación la lleva a cabo un ser humano, el dictamen pericial no puede ser tratado como una exposición acrítica de conocimientos técnicos, sino como un relato acerca de lo acaecido en el caso que se plantea el perito.

El contenido de la pericia psicológica no debe considerarse como equivalente a la verdad en los casos de abuso sexual. Si bien el psicólogo ofrece información sobre la base de la declaración del niño, es el juez quien debe determinar su pertinencia dentro del proceso. Con relación a este punto, Sancinetti (2010, p. 995) sostiene:

Especialmente en casos de abuso sexual de menores, los procedimientos usuales suelen estar viciados de múltiples modos. Esto es cuando los evaluadores asumen el rol de validadores o cuando en la génesis de la declaración se puede presumir una actuación sugestiva

de adultos sobre la declaración de la presunta víctima. Cuando así sucede, la declaración no puede ser tenida en cuenta.

Siguiendo esta línea, Nicolás Schiavo (2015, p. 51) precisa:

La cuestión referida a que el dictamen pericial psicológico pueda ser utilizado como un elemento de validación de verdad del relato de abuso sexual, que a su vez satisfaga un estándar superior al de la *simple denuncia*, resulta completamente diferente. En este caso se cuenta con una misma declaración (*denunciante*) reiterada en el tiempo, ya sea a amigos o familiares, que señalan que el denunciante “les dijo que [...]”, del mismo modo que el psicólogo procede a escuchar esas manifestaciones. El juicio de ponderación subjetiva que asume el psicólogo, y que lo lleva a dar por verídico el relato no constituye prueba alguna, del mismo modo que no es prueba de hecho la “certeza moral” que pueda tener el juez al momento de decidir; por el contrario, el uso de conocimientos técnicos aplicados al relato e historia vital de quien formula la denuncia puede superar un estándar mínimo, en tanto esos “conocimientos técnicos” cumplan el *test de cientificidad*.

El citado autor expone la problemática para determinar la suficiencia de las pruebas en las denuncias de abuso sexual y señala que las condenas son producto de decisiones basadas en la subjetividad del juez. Para ello menciona pronunciamientos del TCBA en diferentes causas.

Esta situación ha generado una amplia polémica en los últimos años, pues en muchas jurisdicciones las investigaciones por denuncias de abuso sexual se han estandarizado de un modo alarmantemente subjetivo, de tal forma que –incluso para condenar– pareciera resultar suficiente contar con la imputación y con la concurrente validación del perito psicólogo indicando que el declarante “no fabula” y resulta “creíble en sus dichos”. Por este sendero, en que se considera como prueba la reiteración de la “simple denuncia” formulada a muchas personas, cabe mencionar lo resuelto por la Sala Segunda del TCBA, al decir: “Que las víctimas menores de edad –en el caso, 3 y 4 años– no declaren en el debate o en cualquier otro acto formal de la investigación, no necesariamente excluye la posibilidad de arribar a un convencimiento razonado a cerca de la imputación; más aún cuando no existe razón para dudar de la veracidad de los testimonios de los padres que declararon en el debate y de las profesionales que trataron a los niños que también oyeron de ellos manifestaciones similares y advirtieron síntomas concretos de abuso sexual<sup>39</sup>.”



---

39 TCBA, Sala II, 18/2/10, CAUSA 35-561, RSD 161-10.

Si bien este criterio ha sido parcialmente restringido por la Sala III del mismo Tribunal, en el voto del doctor Carral, cuando señala que: “en el delito de abuso sexual contra menores de edad, un perito puede declarar sobre si el niño presenta las características del síndrome de abuso sexual e inclusive dar su opinión sobre si ese niño ha sido víctima de tal hecho, pero no puede declarar si el mismo dice la verdad”<sup>40</sup>, la limitación se queda a mitad de camino, pues si bien es cierto que se pone de manifiesto que la reiteración de una declaración no la ubica en un lugar superior al de “simple denuncia”, aunque ella sea formulada ante un licenciado en psicología, no se establece ninguna regla de admisibilidad vinculada a la cientificidad del “síndrome de abuso sexual”, en los términos exigidos por “Daubert”, ni se asume adecuadamente los riesgos asociados que este proceder presenta en los términos fijados en el mencionado caso “Perry”<sup>41</sup>.



Para Schiavo (2015), es necesario que las pericias psicológicas reúnan criterios de cientificidad. En este sentido, sostiene que en estas deben incorporarse los criterios adoptados por la jurisprudencia norteamericana para limitar la subjetividad del juez. En este sentido, desarrolla y precisa los alcances establecidos en el caso “Daubert”.

El caso *Dubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals* versaba sobre severos defectos físicos que presentaban algunos bebés al nacer (malformaciones congénitas), con relación a dos mujeres que habían ingerido el medicamento “Bendectin” durante el curso del embarazo con el propósito de reducir las náuseas. El accionante había interpuesto una acción de clase contra la empresa Merrel Dow Pharmaceuticals, alegando que determinadas pruebas de laboratorio, y otras realizadas en animales vivos, daban cuenta de que el “Bendectin” causaba esa clase de afecciones; por su parte, la demandada alegó que no existían estudios científicos que permitieran afirmar que las malformaciones congénitas tuvieran relación alguna con la ingesta de ese medicamento, agregando un estudio realizado por Steven H. Lamm, sobre la base de 130.000 pacientes que habían ingerido “Bendectin” durante los tres primeros meses de embarazo, que acreditaba que no era posible sustentar que los componentes del mismo, tuvieran un factor de riesgo de malformaciones en el feto.

40 TCBA, Sala III, 1/2/11, Causa 44-244, RSD 21-11.

41 De hecho, en los últimos años se ha generado –en el campo de la psicología– un profundo debate con respecto a la especificidad de un test destinado a certificar la presencia de ese síndrome, como también con respecto a los riesgos asociados a utilizar la denuncia de abuso como una herramienta de dominación de los hijos en casos de disolución familiar conflictiva (al respecto, ver Aguilar Cuenca, *SAP; Síndrome de alienación parental: hijos manipulados por un cónyuge para odiar a otro*, 2009).

La Corte Estatal rechazó la demanda indicando que no existía evidencia científica suficiente, generalmente aceptada como válida, que permitiera afirmar la relación causal entre la ingesta de esa droga y las afecciones producidas. (Schiavo, 2015, pp. 40-41)

En este caso, la Corte estableció los siguientes requisitos para dotar de científicidad a la información suministrada

1. La teoría científica debe ser controlable y falseable.
2. Se debe determinar —*ex ante*— el porcentaje de error asumido en la técnica empleada.
3. El procedimiento debe poder ser controlado por otros expertos, de forma presencial, es decir, tiene que tener una revisión de pares (*peer review*).
4. Debe existir en la comunidad científica un generalizado consenso sobre la pertinencia del método utilizado y de las conclusiones arrojadas por su aplicación.
5. Finalmente debe existir una relación directa entre el método empleado y aquello que pretende acreditarse en el proceso.

Estos requisitos fueron ampliados en el caso *Robinson v. E. I. DuPont* al proponer las siguientes preguntas:

1. ¿En qué grado la técnica se basa en la interpretación subjetiva del experto?
2. ¿Qué aplicaciones y usos no judiciales se ha derivado de esta teoría?

Para Schiavo (2015, p. 41): “Los efectos de ‘Daubert’ y los numerosos pronunciamientos estatales asociados a esas reglas condujeron a que la Corte Suprema estableciera que los jueces son quienes deben decidir previamente qué clases de evidencias son admitidas como prueba científica en el proceso”.

Por su parte, Jordi Nieva Fenoll (2010) sostiene que el juez debería centrar su atención en los siguientes puntos del dictamen:

(Ver cuadro en página siguiente).

1	Que las técnicas y teorías científicas utilizadas para obtener datos y conclusiones han sido aplicadas previamente, son relevantes y están generalmente aceptadas por la comunidad científica internacional.	<p>Mención de las publicaciones de calidad en las que habrían visto la luz esas técnicas y teorías para ser utilizadas, aunque se trate de manuales de la disciplina, si no existen esas publicaciones tan especializadas.</p> <p>Si no hay publicaciones o bien el examen pericial es tan frecuente que no resulta acreditarlo de ese modo, hay que justificar al menos que la técnica utilizada es de uso regular en la práctica científica, industrial o profesional.</p> <p>Es preciso que el perito haya descrito pormenorizadamente el procedimiento de análisis que llevó a cabo, así como que utilizó el instrumental especializado adecuado para el examen.</p>
2	Que las técnicas utilizadas se han aplicado según los estándares y normas de calidad vigentes.	<p>Las profesiones que aportan dictámenes al proceso poseen estas normas en sus criterios deontológicos o bien incluso en pequeños manuales de uso.</p> <p>El dictamen tiene que hacer mención de estas normas para que el juez pueda comprobar que, realmente, se siguieron tales estándares y normas de calidad.</p>
3	Que el dictamen contenga información sobre el posible grado o nivel de error y también el nivel o gradación de variabilidad e incertidumbre de los datos obtenidos por la citada técnica o teoría científica.	<p>Cuando sea procedente, el dictamen debe contener información estadística contrastable sobre el acierto de sus resultados. El contraste puede ser aportado con publicaciones que contengan estudios sobre la misma técnica utilizada en el dictamen. Ello es bastante común en las ciencias experimentales, por lo que no debería suponer mayor esfuerzo para el perito aportar los datos.</p>
4	Que el dictamen se base en suficientes hechos y datos.	<p>El perito debe acreditar que su examen no fue ejecutado superficialmente, sino que la recogida de muestras y evidencias fue realizada debidamente.</p>

## § 6.4. Jurisprudencia

### **Juez debe valorar conjuntamente el testimonio de la víctima conjuntamente con otros elementos probatorios**

Ninguna duda cabe que en el marco del actual sistema probatorio, de libres convicciones razonadas sujeta al cartabón de la sana crítica, “un único testimonio puede conducir, en consonancia con otros elementos, a un coherente cuadro acerca de la reconstrucción histórica de lo ocurrido, más aún cuando no existen en la causa otros elementos que permitan demostrar que el razonamiento empleado por el sentenciante resulta falaz, o que la valoración hubiera reposado en apreciaciones puramente subjetivas” (conf.: Sala 1<sup>a</sup>, sent. del 13/4/2000 en causa 456, “Ruíz”). Empero, el necesario filtro de la sana crítica (Sala 1<sup>a</sup>, sent. del 24/5/1999 en causa 69, “Andueza”; ídem del 1/10/1999 en causa 479, “Córdoba”; ídem del 29/6/2000 en causa 782, “Zárate”; ídem del 11/7/2000 en causa 807, “Fresart”) que debe operar aguzadamente cuando la deposición es única —en la medida en que existe peligro latente de producir un decisorio que sea fruto de un interés y no de la justicia— no puede conformarse con la limitada evaluación de la credibilidad y poder suasorio que transmite el compareciente juramentado en la audiencia de debate —porque de esa forma existiría el peligro que los actores de cine y teatro se transformaran en paradigmas de credibilidad con independencia de la conformidad de sus dichos con la verdad—, sino con mucho más como es tener en cuenta los intereses, objetivos y creencias que pueden teñir y transformar la verdad en algo subalterno y sometido a las conveniencias personales. Y esto no ha sido hecho por el tribunal de grado, actuando la mayoría como mero poder homologador de la pretensión de la víctima.

**Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala I, L., C.B, 19/05/2005. Cita Online: 35002609.**

### **Ante la imposibilidad de conseguir testimonios directos en los delitos contra la honestidad el juez puede reconstruir los hechos sobre la base de indicios y rastros**

Permítaseme citar fallos en los que subsume —a mi juicio— con holgura la situación de autos: “En este tipo de delitos es casi imposible conseguir testigos directos del hecho, debiendo basarse el magistrado en las declaraciones de la víctima, de las personas que tomaron conocimiento de lo acontecido a través de sus dichos y en las conclusiones a las que arriban los expertos en las respectivas pericias, debiendo el magistrado reconstruir el hecho a través de todo

rastro, vestigio o indicio, de lo contrario, la ausencia de testigos determinaría la impunidad del encausado, inclusive sostuvo la Corte Suprema que la prueba en los delitos contra la honestidad es de difícil recolección pero no de imposible investigación” (CNac. Crim. y Corr., Sala 5ª, 13/5/97 - “Radaelli, S.”; CNac. Crim. y Corr., Sala 4ª, 30/5/2002 - “Machado, Julián”; ídem Sala 4ª, 23/12/2002 - “Baliño, M.”, JPBA 121-96, LNO 70005673).

**Cámara en lo Criminal de la Nominación de Catamarca 1ª Nom, Liza, Julio C, 29/03/2006. Cita Online: AR/JUR/ 1716/2006).**

### **Juez puede alcanzar la certeza sobre la base de indicios unívocos**

Sobre el punto, es menester recordar —al igual que lo hacen ambos votos— que no hay óbice alguno a la posibilidad de alcanzar la certeza en base a prueba indirecta, ya que hoy en día no se discute que los indicios tengan tal aptitud, con la condición que sean unívocos y no anfibológicos.

**Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Penal, sent. 41 del 27/12/1984, “Ramírez”; A. n. 109, 5/5/2000, “Pompas”; A. n. 397, 18/10/2001, “Tabella”; A. n. 176, 7/6/2002, “López”, entre muchos otros.**

### **Juez debe realizar una valoración conjunta de los indicios**

Al tiempo, en reiteradas ocasiones esta sala ha advertido que su valoración exige una consideración conjunta y no un examen separado o fragmentario, puesto que la meritación independiente de cada indicio desnaturaliza la esencia que es inherente a este tipo de prueba (Trib. Sup. Just. Córdoba, sent. 45 del 29/7/98, “Simoncelli”; Al. n. 205, 11/8/1998, “Capdevila”; A. n. 49, 4/3/1999, “Galeano”; A. n. 109, 5/5/2000, “Pompas”; A. n. 517, 19/12/2001, “Carnero”; A. n. 95, 18/4/2002, “Caballero”; sent. 97, del 29/9/2003, “Paglione”; entre muchos otros).

Así lo ha dicho el más alto tribunal de la Nación: “cuando se trata de una prueba de presunciones ... es presupuesto de ella que cada uno de los indicios, considerados aisladamente, no constituya por sí la plena prueba del hecho al que se vinculan —en cuyo caso no cabría hablar con propiedad de este medio de prueba— y en consecuencia es probable que individualmente considerados sean ambivalentes” (Corte Sup. “Martínez, Saturnino”, 7/6/1988, Fallos 311:948; conf. Trib. Sup. Just. Córdoba, Sala Penal, sent. 45 del 28/7/1998, “Simoncelli”; A. n. 32, 24/2/1999, “Vissani”, A. n. 520, 26/12/2001,

“Luna”; A. n. 176, 7/6/2002, “López”; A. n. 1, 2/2/2004, “Torres”, entre muchos otros).

Así las cosas, estimo que la conclusión dubitativa propiciada por la mayoría del tribunal de mérito no deriva de una valoración integrada de los diversos indicios que ella misma propugna, sino de un examen aislado de ciertas premisas que, como tal, desnaturaliza la fundamentación basada en prueba indirecta.

**Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala penal, Brizuela, Amadeo R. y otro, 13/10/2005. Cita Online: 70021281.**

### **Para garantizar el principio de inocencia el juez debe realizar un tratamiento racional del resultado de la actividad probatoria**

El art. 24,2 CE, al consagrar la presunción de inocencia como regla de juicio, obliga al juzgador a realizar un tratamiento racional del resultado de la actividad probatoria, dotado de la transparencia necesaria para que pueda ser examinado críticamente y para que, si mediase una impugnación, otro tribunal pudiera enjuiciar la corrección del discurso. Esto es, comprobar si tiene o no apoyo en una apreciación tendencialmente objetiva de toda la prueba, tanto la de cargo como la de descargo; si se han tomado en consideración todos los elementos de juicio relevantes, justificando los descartes y también la opción de atribuir valor convictivo a los que se acepten; si no se ha prescindido de forma arbitraria de datos que podrían ser de importancia en el plano explicativo; y si, en fin, se ha sometido todo ese material a un tratamiento racional y conforme a máximas de experiencia de validez acreditada.

Como es sabido, la psicología del testimonio en tanto que disciplina científica goza hoy de un notable desarrollo, merced en gran parte al trabajo de campo realizado en torno a la experiencia jurisdiccional. Fruto de ese desarrollo cultural es un buen conocimiento de los diversos riesgos de desviación y consiguiente pérdida de objetividad que gravan la prueba testifical. Entre los que, en el caso de los niños, se cuenta muy especialmente el derivado de la fácil sugestionabilidad, en función de las circunstancias personales y de entorno, la marcada apertura a influencias externas recibidas por vía de autoridad o de afectos, y la proclividad a la reelaboración inducida de los contenidos de memoria, tanto mayor cuanto más numerosas sean las ocasiones en que se vuelve sobre ellos en conversaciones o interrogatorios sucesivos. Es así hasta el punto de que en los exámenes psicológicos a que se les someta, y más si se trata de evaluar la

credibilidad de sus testimonios, juega un papel importantísimo la selección de los criterios de validez y la acreditación de que su uso ha sido el correcto. Lo que aquí también ha faltado.

La sala de instancia, en su apreciación de la prueba, claramente, descartó —sin considerarlos— todos aquellos datos favorables a la defensa que pudieron servir para cuestionar la hipótesis de la acusación. Pero la obligada reintroducción de estos en el cuadro probatorio ha hecho posible comprobar que los elementos que fueron valorados como inobjetables e inequívocamente de cargo presentan serias quiebras en su valor convictivo; y que, en la misma medida que obligan a cuestionar la versión acogida en la sentencia, otorgan fundada plausibilidad a la pretensión del imputado, abriendo, cuando menos, un importante margen de duda, más que razonable, que la sala debería haberse planteado, de haber procedido con el rigor exigible. Y que solo puede valorarse en el sentido del art. 24,2 CE, esto es, haciendo prevalecer el principio de inocencia. Es por lo que hay que acoger el motivo objeto de examen y, consecuentemente, estimar asimismo el formulado como segundo del recurso, pues, en defecto de prueba de cargo, no cabe aplicar los preceptos conforme a los que se le condenó.

**Tribunal Supremo de España, Sala 2a en lo Penal, Silva García, Enrique J., 21/11/2003. Cita Online: AR/JUR/4448/2003.**

### **Juez debe valorar los indicios con un criterio amplio en los delitos contra la honestidad debido a las particularidades de los hechos**

La valoración probatoria en los delitos contra la honestidad genera la necesidad de optar por un criterio amplio en la aceptación de los indicios, debido a que generalmente se cometen en lugares solitarios y sobre seguro de la intromisión de terceros y en razón de lo sigiloso de la acción delictiva, que generalmente caracteriza estos atentados contra la honestidad, es necesaria la presencia de una fuerte prueba indiciaria idónea para justificar la existencia del cuerpo del delito y la responsabilidad de su autor.

Es que la prueba relacionada con delitos contra la honestidad, por el carácter sexual de estos y porque normalmente se realizan lejos de los ojos de los testigos, resulta siempre ardua. No bastan para la acreditación del suceso las meras manifestaciones de la víctima que conforman el núcleo de la denuncia, ni interesa lo que el juzgador piensa de la veracidad del testigo; además se necesita algún indicio o apoyo independiente de esos propios dichos (C.Crim.Córdoba, 6ª. Nom., LLC-985-78,114-R)

Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, M. I. R. c. N.A.T., 30/01/2006. Cita Online: AR/JUR/1959/2006.

### Jueces tienen la potestad para valorar el informe pericial conforme a las reglas de la sana crítica

Considerando: Para resolver los recursos de casación deducidos voy a recordar como premisa una doctrina de este Tribunal, con anterior composición: “los jueces de mérito son soberanos en la selección y apreciación de la prueba; y sus conclusiones sobre el particular no pueden ser controladas en casación, excepto si los sentenciantes no han dado razones suficientes para tener por acreditados los hechos; si prescindieron de pruebas fundamentales; o si de algún otro modo violaron con la sentencia los principios que gobiernan el recto pensamiento humano. No puede el *ad quem*, sin extralimitarse en sus facultades, efectuar un examen *ex novo* de la causa, y resolver según su propia convicción, porque no es el juez de los hechos. Las conclusiones del tribunal de mérito deben respetarse, aunque resulten discutibles u objetables siempre que revelen un proceso lógico y correcto para arribar a ellas, y se apoyen en pruebas regularmente incorporadas al proceso, sin prescindir de aquellas que resulten fundamentales para resolver la causa”.

En la presente causa tanto el Fiscal de Cámara como el querellante particular invocan como uno de los motivos casatorios el previsto en el Art. 495, inc. 4 que textualmente dispone: “4) Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho, o de hecho, si este último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador” Dado el carácter extraordinario de este recurso la interpretación del motivo debe ser restrictiva. Si lo que se alega es un error de derecho en la apreciación de las pruebas se deben citar concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y expresando cuál es la aplicación que se pretende (C.P.P. 497). Ninguno de los recurrentes se ha expresado en este sentido al desarrollar este motivo. Por lo tanto este aspecto del recurso debe ser descartado. Si, por otra parte, se alega error de hecho, no cualquier error de hecho habilita la vía casatoria sino aquel error de hecho que resulte de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador. Tampoco en este aspecto ni el Fiscal de Cámara ni el querellante particular se han mostrado estrictos y precisos acompañando los instrumentos en los que se funda o, si ello no es posible, mencionando el lugar en que se encuentran, como lo exige el Art. 497 inc. 2 C.P.P.. Ambos recurrentes han desplegado un nuevo

alegato tendiente a obtener la modificación de la base fáctica tal y como la dejó establecida el tribunal de mérito. Para ello sostuvieron que los testimonios depuestos en la audiencia de debate son concordantes con los dichos de la menor, presuntamente víctima del delito, que el propio imputado reconoció ante un tercero el hecho, y que se ha omitido valorar la pericia psicológica. Sobre esta última prueba contenida en el dictamen de fs. 119/122 hay que decir que tiene la naturaleza de un informe (C.P.P. 302 y C.P.C. 232 aplicable supletoriamente por la remisión del C.P.P. 121) cuyo contenido el juez no puede suplir con su saber privado, no obstante lo cual no resulta vinculante. No constituye “instrumento” o “acto auténtico” porque tal se denomina al documento que contiene un acto jurídico (C.C. 944; 973; 978; 979; 993-995; 1012) y el dictamen pericial es un informe que contiene las conclusiones de alguien que tiene conocimientos especiales en una ciencia, arte, industria o técnica, que el juez debe valorar conforme a las reglas de la sana crítica. No hace plena fe de su contenido. Ahora bien, el tribunal de mérito afirmó: “la circunstancia de tomar y besar a la víctima en contra de su voluntad que se endilga al encartado, no aparece acreditada por ninguna prueba independiente en este juicio”. La generalidad de esta afirmación (“ninguna prueba independiente en este juicio”) permite inferir sin esfuerzo que para el Tribunal a quo tampoco la pericia psicológica resultó idónea para acreditar “la circunstancia de tomar y besar a la víctima contra su voluntad”. La pericia traza un perfil psicológico del que como máximo solo se podría manera que de este documento, tampoco resulta en forma evidente la equivocación del juzgador como lo exige el motivo casatorio en análisis. En consecuencia no dándose los extremos específicos exigidos por el Art. 495, inc. 4, juzgo razonable rechazar el recurso por este motivo de casación, tanto el planteado por el Fiscal como el deducido por el Querellante particular.

Pasando a considerar el motivo casatorio del Art. 495, inc. 1, violación o aplicación falsa o errónea de la ley sustantiva, también en este aspecto el Fiscal de Cámara y el Querellante denuncian como omitido el Art. 119 inc. 1 del Código Penal porque a su juicio se configuró la figura típica del abuso sexual simple. El delito como figura penal es un hecho típico, antijurídico, culpable y punible, cuyo primer presupuesto consiste en acreditar un hecho típico. Tal hecho tal como lo fijó el tribunal de mérito no encuadra en la norma del Art. 119 inc. 1º del Código Penal; por lo tanto no es típico y en consecuencia no hay delito ni norma penal omitida o infringida en la apreciación del tribunal de juicio. Como los recurrentes no han logrado acreditar error de hecho en la valoración de la prueba, según se desprende de lo resuelto en el motivo casatorio tratado en el

punto anterior, no han logrado conmover la base fáctica para poder sostener que el hecho es típico. Por lo tanto considero que debe rechazarse el recurso del Fiscal y del Querellante particular incoado también por este motivo de casación.

**Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de La Rioja, sala en lo penal y laboral, E.J.L., 21/08/2012. Cita Online: AR/JUR/45535/2012.**

### **En la obtención de la prueba es relevante la declaración de la víctima**

Corresponde destacar que, como indica la experiencia, en casos como el aquí ventilado, la obtención de probanzas se encuentra constreñida ante el ámbito de privacidad en que suelen desarrollarse este tipo de delitos, la mayoría de la veces alejados de eventuales testigos, por lo que cobran especial relevancia, no tan solo las conclusiones de los peritajes ordenados y los dichos de las personas que tomaron conocimiento del hecho, sino, principalmente, las declaraciones de la víctima (cfr. Sala IV c 45.712 “Rojas Sanabria, R.”, rta. el 18/12/97, Sala V, c. 6425 “R.,S.”, rta. el 13/5/97).

**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI, Gaspar, Juan M., 15/05/2003. Cita Online: AR/JUR/1826/2003.**

### **Si no se logra superar el estado conviccional de duda no se puede determinar la responsabilidad penal del imputado pues de lo contrario se afectaría el debido proceso legal**

Se desprende de lo hasta aquí dicho, que la incorporación por lectura de la declaración expositiva de C. A. M., glosada a fs. 9/9 vta. —pese a lo resuelto por este Tribunal ante la expresa petición de la representante del Ministerio público Fiscal y Pupilar respectivamente, y la inconsulta opinión de la Defensa Técnica haciendo lugar al incomparendo de la menor al Plenario, fundado ello en la sugerida auscultación psicológica— veda, conforme lo sostenido doctrinaria y jurisprudencialmente atestado pretéritamente, su consideración como prueba cargosa, no compeliéndome personalmente dicha resolución a la atención de su contenido; en virtud de la disposición partiva de la prueba, que conlleva el principio de imparcialidad del juzgador, impuesto como un tercero ajeno a la relación jurídico procesal conformada por aquellas.

Por último cabe señalar, que si bien, están protegidos por tratados internacionales los derechos de las probables víctimas de hechos ilí-

ritos, en especial los niños, no lo es menos que la contienda jerárquica de ellos, encuentra solución –en el tratamiento equilibrado de la función partiva– en la fórmula citada precedentemente en lo atinente al pleno y cabal ejercicio de interrogar ampliamente al testigo.

Dicha tesis, significó, entre las tantas proyecciones del fallo mencionado, una ratificación de la igualdad de partes y del tercero imparcial e imparcial, llamado a resolver el conflicto, como núcleo de la garantía de defensa en juicio. En dicho marco, y valorando las manifestaciones de A. V. C., expresadas en el debate, cuando refiere enfáticamente una versión diametralmente distinta a la expuesta en su denuncia que provocara la apertura de la instancia, como así también la versión del padre de la menor, C. A. M., quien en modo alguno incrimina conducta delictual al imputado, sino todo lo contrario, refiere un buen concepto del tratamiento dispensado por este respecto a todos sus hijos, y los resultados negativos de los exámenes médicos y psicológico de la niña, se logra conformar y sostener validamente un estado conviccional de duda, que no logra ser superada, ni aún por la valoración válida de la versión literal de la menor, cuya cuestionada incorporación por lectura al debate, aún por vía de excepción, conforme lo establece el ritual penal, resulta incompatible con el paradigma constitucional del debido proceso legal. En consecuencia, cabe en la especie, la inevitable adecuación a la norma del art. 401 del Código Procesal Penal. Así voto.

**Cámara en lo Criminal de 1ª Nominación de Catamarca, Carabajal, Héctor Oscar, 17/12/2009, Voto del doctor Acuña. Cita Online: AR/JUR/69793/2009.**

**Es válida la decisión del juez de desincriminar al imputado si ha valorado la prueba pericial conforme a las leyes de la lógica y la sana crítica**

Así, sostuvo que al finalizar el fallo: “si la psicología no pudo dar una respuesta asertiva, porque la experta en relación a los menores A.A.A. y M.A.G. expresó probabilidad y en relación a B.G.D.B. la rechazó, en lo tocante de que no pudo haber sido un abuso sexual; si las entrevistas en el Servicio de Asistencia a la Víctima se multiplicaron pudiendo la reiteración contaminar el relato de las menores, al igual que la actitud de las madres frente al desarrollo de la investigación, si los docentes de los jardines, testigos privilegiados de eventuales cambios de conductas de las niñas no advirtieron nada anormal; y fundamentalmente si lo manifestado por las menores víctimas en Cámara Gesell no encuentran apoyatura en el resto de la prueba

ofrecida por los acusadores, no hacen más que conducirme a una decisión desincriminatoria del traído a juicio”.

Por otro lado la sentencia se ajusta cómodamente a las probanzas rendidas en el debate, y fueron valoradas conforme a las leyes de la lógica y la sana crítica racional.

**Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut Sala Penal, C.J.M./denuncia s/ Impugnación, 11/12/2013, Voto del doctor Rebagliati Russell. Cita Online: AR/JUR/86472/2013.**

**Si el testimonio brindado en la Cámara Gessel es la única prueba directa esta debe valorarse teniendo en cuenta el contexto familiar**

Así, el sentenciador manifestó que la única prueba directa de los hechos era el relato de las menores, prestado bajo la modalidad de Cámara Gessel. Luego, aclaró que mensuraría el grado de credibilidad de sus dichos, atendiendo la posible contaminación de su testimonio y la concordancia con otros elementos de prueba.

Asimismo, la experta señaló que el único síntoma de abuso sexual infantil que pudo apreciar en las víctimas, fue su relato, ya que los demás indicadores que señalaron los progenitores de aquellas, eran inespecíficos, pudiendo tener su origen en otra situación conflictiva, incluso en el hogar.

**Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut Sala Penal, C.J.M. s/ Denuncia s/ Impugnación, 11/12/2013, Voto del doctor Panizzi. Cita Online: AR/JUR/86472/2013.**

## CAPÍTULO VII

### CONCLUSIONES

#### § 7.1. Conclusiones y propuestas

A continuación, formularemos las conclusiones y las propuestas a las que hemos arribado durante el desarrollo del presente trabajo.

1. El régimen comunicacional como instituto fundamental del derecho de familia merece especial atención por parte de los jueces competentes, ya que están en juego el interés superior de niño y el vínculo paternofilial. Considerando esta problemática, el juez debe agotar todos los medios que tiene a su alcance para fijar el régimen comunicacional y hacerlo efectivo. En el caso de que el juez identifique conductas que interfieran en su cumplimiento, el artículo 557 del Código Civil y Comercial de la Nación lo faculta para imponer medidas y asegurar su eficacia. De este modo, su actuación evitaría que el cónyuge conviviente no obstaculice el efectivo cumplimiento del régimen comunicacional y así evitar que se agudice la conflictividad entre los progenitores. Esto resulta necesario, puesto que cada decisión adoptada en sede judicial repercute en el bienestar del menor.

2. La falta de comunicación se agrava cuando se configura la alienación parental. En esta situación, el niño es influenciado por el cónyuge para construir una imagen negativa respecto del progenitor no conviviente. Esta influencia es una forma de maltrato infantil que afecta el interés superior del niño e impide ejercer su derecho a la comunicación. Cabe precisar que la influencia del padre alienador genera que el niño no solo rechace, sino también que rompa el vínculo afectivo con su otro progenitor. Esta situación afectará su desarrollo integral y le generará consecuencias para su futuro, ya que la falta de contacto con uno de sus progenitores le genera una sensación de abandono.

3. El impedimento de contacto afecta la relación paternofilial y puede generar consecuencias irreversibles en el desarrollo del menor. Si el padre no conviviente es privado de ejercer su derecho de comunicación, puede recurrir a la justicia penal con la finalidad de que se restablezca el vínculo. La interposición de una denuncia es un mecanismo que implica una respuesta rápida por parte de la judicatura e implica que el vínculo no se pierda por el transcurso del tiempo.

4. La falsa denuncia es un tipo doloso que consiste en denunciar falsamente un delito ante la autoridad competente. A pesar de que el sujeto activo tiene la certeza de que el delito denunciado no se configuró, decide poner en funcionamiento la administración de justicia. Las consecuencias de este delito afectan la seguridad jurídica y generan un clima de incertidumbre para los ciudadanos, pues cualquier persona corre el riesgo de ser denunciada a pesar de que no cometió ningún acto delictivo. En este sentido, consideramos que es razonable que el legislador haya tipificado esta conducta, pues no solo se genera un dispendio de tiempo y de recursos en poner en ejercicio la maquinaria judicial, sino que también se afectan derechos del falsamente denunciado.

5. El delito de abuso sexual simple es una figura dolosa que afecta la integridad sexual de la persona. En este delito, el sujeto activo realiza conductas sin el consentimiento de la víctima y se aprovecha de la situación en la que esta se encuentra. Entre de los sujetos pasivos de este delito están comprendidos los menores de trece años, pues la norma considera que estos no pueden dar su consentimiento libremente y que no tienen autonomía plena para disponer de su sexualidad. Asimismo, cuando el sujeto pasivo sea mayor de trece años, la configuración del tipo exige que haya mediado violencia, amenaza o abuso coactivo, es decir, requiere que el sujeto activo ejerza cierto poder y subordinación sobre la víctima.

6. Para determinar la veracidad de la denuncia de abuso sexual infantil interpuesta contra el cónyuge no conviviente, el juez debe reunir todos los medios probatorios que le generen certeza y determinar su validez sobre la base de un estándar probatorio objetivo.

7. Para establecer la responsabilidad penal por el delito de abuso sexual, es fundamental valorar el testimonio del menor. Asimismo, es importante precisar si el proceso tuvo su inicio en una falsa denuncia, por lo que la versión del menor estaría condicionada por la influencia del cónyuge alienador. Frente a esta situación, el juez penal debe considerar el contexto en el que se realizó la denuncia y evaluar la verosimilitud de las declaraciones del niño. Además, debe considerar aspectos referidos a la obstrucción del régimen comunicacional, la ruptura matrimonial, el cuidado personal y la exclusión del hogar de uno de los cónyuges.

8. Sobre la base de lo señalado, consideramos conveniente realizar las siguientes propuestas:

- La creación a nivel nacional de un registro de padres obstaculizadores del vínculo con los hijos. Esta sería unas de las medidas que se podría implementar para sancionar el incumplimiento del régimen de comunicación. De este modo, se intimaría al progenitor conviviente bajo apercibimiento de inscribirlo en el registro de obstrutores del vínculo.

Debemos destacar que este registro ya fue implementado por las regulaciones establecidas por las provincias de Santa Cruz<sup>42</sup>, Mendoza<sup>43</sup> y Río Negro<sup>44</sup>.

- La creación de un órgano de control dentro de cada juzgado de familia conformado por un abogado y un psicólogo, que tendrían como función supervisar el adecuado cumplimiento del régimen comunicacional. Su tarea principal sería la de informar al juez y a la asesora de menores sobre los casos en los que se presenten situaciones que afecten la comunicación del menor con sus progenitores. El trabajo desarrollado por este órgano permitiría que el juez tome conocimiento inmediato respecto de los hechos que pongan en riesgo el cumplimiento del régimen comunicacional y dicte las medidas que correspondan.

- La fijación del régimen comunicacional es una larga espera para los cónyuges no convivientes y la demora en su dictado repercute negativamente en el vínculo afectivo entre estos y sus hijos. Mientras más tiempo transcurra, mayor será el alejamiento entre el cónyuge no conviviente y el menor. Por ello, consideramos que el Código Civil y Comercial de la Nación debe fijar expresamente un plazo para que el juez establezca un régimen de comunicación. Proponemos que el plazo para la fijación del régimen comunicacional no puede exceder de tres meses. Sostenemos que este plazo resulta razonable, dado que está en juego el interés superior del niño y que la demora en el pronunciamiento del juez puede generar daños irreparables en la relación paternofilial.

- Incorporar en la Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes N° 26.061 a la alienación parental como una forma de maltrato infantil psicológico y así evitar que uno de los cónyuges manipule al menor y afecte su derecho a la comunicación. Esta ley podría regular las formas típicas de manipulación y, una vez identificadas, permitir que el juez declare su existencia y adopte medidas contra el cónyuge que ejerza este tipo de violencia. Dentro de estas, pueden considerarse la advertencia al cónyuge generador de la alienación, la aplicación de una multa y que en el caso que esta continúe ordenar el cambio en el régimen de cuidado del menor. Consideramos que el dictado de esta norma responde a que en los hechos se ha comprobado que la campaña de desprestigio de uno de los cónyuges contra el otro afecta el interés superior del niño y le impide mantener el contacto con uno de sus progenitores. Cabe precisar que la alienación es una forma de maltrato infantil que ha sido reconocida en Brasil e incorporada en el Estatuto de los niños y los adolescentes.

---

42 Ley 2.928, que creó el Registro de obstructores de los vínculos de los hijos con su progenitor no conviviente y familia extendida.

43 Ley 7.644, que creó el Registro de obstaculizadores de lazos familiares.

44 Ley 4.456, que creó el Registro provincial de obstructores de vínculo con los hijos.



## ANEXO I

### RESOLUCIÓN FG N° 304/2018

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Fiscalía General “2018 - Año de los Juegos Olímpicos de la Juventud”.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2 de julio de 2018.

VISTO: Lo establecido en las leyes 26.702 y 24.270 de la Nación, en los artículos 124 y 125 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y la Ley N° 1903,

Y CONSIDERANDO:

- I -

La Ley Nacional 26.702, dispuso el traspaso de diversas competencias penales a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre las cuales se encuentra la relativa a la investigación y juzgamiento de los delitos englobados bajo la denominación de “impedimento de contacto”, previstos y reprimidos en los artículos 1° y 2° de la ley 24.270.

Por su parte, la ley 24.270, en su artículo 3°, prevé la adopción de medidas tuitivas del interés del niño, niña o adolescente involucrado en los hechos denunciados que, dada su naturaleza cautelar, resultan propias del derecho adjetivo y deben ejecutarse de modo armónico con el ordenamiento procesal local.

Ello, resulta de especial relevancia en el caso, por cuanto en el artículo en cuestión se imponen plazos perentorios al tribunal interviniente para “restablecer el contacto del menor con sus padres”, “hacer cumplir” el régimen de visitas establecido o, en caso de no existir, determinar “un régimen de visitas provisorio por un término no superior a tres meses”. Se dispone también que “en todos los casos el tribunal deberá remitir los antecedentes a la justicia civil”.

- II -

No obstante lo señalado en el apartado anterior, en el marco del sistema acusatorio que rige en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es el Ministerio Público Fiscal quien toma conocimiento de los delitos que se denuncian, verifica la verosimilitud de los hechos y pone en marcha el engranaje de la acción penal de estimarlo conducente (arts. 4, 77, 91, 92 y ccs. del Código Procesal Penal).

En estas condiciones, entiendo que resulta imprescindible establecer un criterio que adecue la pauta de actuación cautelar establecida en el citado artículo 3° al modelo procesal local, sin perder de vista la perentoriedad que el legislador otorgó a la revinculación de la víctima con el/la progenitor/a afectado/a.

Una adecuada resolución de este punto exige, a su vez, evitar la duplicación innecesaria en la remisión de las actuaciones a conocimiento de el/la Juez, privilegiando al que en definitiva posea los mejores elementos para evaluar la situación de la persona menor de edad.

- III -

Conforme lo expresado hasta aquí, corresponde diferenciar entre los supuestos en que exista un régimen de visitas o actuación tutelar previa de la justicia de familia, de aquellos en los que no lo haya.

Así, en los casos en los que se denuncien los delitos contenidos en los artículos 1° y 2° de la ley 24.270 que involucren el incumplimiento de regímenes de tutela o visita establecidos judicialmente en sede civil, corresponderá que sea el/la Fiscal del caso quien —sin más trámite— ponga en conocimiento de el/la Juez que haya dictado el régimen incumplido los hechos que conforman el objeto procesal de la denuncia, a fin de que proceda conforme lo señala la ley 24.270 y verifique el adecuado cumplimiento de las pautas que impusiera anteriormente que, en principio, resultaron incumplidas.

Lo señalado en el párrafo anterior, implicará no solo la remisión de los antecedentes presentados a través de la denuncia a el/la Juez que dictó oportunamente el régimen de visitas, sino también la comunicación de estos a el/la Defensor/a Público/a en lo Civil, a fin de garantizar la defensa de los derechos del niño, niña o adolescente.

Por el contrario, en los supuestos en los que no se verifique la existencia de actuación judicial previa a la denuncia, el/la Fiscal interviniente dará intervención a el/la Juez en lo Penal, Contravencional y Faltas, requiriendo el restablecimiento del contacto (artículo 3 de la ley 24.270).

Finalmente, vale aclarar que la adopción de las diferentes posturas para interpretar los términos de la ley 24.270 en cuanto al órgano judicial que debe llevar adelante cada instancia del proceso de revinculación, encuentra su fundamento en que, en el marco de un proceso acusatorio, la disposición de medidas de carácter procesal/administrativa queda en manos del Ministerio Público Fiscal, mientras que la imposición de un régimen que fija alcance a los derechos de las partes necesariamente debe ser instaurado por el órgano jurisdiccional.

Por las razones expuestas, conforme lo establecido en el artículo 124 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Ley 1903,

**EL FISCAL GENERAL ADJUNTO A CARGO DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES RESUELVE:**

**Artículo 1:** Establecer como criterio general de actuación, que los/las fiscales con competencia penal, contravencional y de faltas, en oportunidad de intervenir en los delitos contenidos en los artículos 1° y 2° de la ley 24.270 que involucren el incumplimiento de regímenes de tutela o visita establecidos judicialmente, deberán remitir de inmediato copia de los antecedentes presentados junto a la denuncia a el/la Juez en lo Civil que haya dictado el régimen incumplido, a fin de que proceda conforme lo señala la ley 24.270. El mismo procedimiento deberá efectuarse respecto de el/la Defensor/a Público/a en lo Civil, a fin de garantizar los derechos las personas menores involucradas.

**Artículo 2:** Establecer como criterio general de actuación, que lo/las fiscales con competencia penal, contravencional y de faltas, en oportunidad de intervenir en los delitos contenidos en los artículos 1° y 2° de la ley 24.270, en los que no pueda establecerse la existencia de actuación judicial previa en sede civil, darán intervención a el/la Juez Penal, Contravencional y Faltas interviniente requiriendo que proceda conforme lo prevé el inciso 2, del artículo 3 de la mencionada ley.

Regístrese, publíquese en el boletín oficial, a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la página de Internet del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, notifíquese al Fiscal General Adjunto en lo Penal, Contravencional y de Faltas, a los/las fiscales de Primera y Segunda Instancia del mismo fuero, al Secretario General de Gestión, y comuníquese por correo electrónico a todos los/las integrantes del Ministerio Público Fiscal, a la señora Presidente del Tribunal Superior de Justicia, a la señora Presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y Faltas y a la señora Presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Cumplido, Archívese.



**ANEXO II**  
**CAUSAS ASIGNADAS Y RESOLUCIONES EMITIDAS**

**Causas asignadas en la primera instancia del Fuero Nacional en lo Criminal y Correccional durante el año 2018**

<b>DELITO</b>	<b>CANTIDAD</b>
Falsa denuncia	154
Infracción ley 24.270	485
Cuidado personal de hijos	266
Régimen de comunicación	574
Divorcio	7.050

Fuente: Oficina de Estadísticas. Dirección General de Planificación. Consejo de la Magistratura.

**Resoluciones emitidas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal durante los años 2000 a 2019**

<b>DELITOS</b>	<b>SOBRESEIIMIENTOS</b>	<b>PROCESAMIENTOS</b>	<b>INEXISTENCIA</b>	<b>INCOMPETENCIAS</b>
Impedimento de contacto	354	427	35	59
Falsa denuncia	166	250	34	37

Fuente: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.



ANEXO III

RESOLUCIONES DE PRIMERA INSTANCIA, SEGUNDA INSTANCIA Y TRIBUNALES SUPREMOS

Resoluciones primera instancia

N	TRIBUNAL	PARTES	FECHA	PRETENSIÓN	SAP	ABUSO SEXUAL	SENTIDO DEL FALLO	DECISIÓN DEL TRIBUNAL		
								RÉGIMEN COMUNICACIONAL	CAMBIO CUIDADO PERSONAL	TRATAMIENTO PSICOLÓGICO
1	Juzgado de Familia Nro. 3 de Trelew	G., F. c. F., M.	16/09/2009	Modificación de custodia	X		Hace lugar	A favor del padre		
2	Juzgado de Paz Letrado de Villa Gesell	T. M. s/ denuncia	30/10/2012	Reanudación del contacto		X	No hace lugar	Supresión (padre)		
3	Juzgado de Familia de 5ª Nominación de Córdoba	M., R. C. y otro s/ solicita homologación expte. 287232	22/04/2014	Cambio de guarda	X	X	Hace lugar	Suspensión (madre)	A favor del padre	Tratamiento psico. a la madre
4	Juzgado de la Instancia en la Civil, Comercial, de Conciliación y de Familia de 2ª Nominación de Marcos Juárez	B., C. E. c. S., F. M. s/ régimen de visitas/alimentos contencioso	01/11/2018	Cambio de cuidado personal	X		Hace lugar	Modificación (madre)	A favor del padre	

## Resoluciones segunda instancia

N	TRIBUNAL	PARTES	FECHA	PRETENSIÓN PRIMERA INSTANCIA	SAP	ABUSO SEXUAL	PRIMERA INSTANCIA	SEGUNDA INSTANCIA	DECISIÓN DEL TRIBUNAL		
									RÉGIMEN COMUNICACIONAL	CUIDADO PERSONAL	TRATAMIENTO TERAPÉUTICO
1	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J	M., M. N. c. M., M. F. y otro	14/12/2004	Reanudación del régimen de visitas		X	No hace lugar	Confirma	Supresión (padre)		
2	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K	A., J. E. C. M., C. C.	16/08/2006	Suspensión del régimen de visita			No hace lugar	Confirma			
3	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E	T., L. A. C. R., G. A.	17/07/2008	Reanudación del régimen de visitas		X	No hace lugar	Confirma	Suspensión (padre)		
4	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E	P. P., V. E. c. A., L. A.	29/10/2008	Suspensión del régimen de visitas supervisadas		X	Hace lugar	Revoca	Modificación (padre)		

N	TRIBUNAL	PARTES	FECHA	PRETENSIÓN PRIMERA INSTANCIA	SAP	ABUSO SEXUAL	PRIMERA INSTANCIA	SEGUNDA INSTANCIA	DECISIÓN DEL TRIBUNAL		
									RÉGIMEN COMUNICACIONAL	CUIDADO PERSONAL	TRATAMIENTO TERAPÉUTICO
5	Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, Sala I	O., M. C. c. A. M. G	21/04/2009	Fijación del régimen de visitas	X		No hace lugar	Revoca	Fijación (padre)		Tratamiento psicológico a las menores
6	Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Zárate-Campana	A., C C. Q., G. A.	15/12/2009	Fijación de un régimen de visita		X	No hace lugar	Confirma			
7	Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, de Paz y Tributaria de Mendoza	A. M. M. S/ sí y por su hijo menor c. P. G. D.	11/09/2009	Suspensión del régimen de visitas		X	Hace lugar	Revoca	Reanudación (padre)		
8	Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, Sala I	L., S. E. D. c. A., V. C.	04/08/2009	Fijación de un régimen de visitas	X	X	No hace lugar	Confirma			

N	TRIBUNAL	PARTES	FECHA	PRETENSIÓN PRIMERA INSTANCIA	SAP	ABUSO SEXUAL	PRIMERA INSTANCIA	SEGUNDA INSTANCIA	DECISIÓN DEL TRIBUNAL		
									RÉGIMEN COMUNICACIONAL	CUIDADO PERSONAL	TRATAMIENTO TERAPÉUTICO
9	Tribunal de Familia Nro. 3 de Lomas de Zamora	G. P. G. C. V. A. K. s/ materia a categorizar	28/09/2012	Reversión de la tenencia	X		Hace lugar	Confirma	Suspensión (madre)	A favor del padre	Hospitalización de la madre
10	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G	A., L. c. L., A.	08/04/2013	Guarda de las menores			Hace lugar	Confirma		A favor del padre	
11	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M	L. F. D. c. M. P. M. A. s/ privación de visitas-inc. familia	12/11/2014	Reanudación del régimen de visitas			Hace lugar	Confirma	Reanudación (padre)		Terapia parental
12	Cámara de Familia de Mendoza	M., M. F por si y su hija menor c. A., J. P. s/ medida de protección de derecho	06/07/2016	Prohibición de acercamiento			Hace lugar	Revoca	Fijación (padre)		

## Resoluciones tribunales supremos

N	TRIBUNAL	PARTES	FECHA	PRETENSIÓN PLANTEADA EN PRIMERA INSTANCIA	SAP	ABUSO SEXUAL	PRIMERA INSTANCIA	SEGUNDA INSTANCIA	TRIBUNAL SUPERIOR	DECISIÓN DEL TRIBUNAL	
										RÉGIMEN COMUNI-CACIONAL	TRATAMIENTO TERAPÉUTICO
1	Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy	M., M. R. C. N., J. M. s/ protección de personas	01/11/2012	Revinculación			No hace lugar	Confirma	Confirma Rechaza el Rec. Inc.		
2	Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I	G. R., S. A. H. M. V. S. G. R. s/ en J° 510/10/6F/ 35.838 Dyna F. solicita medida conexas/inc.	08/04/2014	Prohibición de acercamiento	X	X	Hace lugar	Revoca y establece un régimen de visita	Confirma Rechaza el Rec. Inc.		Proceso terapéutico de revinculación
3	Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I	D. D. A. c V. D. R. s/ ejec. de sentencia p/ rec. ext. de inconstitución casación	06/07/2015	Ejecución de sentencia del régimen de visita	X		No hace lugar	Revoca y modifica el régimen de visita	Confirma Rechaza el Rec. Inc.		Apoyo profesional psico. para los padres
4	Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén	D. S. s/ protección de derechos de niños	29/07/2016	Suspensión del régimen de visitas		X	Hace lugar	Modifica parcialmente y establece un régimen supervisado	Confirma Improcedente el Rec. Inc.	Modifica (padre)	



## BIBLIOGRAFÍA

- ABOSO, Gustavo Eduardo (2014). *Derecho penal sexual: Estudio sobre los delitos contra la integridad sexual*. Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- AGUILAR, José Manuel (2006). *Síndrome de alienación parental*, tercera edición. España: Almuzara.
- AROCENA, Gustavo Alberto (2010). *Impedimento de contacto de menores con sus padres no conviviente*, Astrea.
- ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA (APA) (2014). *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, DSM-5*. Editorial Médica Panamericana.
- ASSANDRI, Mónica, DURÁN, Valeria, FARAONI, Fabián E., MURÚA, Daniela y RAMACCIOTTI, Edith (2011). El régimen comunicacional ante la negativa de niñas, niños y adolescentes a su cumplimiento. En *Régimen Comunicacional. Visión Doctrinaria*. Córdoba: Nuevo Enfoque.
- ATUCHA, Mónica (1998). La perceptible credibilidad de los niños como testigos. *La Ley*, Tomo 1998-B, Sección doctrina.
- BELLUSCIO, Claudio Alejandro (2010). *Régimen de visitas. Regulación jurídica*. Buenos Aires: Universidad.
- BERTELOTTI, Mariano (2005). La contravención de falsa denuncia. En Edgardo A. DONNA (Dir.), *Revista de Derecho Penal. Delitos, contravenciones y faltas de la ciudad autónoma de Buenos Aires*, N° 3 (p. 10). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- BOUVIER, Hernán G. (2012). Observaciones sobre una variante de neopunitivismo. El problema de los abusos sexuales a menores. En *Problemas actuales del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- BOUZA, José María y PEDROSA, Delia Susana. (2008). *Síndrome de alienación parental*. Buenos Aires: García Alonso.
- BUOMPADRE, Jorge E. (2001). *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*. Buenos Aires: Mario A. Viera Editor.
- CÁRDENAS, Eduardo José (2000). El abuso de la denuncia de abuso. *La Ley*, T-2000-E, Sección doctrina.

- CARRIZO, Rubén Omar (2000). *Ilícitos penales como producto de las relaciones familiares*. Buenos Aires: La Ley.
- CASALS CAMPOS, Esperanza (2013). *Abuso sexual (o maltrato) vs. Manipulación parental*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CREUS Carlos y BUOMPADRE, Jorge Eduardo (2007). *Derecho penal. Parte especial*, Tomo I, séptima edición. Buenos Aires: Astrea.
- DE LA FUENTE, Javier Esteban y CARDINALI, Genoveva Inés (2004). El delito de falsa denuncia. Aspectos generales y su relación con el tipo penal de calumnia. *Revista de Derecho Penal, Delitos contra la Administración Pública*, 2.
- DÍAZ CANTÓN, Fernando (2010). *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*. Buenos Aires: Del Puerto.
- DÍAZ USANDIVARAS, Carlos María (2003). El síndrome de alienación parental (SAP): una forma sutil de violencia después de la separación o el divorcio. *RDFRDF* 2003-24-127. Cita Online: 0029/000209.
- DONNA, Edgardo Alberto (2001). *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II-A. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- DONNA, Edgardo Alberto (2003). *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I, segunda edición, Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- DONNA, Edgardo Alberto (2005). *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- DULCE LEFANTE, Eduardo Torres (2012). Libertad de expresión, derecho y la información y presunción de inocencia. A. M. OVEJERO PUENTE (Coord.), *La presunción de inocencia y los juicios paralelos*. España: Fundación Wolters Kluwer.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2005). *Prueba y verdad en el Derecho*. Barcelona: Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2007). *La valoración racional de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons.
- FILIPINI, Aníbal (2017). *Jueces y medios, "Juicios paralelos". El principio de inocencia. Procesos intangibles y Estado de derecho*. Buenos Aires: Ad-hoc.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos (2004). *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo VII, segunda edición. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo-Perrot.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos (2007). *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, cuarta edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- GARCÍA-SOLÉ, Marc (2002). *El delito de acusación y denuncias falsas*. Barcelona: Atelier.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2010). *Los hechos en el Derecho*, Tercera edición, Madrid.
- GAVIER. (1959). El delito de la falsa denuncia. En Oscar N. VERA BARROS (Dir.), *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* (pp. 35).
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMÁ, María Victoria y HERRERA Marisa (2012). *Derecho constitucional de familia*. Buenos Aires: Ediar.
- GIUDICE, Andrea Victoria (1998). *El menor: leyes 13.944 y 24.270*. Buenos Aires: Depalma.
- GOFFMAN, Erving (2008). *Estigma. La identidad deteriorada*. Amorrortu.
- GORPHE, Francois (1967). *La apreciación judicial de las pruebas*. Buenos Aires: La Ley.
- GUARIGLIA, Fabricio (2005). *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto.
- GUZMÁN, Nicolás (2011). *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires: Del Puerto.
- HALL, Carlos N. (2004). *La Prueba Penal*. Nova Tesis.
- JAUCHEN, Eduardo (2007). *Derechos del imputado*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- JÁUREGUI, Rodolfo G. (2016). *Responsabilidad parental. Alimentos y régimen de comunicación: código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora (2014). *Tratado de Derecho de familia según el Código civil y comercial de 2014*, Tomo IV. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- KRASNOW, Adriana Noemí (2011). El derecho de comunicación derivado del parentesco, en *Régimen comunicacional. Visión doctrinaria*. Córdoba: Nuevo enfoque.
- LAJE ANAYA, Justo (1997). *Delitos contra la familia*. Córdoba: Advocatus.
- LEVENE, Ricardo y SUCAR Germán (2001). El delito de falsa denuncia en la Legislación Nacional. Una propuesta Legislativa. *La ley*, T. 2001-E-Sec. Doctrina, 1214-1215.
- LUCERO, Inés (2011). *El testimonio de niños en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

- MAKIANICH DE BASSET, Lidia N. (1997). *Derecho de visitas, Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos*. Buenos Aires: Hammurabi, Buenos Aires.
- MANONELLAS, Graciela N. (2007). *La responsabilidad penal del padre obstaculizador: Ley 24.270. Síndrome de Alienación Parental (SAP)*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- MAQUEDA ABREU, Luisa (1999). *Acusación y denuncias falsas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARCONI, Soledad, ROSSI, Julia y SOLA, Andrea (2011). El derecho comunicacional derivado del vínculo filial. En *Régimen Comunicacional. Visión doctrinaria*. Buenos Aires: Nuevo Enfoque Jurídico.
- MAZZONI, Giuliana (2010). ¿Se puede creer a un testigo? *El testimonio y las trampas de la memoria*. Trotta.
- MEDINA, Graciela (2008). *Daños en el Derecho de Familia*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- MEDINA, Graciela (2015). Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial Unificado. *Rev. de Derecho de Familia y Sucesiones*, 5, 2.
- MENDER, Raúl D. (1969). Evolución del delito de falsa denuncia. *Revista Jurídica*, 20, 192.
- MITTERMAIER, C. J. A. (1979). *Tratado de la prueba en materia criminal*. Madrid: Reus.
- MIZRAHI, Mauricio Luis (2015). *Responsabilidad parental*. Buenos Aires: Astrea.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2013). *La duda en el proceso penal*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- ORLANDI, Olga (2011). Visión Constitucional del régimen comunicacional paterno-filial. En *Régimen comunicacional. Visión doctrinaria*. Córdoba: Nuevo enfoque.
- OSSOLA, Alejandro (2011). Visitas del progenitor separado que reside en el extranjero a sus hijos menores que viven en el país. En *Régimen de visita. Visión doctrinaria*. Córdoba: Nuevo enfoque.
- OSSORIO Y FLORIT, Manuel. (2006). *Código Penal de la República Argentina. Comentarios. Doctrina. Jurisprudencia de la Corte Suprema, cámaras nacionales y tribunales provinciales. Fallos plenarios*. Buenos Aires: Universidad.

- OTERO, Mariano C. (2012). *Tenencia y Régimen de Visitas*. Buenos Aires: La Ley.
- PASTOR, Daniel R. (2009). *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- PÉREZ RÚA, María Paz (2007). *La acusación y denuncias falsas*. Navarra: Aranzadi.
- PINCEVER, Karina (2008). *Maltrato infantil. El abordaje innovador del programa IELADEINU. Aprendizaje de una experiencia integral comunitaria*. Buenos Aires: Lumen.
- PINTO, Hugo J. (1993). Falsa denuncia y calumnia, la historia de un desconcierto. *La Ley*, T-1993-B, 216-217.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (1997). *El derecho de visita*. Barcelona: Bosch.
- ROMERO, José Alberto (2001). *Delitos contra la familia*. Córdoba: Mediterránea.
- ROSSI, Julia, SOLA, Andrea y MARCONI, Soledad (2011). El derecho comunicacional derivado el vínculo filial. En *Régimen Comunicacional. Visión Doctrinaria*. Córdoba: Nuevo Enfoque.
- SÁNCHEZ, Javier y GÓMEZ-TRELLES, Vera (2012). *Variaciones sobre la presunción de inocencia*. Madrid: Marcial Pons.
- SANDRO, Jorge Alberto (1975). Relación jurídica existente entre calumnia y falsa denuncia. *JA, Doctrina*, 265.
- SANCINETTI, Marcelo A. (2010). Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia. Hacia la recuperación de las máximas “*Testimonium unius non valet*” y “*Nemo testis in propria causa*”. *Revista Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot.
- SANCINETTI, Marcelo A. (2012). Las imputaciones por abuso sexual libradas a la arbitrariedad del denunciante. *Revista Pensamiento Penal*, (144), 1-5. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/07/doctrina34309.pdf>.
- SANZ, Diana (2008). Alegato de abuso sexual infantil en casos de divorcio. En S. Lamberti, A. Sánchez y J. P. M. Viar (Comps.), *Violencia familiar y abuso sexual*. Buenos Aires: Universidad.
- SCHIAVO, Nicolás (2015). *Valoración racional de la prueba en materia penal*. Hammurabi.
- SERRANO, Francisco (2009). *Un divorcio sin traumas. Cómo mediar los conflictos del divorcio mediante la mediación conciliadora y las soluciones extrajudiciales*. España: Almuzara.

- TABOADA TUNDIDOR, Carlos (1930). *Las denuncias y querellas delictivas, Apuntes acerca de la mentira como delito*. Madrid: Reus.
- TARUFFO, Michele (2010). *Simplemente la verdad*, Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Marcial Pons.
- TARUFFO, Michele (2011). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- TAVIP, Gabriel Eugenio (2011). La adecuada comunicación. Un derecho en cabeza de los hijos. En *Régimen comunicacional. Visión doctrinaria*. Córdoba: Nuevo Enfoque.
- TEJEDOR, Asunción (2006). *El síndrome de alienación parental. Una forma de maltrato*. Madrid: Editorial EOS.
- TENCA, Adrián Marcelo (2013a). *El Delito de falsa denuncia*. Buenos Aires: Ad-Doc.
- TENCA, Adrián Marcelo (2013b). *Delitos sexuales*. Buenos Aires: Astrea.
- VERDUZCO ÁLVAREZ ICAZA, Angélica (2011). El síndrome de alienación parental en los divorcios de alto nivel de conflicto. *Alienación Parental*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2011, pp. 249-252
- VIALE DE GIL, Paula A. (2014). ¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal. *Pensar en Derecho*, (4).
- VILATTA, Ramón y WINBERG NODAL, Maxime (2017). Sobre el mito del síndrome de alienación parental (SAP) y el DSM-5. *Papeles del Psicólogo*, 38(3), 229.
- VILLADA, Jorge Luis (2005). *Delitos contra la administración pública*. Córdoba: Advocatus.
- VILLADA, Jorge Luis (2017). *Delitos sexuales y trata de personas concordado con legislación latinoamericana y el Código Penal Francés*, tercera edición. Buenos Aires: La Ley.
- VILLAR, Ariel H. (2003). *Impedimento de contacto de hijos menores y la comunicación paterno-filial*. Quilmes: Némesis.



**Ediciones DyD SRL**  
*Av. Córdoba 1522, 3º Piso - CABA*

(011) 4519-8204  
[www.edicionesdyd.com.ar](http://www.edicionesdyd.com.ar)  
[info@edicionesdyd.com.ar](mailto:info@edicionesdyd.com.ar)

**¡Buscanos en las redes sociales!**  
[facebook.com/edicionesdyd](https://facebook.com/edicionesdyd)  
instagram: @edicionesdyd