

Voces: ABUSO SEXUAL - PRUEBA DE TESTIGOS - INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO - VÍCTIMA MENOR DE EDAD - MEDIOS DE PRUEBA - VALORACIÓN DE LA PRUEBA - PSICÓLOGOS - PRUEBA DE PERITOS - DERECHO A SER OÍDO - DERECHOS DEL NIÑO

Título: El testimonio del niño en el marco del proceso por abuso sexual, desde una mirada interdisciplinaria

Autor: Bentivegna, Silvina A. - Müller, M. Beatriz

Fecha: 25-ago-2015

Cita: MJ-DOC-7346-AR | MJD7346

Producto: MJ

Sumario: *I. Introducción. II. El testimonio del niño. III. La audiencia testimonial en Cámara Gesell. IV. Las madres protectoras durante el proceso. V. Conclusión.*

Por Silvina A. Bentivegna (*) y M. Beatriz Müller (**)

«¡¡¡Ustedes, sí, ustedes que están ahí del otro lado, esa maldita justicia!!!, ¿cuántas veces más voy a tener que contar lo que mi papá me hizo?, ¿por qué no me creen?», dice Eleonora con sus 7 añitos mirando el espejo de la Cámara Gesell, y señalando con su dedo índice, mientras del otro lado juez, fiscal, defensores, peritos, solo pudimos mirarnos avergonzados...

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de los procesos judiciales por el abuso sexual de niños y niñas, nos enfrentamos a situaciones diversas, colmadas de reacciones que ameritan un desafío por quienes tenemos el compromiso de dejar a un lado la impunidad del infractor y hacer oír fuertemente la verdad del niño, dejando a un lado el dicho de que «los chicos mienten» o que «las madres los inducen a mentir». En tal sentido, teniendo en miras un proceso judicial justo donde la palabra del niño sea tomada en consideración, conforme a su madurez intelectual y a su capacidad progresiva, siempre en pos de su interés superior es que vamos a abordar una prueba elemental en procesos de estas características, siendo como tal, una herramienta probatoria fundamental.

II. EL TESTIMONIO DEL NIÑO

En los procesos por abuso sexual infantil, se debe romper con la idea de que el relato del niño, ergo su testimonio, sea el único elemento valorable descartándose otras pruebas, las cuales serán de capital importancia para la sustanciación del proceso.

Somos afines del criterio de que, previo a la realización de dicha prueba testimonial, es necesario que se lleve a cabo una evaluación psicológica o psiquiátrica por profesionales idóneos en la materia, a fin de que establezcan la posibilidad -o no- de que dicha evaluación se realice, informando el estado psíquico y emocional del infante, y evaluando una futura situación de riesgo si ella se llevara adelante, ya que el relato del niño sobre la situación que ha vivido le provoca un estado de gran angustia, estrés, miedo y malestar, atento a la reminiscencia de las afrentas sufridas.

Un factor que debe tenerse en cuenta en los procesos de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes -particularmente en relación con el testimonio del niño- es el «factor tiempo», atendiendo a los estados emocionales que presenta el niño o la niña y las presiones que pueda sentir, porque generan que el infante no se encuentre plenamente en condiciones de llevar a cabo dicho testimonio. Es una circunstancia que hay que considerar, ya que con posterioridad a la develación, el infante puede encontrarse reticente frente al hecho de ser entrevistado por una persona extraña.

La doctrina ha considerado que hablar de tiempos siempre es relativo y un tanto subjetivo. Empero, existen razones que aconsejan la rapidez, y se considera que un lapso apropiado sería el de no más de diez días corridos, contados desde el inicio de las actuaciones. Dichas razones pasan por el meridiano de la evitación del detrimento en el recuerdo de detalles, consecución de otros posibles rastros o vestigios corroborantes (secuestro de ropas, elementos, etc.), posibles injerencias de terceros (medios de comunicación, allegados), familiares o del mismo imputado o imputados, con presiones o amenazas, y a veces con prebendas o promesas aun indirectas (1).

En esta instancia, la escucha del niño deberá ser tomada con el mayor provecho que sea posible, teniendo en cuenta que dicha evaluación es traumática para el infante, quien relatará en primera persona la afrenta padecida. Así, dicho relato constituye una guía para encaminar el proceso; por tal motivo, quien entreviste -y no interrogue- al niño deberá ser un profesional idóneo en la materia, representando un rol muy importante en oportunidad de formular la pregunta y en repreguntar sobre la base de las respuestas dadas por el infante. Empero, el entrevistador no deberá agotarla en la mera indicación del abuso, constituyendo dicha audiencia un abanico de posibilidades a fin de recabar otras pruebas. En dicha audiencia, el entrevistador deberá guiar la entrevista, en búsqueda de una manifestación por parte del infante, quien la dirá en sus propios términos, con toda su inocencia desde su visión propia y narrada en primera persona.

Empero, desde el otro lado, las partes -querrela, defensa, peritos de parte, representante promiscuo del menor, fiscal, secretario- deberán adoptar una participación diligente en oportunidad de preguntar y planificar estrategias de preguntas e instrucciones hacia el entrevistador con el aval del fiscal.

En este orden de ideas, debemos traer a colación la esencia misma de la entrevista y el cambio sustanciado con la Ley 25.852 -también conocida como «Ley Rozansky»-, sobre la base de la cual comenzó a verse en el escenario de los actores involucrados un nuevo modelo de intervención.

La prueba testimonial del infante es fundamental en la sustanciación del proceso, constituyendo una prueba conducente, pudiendo ser utilizada cotejándola con otras pruebas y evidencias acompañadas al proceso y con miras a ser utilizada en la posterior etapa de debate en el juicio oral.

III. LA AUDIENCIA TESTIMONIAL EN CÁMARA GESELL

La audiencia testimonial del niño bajo la modalidad en Cámara Gesell, en el marco de los procesos por abuso sexual de niños, niñas y adolescentes, ha sido considerada parte de la prueba testimonial (2) -criterio al cual adherimos-. En tal sentido, se sostuvo que el procedimiento que recepta el art. 250 bis del CPPN, no constituye un examen pericial, sino un modo distinto de obtener una declaración testimonial, sustanciando dicho concepto en que esta modalidad de obtener probanzas incorporadas por

la Ley 25.852 fue incluido en el capítulo atinente a los testigos y no en aquel relativo a los peritos.

A diferencia de lo que ocurre con las pericias, no se establece una conminación de nulidad ante el incumplimiento de alguna de sus disposiciones, observando ello desde un neto principio de especificidad. Estas ideas han ido paulatinamente logrando mayor aceptación, señalándose inclusive que aquellos informes previstos en el articulado (CPPN, art. 250 ter) no revisten la calidad de peritaje, y en consecuencia no les resulta aplicable la normativa que regula estrictamente la prueba de peritos.

En análogo criterio, la jurisprudencia (3) se ha inclinado por considerar que el medio probatorio reglado en el art. 225 bis del Código de Procedimiento local es, en esencia, una declaración testimonial, conforme surge del propio texto legal, diligencia probatoria caracterizada por cuanto debe ser llevada a cabo por un psicólogo especialista en la materia, siendo en virtud de ello que debe equipararse, por aplicación del principio de la analogía en las medidas probatorias reguladas por la ley adjetiva, la actuación de este profesional a la de un perito (4).

De esta manera, somos del criterio de que debe primar, por sobre todo, el principio de plena libertad probatoria sin avasallar las garantías mínimas del debido proceso (5).

En el escenario de la entrevista y a raíz de la posibilidad de que ella amerite errores y alguna falencia que generen dudas acerca de dicha audiencia y en función de la recepción de esta, se genera la necesidad de manera inexorable de que dichas entrevistas y/o audiencias sean videofilmadas y grabadas. Tal necesidad se ve plasmada en la posibilidad de que el relato del niño sea reproducible tantas veces como sea necesario, a fin de que su relato sea valorado como tal, conforme a su derecho a ser oído y a que sea recepcionado «durante» la sustanciación del proceso, tanto en la etapa instructoria como en el debate en la instancia oral. La videofilmación es una herramienta probatoria fundamental en los procesos por abuso sexual de niños, niñas y adolescentes, ya que tiene una carga demostrativa eficaz tanto para el fiscal como para el juez.

Asimismo, sobre la base del testimonio del infante en dicha audiencia, se pueden obtener varios elementos probatorios a fin de solicitar posteriormente más pruebas que ayuden a la sustanciación de la causa. En tal sentido -sobre la base de lo que haya relatado el niño-, en el marco de la querrela o constituidos como particular damnificado, se podrá solicitar un allanamiento, registro y posterior secuestro de elementos en el domicilio correspondiente al hecho abusivo, más constataciones periciales que correspondieran, y se podrá a su vez cursar comunicación con empresas de servicios de cable y de internet en supuestos de exhibición de material pornográfico o envíos de correos electrónicos, como asimismo a las empresas de servidores de casillas electrónicas, como Yahoo, Gmail, Hotmail, etcétera.

En el marco de la Cámara Gesell, más allá del relato del infante, se podrán observar sus gestos, reacciones y actitudes -los cuales no son menos importantes- frente a las preguntas del entrevistador; los cuales contrastados con las pericias que se realicen y con el uso del juego y los dibujos, nos permitirán profundizar nuestro conocimiento de ese niño, esa niña o adolescente.

No se debe olvidar que el niño es el centro referencial del proceso, quien deberá ser entrevistado atendiendo -siempre- a su interés superior, el cual deberá primar por sobre todas las cosas, teniendo como eje central su protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. Coincidiendo en tal sentido con el Dr. Rozansky en cuanto a que «el niño no sea una foja más de un expediente, sino el centro y sentido mismo de esas actuaciones» (6).

IV. LAS MADRES PROTECTORAS DURANTE EL PROCESO

Estamos recorriendo en este momento y desde hace unos años una etapa, que interpretamos como respuesta agresiva y enérgica de sectores que supuestamente defienden los valores patriarcales y

tradicionales.

Se trata de llevar una discusión de carácter teórico a la fundamentación de las falsas denuncias.

En la mayoría de los casos, aparecieron largas fundamentaciones acerca de la razón por la cual la disputa entre los padres lleva generalmente a la madre a levantar un falso testimonio con referencia al abuso de su hijo o hija.

Este movimiento comenzó con un psicólogo estadounidense, llamado Richard Gardner, que hizo una teorización al respecto. Sus escritos carecen de balance y de objetividad, y por ello, fueron cuestionados por gran parte de la comunidad científica.

Gardner describió en 1987 lo que llamó «el síndrome de alienación parental» diciendo que este ocurre en casos donde se disputa la tenencia de los niños en juzgados de familia: «Una consecuencia de esta batalla fue el desarrollo en el niño de lo que referimos como el síndrome de alienación parental. Típicamente, el niño difama viciosamente uno de los padres e idealiza al otro. Esto no está causado solamente por el lavado de cerebro parental del niño. Más bien los niños mismos contribuyen con sus propios escenarios a sostener al padre favorecido. Nuestra experiencia ha sido que, en alrededor del 80 a 90% de los casos, la madre es el progenitor favorecido y el padre el vilipendiado».

Es importante señalar que el síndrome de alienación parental no ha sido sujeto de estudios empíricos ni ha sido publicado en revistas científicas para su revisión. Este síndrome es nada más que las opiniones de Richard Gardner, basados en su «experiencia clínica».

Otra cuestión para tener en cuenta es que sus seguidores, de acuerdo con sus escritos, detectan este supuesto síndrome mediante el uso de los mismos indicadores que se utilizan para diagnosticar abuso sexual o maltratos graves en la infancia; realizan una subversión de las pruebas para dar vuelta un diagnóstico. Es este el principal problema que tiene este «falso síndrome», es una estrategia clara para el ocultamiento de los signos y síntomas del abuso sexual en la infancia y del maltrato grave y, de esta manera ofrecer al victimario una salida a su culpabilidad evidente. Tan burdo es esto que Gardner no se cuidó de incluir en sus escritos también sus inclinaciones sexuales por niños/as.

Podemos consultar sus dichos textuales que nos llevan, sin duda, a considerar que hace una apología de la pedofilia, de las relaciones sexuales con niños/as, justificándolas como naturales. Partiendo de esto, cualquier opinión suya no puede ni siquiera ser tenida en cuenta:

- «En la actualidad, el niño sexualmente abusado es generalmente considerado como la víctima, a pesar de que el niño pueda iniciar encuentros sexuales "seduciendo" al adulto». GARDNER, Richard A.: Litigio por la Custodia del Niño, 1986, p. 93.

- «Hay un total contínuum que debe ser considerado aquí, desde aquellos niños que fueron forzados y no obtuvieron placer (y podrían hasta ser considerados como habiendo sido violados) a aquellos que disfrutaron inmensamente (con respuestas orgásmicas) las actividades sexuales». Ibídem, p. 548.

Debemos señalar que, mientras las denuncias eran provenientes de clases obreras o humildes, de barrios marginales, crecieron rápidamente; pero luego de un tiempo, aparecieron también denuncias de otros sectores sociales, clases medias o clases altas.

Entonces empezaron a aparecer artículos, publicaciones, organizaciones de padres de familia, acusaciones y juicios a profesionales que intervienen en el área. En nuestro país, este movimiento se inicia con un artículo publicado en una revista especializada, el cual ha sido nefasto para los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual.

La razón era clara: Una campaña tendiente a volver sospechosa la palabra del niño o niña victimizado/a y de todos aquellos adultos que se manifiestan a favor de la existencia del abuso sexual. De esta manera, se logra un debilitamiento evidente de los actores que intervienen en estos casos.

Los niños son revictimizados con múltiples pericias en diferentes organismos; los adultos cuidadores son obligados a contratar abogados y a acudir a organizaciones para defenderse de estas sospechas.

Los profesionales, en vez de seguir en la búsqueda de herramientas teóricas y prácticas para ayudar a las víctimas, deben prepararse para defender sus pericias o para argumentar a favor de lo argumentado.

En este punto, debemos señalar que este «pretendido síndrome de alienación parental» (7) no tiene existencia fáctica, ya que ha sido rechazado por la Organización Mundial de la Salud, la Asociación Española de Psiquiatría, la Asociación Americana de Psicología, la Asociación Americana de Psiquiatría, la Asociación Médica Americana y la Asociación de Psicólogos Americana.

Ha sido igualmente rechazada su inclusión en los grandes sistemas de Clasificación de los desórdenes médicos: DSM III, DSM IV, DSM V, CIE 10.

En el plano normativo, el gobierno español a través del Consejo General del Poder Judicial ha instado a las Cortes a no emplear el Síndrome de Alienación Parental, que ha sido declarado por la junta de Vizcaya en el año 2008 como herramienta de violencia de misóginos. Algo similar ha ocurrido en nuestro país, donde es rechazado firmemente por la Cámara de Diputados y de Senadores de la Nación expresando su preocupación por el uso que hace la justicia de este falso síndrome. Además, su uso ha sido declarado ilegal para el ejercicio de la psicología por el Consejo Superior del Colegio de Psicólogos de la Provincia de Buenos Aires, en todo su territorio y, en particular, también han hecho lo mismo los Colegios del Distrito X de Mar del Plata, el Colegio de Psicólogos del Distrito XV de San Isidro, el Colegio de Bahía Blanca y el Colegio de La Plata. En este mismo sentido, se expidió el Colegio de Psicólogos de la Provincia de Córdoba; y está teniendo tratamiento legislativo su repudio en Corrientes; así como es motivo de preocupación y de alerta en otros países. Recientemente la Federación de Psicólogos de la República Argentina (FePRA) ha declarado ilegal su uso en el ejercicio de la profesión y la Universidad Nacional de La Plata con su Facultad de Psicología emitió un comunicado recalcando esta ilegalidad del síndrome y manifestándose en su contra.

Lejos de detenerse, a pesar de que el SAP (Síndrome de Alienación Parental) -tal como lo planteó su autor- ha perdido credibilidad, estos colectivos judiciales e institucionales han encontrado la forma de continuar su avance transformando, renombrando esta vieja idea, entonces nos encontramos con ciertos dichos, tales como «coconstrucción de memoria, implantación de memoria o de ideas, madre alienadora, disputa de adultos, divorcio controvertido, falsa denuncia, intereses económicos en juego, se detecta el discurso adulto en el discurso del niño o la niña», etcétera.

El objetivo es silenciar el abuso infantil, hacer desaparecer al niño o niña de la escena y hacer foco en los adultos, comenzar a ubicar a la madre protectora en el lugar de la sospechosa y abusadora y elevar al agresor a la categoría de víctima y «pobre padre que no puede ver a sus hijos».

Con la muletilla del «interés superior del niño», se cometen las peores aberraciones, y la que está en la cima es la revinculación (8) y, en muchos casos extremos, la reversión de la tenencia. Todo esto se da en el marco de lo que se ha dado en llamar la «terapia de la amenaza», que justamente se basa en el miedo y la amenaza de perder la tenencia de los niños o niñas y que consiste en una serie de pasos de acuerdo con la gravedad del diagnóstico del SAP que se tenga. En el moderado, alcanza con amenazar a la madre y decirle que, si no deja que el niño vea al padre, puede perder la custodia. En el siguiente paso, se van ampliando las visitas del padre supuestamente alienado hasta llegar a la reversión de la

tenencia a favor del agresor y al proceso de reprogramación de los niños o niñas en el marco de la reversión de la tenencia. Es más que claro el horror al que se ven expuestos los niños y las niñas durante estas «terapias».

En este punto, es importante destacar que es cierto que nos podemos encontrar con situaciones conflictivas entre adultos, en las cuales los niños o niñas puedan quedar atrapados y funcionar como «botín de guerra» de alguno de los progenitores, pero eso es nada más ni nada menos que maltrato infantil; nada tiene que ver con esta siniestra estrategia planteada por Gardner y por -al día de hoy- sus fieles seguidores.

Realmente, nos cuesta entender si se trata de desconocimiento, falta de capacitación, inoperancia, desidia, o si es simplemente perversión y maldad lo que mueve a estos operadores judiciales o institucionales.

Algunos días, pensamos que es porque el abuso sexual es tan siniestro, tan impactante que cualquier explicación viene bien para tratar de negar su existencia, al modo de un mecanismo defensivo, creer que no existe y que es la locura de esta madre la promotora de todas estas locas ideas.

Otras veces, pensamos en complicidades perversas, en organizaciones mafiosas, en redes de pedofilia, en abusadores encubiertos en puestos judiciales o institucionales.

Es decir, vamos de una explicación cuasi «naif» a una tremendista y agresiva. La verdad es que no sabemos cuál es la explicación a todo esto; seguramente ninguna de las dos o una mezcla de ambas, pero lo realmente espantoso es la invisibilización de los niños y niñas, la falta de sensibilidad frente al horror del abuso y la indiferencia de las políticas públicas frente a la vulneración de los derechos de los niños y de las niñas.

V. CONCLUSIÓN

No debemos olvidar que estamos inmersos en una sociedad donde el patriarcado, lejos de modificarse, continúa fortaleciéndose; la desigualdad de género sigue teniendo actualidad siniestra; una mujer muere cada 30 horas víctima del feminicidio (9), y los niños y las niñas no tienen voz.

Lejos estamos de la vigencia de los derechos fundamentales de los niños y de las niñas. Estos/as son victimizados una y otra vez buscando la mentira, el invento, lo que la «madre le metió en la cabeza», que también es violentada por el agresor y por el sistema. En pos de la «sagrada familia», se sostienen vínculos perversos y mortales. Cuando un padre o una madre utiliza a su hijo o hija como un objeto sexual, no es ni padre ni madre o, como plantea Carlos Rozanski (Télam), cuando argumenta que «ser padre es un rol que se construye desde el amor, la ternura y el respeto a la identidad física, emocional y psíquica del hijo. Un padre que atropella sexualmente aplastando su identidad en formación y que ejerce violencia en el seno familiar no es un padre, es un delincuente. Allí la familia no es un hogar, sino es un centro de tortura».

Todo niño inmerso en un proceso judicial por haber sido abusado sexualmente deber ser respetado teniendo siempre en miras no solo las normas del derecho procesal nacional, sino también y primordialmente teniendo en cuenta el plexo normativo nacional e internacional en relación con los derechos en materia de infancia. Garantizando al propio tiempo, un proceso judicial justo donde sus palabras, creencias, opiniones y pareceres sean tomados en consideración, conforme sus aptitudes, su edad y madurez intelectual. Participando en tal sentido, en dicho procedimiento, conforme su capacidad progresiva, sin que le sean cercenados sus derechos y garantías mínimas.

Atendiendo primordialmente a su interés superior y en procesos como el presente, donde el infante ha

sido traumatizado, deberán adoptarse todas aquellas medidas necesarias a fin de que sea posible de un disfrute y un desarrollo tanto pleno como saludable.

- (1) GUTIÉRREZ, Pedro A.: El menor víctima de abuso sexual, p. 60. La Rocca, 2012.
 - (2) CNCrim. y Corr., Sala I, causa 33.774, «R., A. H s/ procesamiento», 29/8/08.
 - (3) Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Neuquén, Resolución interlocutoria N.º 216/8, 19/7/08, «Defensoría de los derechos del niño s/ denuncia».
 - (4) GUTIÉRREZ, Pedro A.: El menor víctima..., op. cit., p. 77.
 - (5) Entendiendo por tal la obligación estatal de respetar todos los derechos legales que posee una persona involucrada en un proceso, haciendo uso de sus garantías mínimas, a un resultado justo y equitativo dentro de este, a ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez y/o fiscal interviniente.
 - (6) ROZANSKY, Carlos A.: Abuso sexual infantil: denunciar o silenciar. Ediciones B Argentina, 2003.
 - (7) VACCARO, Sonia y BAREA, Consuelo: «El pretendido síndrome de alienación parental. Un instrumento que perpetúa el maltrato y la violencia». Bilbao, Desclèe, De Brouwer, 2009.
 - (8) Aunque tal como señala Sonia Vaccaro, se trata de un intento de vinculación, ya que lo que hay entre un agresor y su víctima no es un vínculo paterno filial, por lo que no se puede revincular lo que nunca ha estado vinculado.
 - (9) Debemos destacar la diferencia entre «femicidio» y «feminicidio», aunque suelen usarse de manera indistinta. «Femicidio» es el 'asesinato de mujeres', considerándolo como homicidio. En cambio, el término «feminicidio» se refiere a 'los asesinatos de mujeres por su condición de género'; es decir, vinculándolos a las relaciones de poder con la participación del Estado por acción u omisión.
- (*) Abogada, UBA. Especialista en Derecho de Familia, UBA. Especialista en Violencia Familiar y Abuso Sexual. Docente, UBA. Coautora de «Violencia familiar. Aspectos prácticos» (Hammurabi). Disertante en congresos y en seminarios. Publicación de numerosos escritos especializados en la materia. Excoordinadora del Refugio de Mujeres y Niñas/os en situación de Trata con fines de explotación sexual dependiente, GCABA. Letrada adjunta de Casa Refugio para Mujeres en Situación de Violencia «Mariquita Sánchez», GCABA. Letrada patrocinante de la Fundación Salud Activa. Abogada fundadora de Bentivegna Estudio.
- (**) Licenciada en Psicología, UBA. Especialista en Medicina Psicosomática, Encuentro Psicoanalítico de Buenos Aires. Directora del Centro de Investigación y Asistencia Psicosomática (CIAPSI). Fundadora y presidente de Salud Activa. Presidente de la Federación Latinoamericana Contra las Violencias y el Abuso (FLACVA). Directora de la Diplomatura en el Abordaje Interdisciplinario de la Violencia, el Maltrato y el Abuso, en convenio con la Universidad del Este en La Plata. Capacitadora y conferencista nacional e internacional. Autora de obras sobre temas de su especialidad.