

LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO

y la protección de los derechos en los casos de abuso sexual infantil¹

Carlos Rozanski²

En el artículo publicado en el presente volumen, la Dra. Giberti mencionaba una palabra clave a la hora de reflexionar sobre el tratamiento que reciben los niños y niñas víctimas de delitos en la justicia: "confesar", un término primordial para entender tres o cuatro cuestiones básicas sobre este tema.

Hace más de quince años, en el Bolsón intervine en un juicio donde la víctima era una niña retrasada mental, de unos quince años de edad, pero con un desarrollo mental de alrededor de ocho. Le habían introducido un palo en la vagina, después la habían penetrado y en esa circunstancia llegó la policía, estaba sangrando. Durante el juicio, el agresor estaba declarando y el juez, sentado al lado mío -éramos tres jueces-, le preguntó a la niña si el muchacho que le había introducido el palo en la vagina le gustaba: "A vos, "el Pato" ¿no te gustaba?, ¿no tenías ganas de tocarlo abajo?, ¿vos no le dijiste que te lo coloque?". Esto es textual y está grabado. El efecto que tuvo en mí esa escena perdura aún hoy, y espero que nunca cese, porque, en mi caso, significó el inicio de la comprensión de algunas cosas. En inglés hay una palabra (*awareness*) cuya traducción literal sería "tener conciencia de una cosa". En ese momento cuando el juez interrogaba a la niña tomé conciencia de varias cosas que me llevaron a extraer algunas conclusiones. La primera, lo denuncié al juez al día siguiente. La segunda surge de la sentencia en el voto de ese mismo juez. Hay que tener en cuenta que quien hace ese tipo de preguntas trasluce algún tipo de perversión, y en segundo lugar es interesante recordar una frase de su voto: *"si bien en un principio negó al tribunal que el muchacho le gustara, lo cierto es que después terminó confesando que le gustaba. Lo que no le gustó fue lo del palo"*. Éste es el razonamiento escrito. En este caso, había un objetivo no dicho que era llevar esto al beneficio para esta persona y en lugar de que fuera condenado por violación, que fuera condenado por lo que en esa época se llamaba "abuso deshonesto", que es finalmente lo que sucedió. ¿Por qué? Porque si ella consentía la penetración pero no el palo, eso se llamaba abuso deshonesto y tenía una pena leve. Por supuesto que escribí una disidencia que nadie leyó. En efecto, los jueces pasamos una parte importante de nuestras vidas escribiendo cosas que no va a leer ningún colega, por lo menos los que solemos tener dificultades para lograr mayorías en estos temas, en vez de estar haciendo algo con un efecto positivo.

1 Adaptación escrita de la exposición del Dr. Rozanski en el tercer panel del seminario, que tuvo lugar el 24 de abril de 2009 donde se discutió el rol de los distintos especialistas y la protección de derechos en tratamiento judicial a los NNA víctimas o testigos de delitos.

2 Juez del Tribunal oral federal N° 1 de la Plata. Creador del art. 250 bis y ter Código Procesal Penal de la Nación.

Entonces, la segunda conclusión sobre este caso, que mantengo hasta el día de la fecha, es que los niños y niñas no tienen nada que ver con los juicios. Esa niña no tenía que estar ahí. En definitiva, si esto no se expresa y no se comparte, no se puede seguir hablando de intervención respetuosa en abuso sexual infantil. ¿Por qué la escena del juicio de El Bolsón 15 años atrás me inquietaba? Simplemente porque el juez loco que estaba ahí, el violento, es un producto del propio sistema. El sistema se equivocó al designarlo, lo mantuvo y está hasta el día de hoy juzgando conductas.

El derecho a ser oído consiste en crear las condiciones para que esa criatura pueda expresarse. Si esos espacios no son generados, se viola el derecho de esa criatura a ser oída.

El problema más importante no es el loco agresivo interrogando mal -que obviamente no tendría que ser juez-; el problema es que no se quiere ver la escena, porque si no, todos acordarían en que una criatura víctima no tiene que concurrir a un estrado judicial. Todo lo demás se puede discutir. Incluso si la cámara Gesell es el mejor o el único método aconsejable, o qué tipo de mecánica de entrevista es conveniente usar, o cómo mejorar la capacitación del que interviene. Pero, aunque podamos poner en duda alguna metodología de intervención, o incluso una mala intervención que pueda haber por algún profesional de la psicología y la psiquiatría, no va a cambiar la idea de que los chicos no tienen que volver a los juicios. Eso significaría un retroceso extraordinario que no podemos aceptar.

La segunda cuestión se relaciona con las criaturas quienes no sólo no tienen que estar en los juicios, sino que tampoco deben tomar contacto con la policía, ni con los fiscales, ni con los jueces, sobre todo porque no son testigos tradicionales, son víctimas muy especiales. Resulta habitual escuchar que se interprete esta propuesta como una violación del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, que apunta al derecho del niño a ser oído. Esto es exactamente al revés, porque el derecho a ser oído no significa llevar a una nena a preguntarle dónde le introdujeron el pene, porque lo que están haciendo es silenciarla. Le están violando el derecho a ser oída. El derecho a ser oído consiste en crear las condiciones para que esa criatura pueda expresarse. Si esos espacios no son generados, se viola el derecho de esa criatura a ser oída. Esto es importante porque es lo inverso de lo que se dice habitualmente, es un cambio de paradigma. Si ese cambio de paradigma no se enseña en cada facultad se va a reproducir el modelo tradicional.

El derecho desde la teoría, ese ejercicio perverso tan habitual en los hombres del derecho, que los aleja de la realidad, y que en última instancia son las cosas que aprenden de memoria muchos jueces, quienes pierden la posibilidad -si es que alguna vez la tuvieron- de lo que la Dra. Giberti mencionó en su artículo: la abstracción. Un tema que aún hoy carece de investigación. La diferencia entre los niños y los adultos es la posibilidad de abstraer. Si no, se queda en el pensamiento concreto. Mi experiencia personal me ha hecho ver durante los últimos veinte años que hay muchísimos funcionarios y magistrados que se han quedado en el pensamiento concreto que se traduce en los fallos cuando se trata el tema de la verosimilitud. Curiosamente, sucede lo inverso: lo que para el derecho penal tradicional dogmático significa algo inverosímil es totalmente verosímil desde el punto de vista de una víctima infantil de abuso sexual. Y ésta también es una diferencia que hay que marcar y que hay que capacitarse para comprender.

Tercera cuestión, el delito de abuso sexual infantil es el más impune de la Tierra. En la Argentina se esclarecen entre el 1% y el 2% de los delitos que se denuncian, no de los que se comenten. Si se tiene en cuenta que en el caso de abuso sexual infantil sólo se denuncia menos del 10%, de cada 1000 abusos, se esclarece uno; por tanto 999 quedan impunes.

Esto da cuenta de la complejidad del problema, que involucra muchos factores muy serios, no sólo el desconocimiento (que es mucho) o la falta de capacitación. De lo contrario, éste no sería el delito más impune. Voy a dejar planteadas tres o cuatro razones para semejante despropósito:

- **El secreto.** Son delitos que se cometen en secreto, impera la ley del silencio.
- **La confusión.** Los sentimientos que se mezclan en la cabecita de la víctima, de culpa, de auto recriminación, de terror, ira y afecto. En este último caso, porque en la mayoría de los casos son intrafamiliares.
- **La violencia,** que ocurre en el 100% de los casos, a pesar de los que todavía hoy creen que si no existió violencia física no hay violencia de ningún tipo, obviando un sinfín de investigaciones que demostraron la existencia de otra clase de agresiones que dañan tanto o más que la primera, por ejemplo la violencia psíquica o psicológica.
- **Las amenazas** que se acostumbra ejercer sobre la criatura. Eso hasta cierta edad, porque cuando son muy pequeños, ni siquiera hace falta amenazarlos. El niño confía en el adulto; cuando el adulto le está diciendo que haga algo, lo hace. Cuando le dice que es normal, que todos los padres, o lo tíos lo hacen, ellos lo creen. Ni siquiera se requieren amenazas.
- **La responsabilidad** en el 100% de los casos es del abusador. Cualquiera que pretenda atenuar la responsabilidad basada en que la víctima tenía un desarrollo mental y/o físico similar al de un adulto actúa perversa e ilegalmente y beneficia a los agresores.
- Se trata de una **cuestión pública.** El abuso infantil es público, una cuestión de Estado, en la cual está obligado a intervenir. La Convención bien leída lleva necesariamente a esa conclusión. Hoy se sabe que no son cuestiones privadas, como tampoco lo es la violencia familiar, si es que se tiene en cuenta lo que le está pasando a la víctima en toda su dimensión. Por supuesto que la necesidad de intervenir es imperiosa y en el caso de las criaturas, muchísimo más, independientemente de si la mamá quiere denunciar o no. En muchos casos las madres también son víctimas de violencia, en algunos son entregadoras o encubridoras. En cualquier caso, el interés del niño no se está respetando si esa denuncia no se hace o si el Estado no interviene. Por tanto, hay que prestar atención y tener mucho cuidado con los abogados que utilizan el famoso artículo 72 del Código Penal argentino, que diferencia las acciones de instancia privada de las públicas. Insisto: hoy en día, el abuso sexual infantil es claramente de instancia pública.
- **La asimetría,** como última característica, refiere a otra diferencia entre el adulto y el niño que tantas veces olvidan o tienen en cuenta insuficientemente los jueces. Porque si la considerar seriamente, jamás llevarían a una criatura a una situación de victimización, sea en un juicio o en cualquier ámbito. Incluso, la propia cámara Gesell se transforma a veces en un juicio, ya que hay defensores que han encontrado la forma de trasladar el juicio a ese recinto ideado en principio para evitar la revictimización, que ahora funciona como otra estrategia de la defensa para volver –aunque encubiertamente– al viejo sistema de interrogar niñas abusadas. Y entonces ahí los jueces tienen que estar muy atentos para no dejarse llevar por esas estrategias, donde en el nombre del derecho de defensa y tratando de establecer falsas suposiciones, se revictimiza a las criaturas y se logra, una vez más, la impunidad. El derecho de defensa es sagrado, como lo es el derecho del niño. Por cierto, la defensa no se ve afectada por el hecho de que se respeten los derechos del niño. Plantearlo en términos contradictorios es un error conceptual muy serio.

El abuso infantil es público, una cuestión de Estado, en la cual está obligado a intervenir. La Convención bien leída lleva necesariamente a esa conclusión.

Todas estas características que apenas mencioné, pues cada una de ellas merece un tratamiento pormenorizado, son primordiales a la hora de intervenir como corresponde en aquellos casos donde están involucrados los niños y niñas como víctimas. Si no, se seguirá interviniendo mal, procurando obtener respuestas lineales de una criatura que por la propia intensidad del trauma vivido no está en condiciones de dar, entonces es realmente brutal estar escuchando en juicios o incluso declaraciones en la cámara Gesell, exigencias de algo que la criatura no está en condiciones de dar.

Con respecto a las consecuencias de los abusos, no voy a nombrar ni extenderme en los diferentes tipos de daños físicos o psicológicos, sino que sólo quiero mencionar la capacidad de los niños de desarrollar y responder con mecanismos defensivos, para poder sobrevivir frente a estas situaciones de enorme trauma. En este sentido, los especialistas demostraron que muchas veces los niños se defienden *disociándose*, es decir desdoblándose en dos porque si no, no pueden levantarse a la mañana, no pueden ir al colegio ni ponerse un guardapolvo. La niña se disocia y es una la que recibe al abusador y otra la que va al colegio. Esto me impresionó durante mucho tiempo, y lo he visto en muchos juicios.

Someter a la niña a una nueva victimización implica que vuelva a disociar, no ya por el abuso en sí, sino por la situación traumática que todavía conlleva el proceso judicial en algunas partes de nuestro país, donde se puede hacer sentar a la niña frente a seis desconocidos de traje y corbata que le preguntan dónde le metieron el pito. Y como la niña se queda estática, el fiscal dice "y bueno, si no contesta qué vamos a hacer" y se absuelve. Esto es algo que no puede seguir ocurriendo en ningún sitio.

Lo que antes era prioridad para el derecho penal (y para algunos sigue siéndolo) –el esclarecimiento del hecho y la eventual sanción del responsable– hoy se modificó. Hoy, de la lectura correcta, sensible e inteligente de la Convención, surge que la prioridad es la protección del niño.

Creo que la clave para hallar una solución está en la intervención. El esfuerzo debe enfocarse en conseguir una intervención cada vez mejor. ¿Por qué hay que intervenir? En primer lugar, como dije antes, porque es una cuestión pública en la que tiene que intervenir el Estado. Históricamente, durante siglos se consideró este problema una cuestión privada, como forma de sustraerse de la responsabilidad de las aberraciones que sucedían puertas adentro. Se maltrató a los niños durante miles de años, se abusó de niños durante miles de años. Lo mismo se hizo con mujeres, personas mayores y cualquier ser humano vulnerable. Y todo eso se hacía en el nombre de la intimidad de un hogar o del grupo familiar con esa visión androcéntrica, absolutamente masculina, de quienes a lo largo de la historia hicieron las leyes, las aplicaron y quienes, en última instancia, mayoritariamente abusaron de mujeres y niños, que son los varones. Hoy todo eso cayó, de modo que quien siga actuando de esa manera es porque no lo quiere ver y tendrá sus intereses o una perversión oculta.

Áreas de intervención

Tradicionalmente y aún hoy en varios ámbitos dogmáticos del derecho, se consideran diferentes el área asistencial y el área judicial. En la práctica esto significa que los jueces y fiscales no tienen por qué asistir y mucho menos proteger a la víctima. Para eso están los otros especialistas, las trabajadoras sociales, las psicólogas, etc. que son muchas veces, también, víctimas de todo este sistema. Por fortuna la Convención del Derecho del Niño y el resto de las Convenciones sobre Derechos Humanos establecieron un nuevo paradigma en derecho penal sobre esta materia específica. Lo que antes era prioridad para el derecho penal (y para algunos sigue siéndolo) –el esclarecimiento del hecho y la eventual sanción del responsable– hoy se modificó. Hoy, de la lectura correcta, sensible e inteligente de la Convención, surge que la prioridad es la protección del niño. Ésta es la regla básica y tendría que haber un cartel en cada juzgado que lo recuerde. Porque si se protege adecuadamente, entonces sí se va a sancionar adecuadamente y se van a esclarecer los hechos. Y a la inversa, si no se protege adecuadamente, la víctima, quien nos puede dar mayor cantidad de información y de la mejor manera posible, es la que nos va a permitir, si no la silenciamos, llegar a una intervención adecuada para esclarecer el caso. Entonces terminemos con la priorización de esa cuestión dogmática. Es parte de lo que académicamente habrá que ir trabajando, como se está haciendo, para que los abogados que egresen de las facultades de Derecho no reproduzcan mecánicamente cuestiones dogmáticas tan dañinas y perjudiciales.

En efecto, hay tres consecuencias graves de numerosas intervenciones actuales que son desarticuladas.

Primero: aumenta el riesgo. Depende de la capacidad de discernimiento del magistrado entre optar por institucionalizar a la criatura o, a la inversa, separar al abusador o al violento del grupo familiar. Hay casos en los cuales el grupo completo es violento, por lo tanto hay que apartar al niño de ahí y a la inversa, hay casos en los que al que hay que alejar al violento. Discernir una cosa de otra va a depender de la capacitación, sensibilidad y formación de ese juez y, si no la tiene, esa desarticulación aumentará el riesgo para el niño. Porque no se van a tomar las decisiones correctas.

Segunda consecuencia: la revictimización. Se vuelve a victimizar a los niños y esto tiene que ver con la desarticulación, tan emparentada con la soberbia (más que con el desconocimiento). La soberbia intelectual de cada disciplina, que abarca a todas las disciplinas, ya que no hay diferencia entre la del juez que dice que la niña confiesa y la soberbia del médico que dice que no hay marcas físicas de abuso, del psicólogo que evalúa si existe trauma o no, etc. La soberbia es una sola, lo que cambia es el lenguaje.

La tercera consecuencia: la impunidad. Aumenta la posibilidad de impunidad si se trabaja desarticuladamente y esa soberbia no permite que cada profesional –sea juez, psicólogo, médico, antropólogo o sociólogo– abra su mente para compartir su saber con otras disciplinas. El trabajo en conjunto de ningún modo significa quitarle incumbencia a alguno –como temen tantos profesionales– sino que enriquece a todos. Está el juez que dice "acá el perito soy yo. Yo soy perito de peritos", algo que escuché en algunas oportunidades y que me dejó helado. Es claro que el juez que tiene esa actitud no va a escuchar lo que señalen otras disciplinas.

El pensamiento inverso

Muchísimos jueces utilizan un procedimiento de razonamiento inverso. En lugar de analizar lo que tienen delante, libres de prejuicios y de preconceptos de todo tipo y de evaluar la prueba objetivamente, tal como el sistema lo estipula, realizan la operación inversa. Primero toman la íntima decisión de lo que van a hacer, basada en su propia subjetividad, en su historia personal, en su historia sexual, en su ideología en última instancia. Luego van a seleccionar de aquellas cosas que tengan delante, las que sirvan para avalar lo que quieren decir y lo van a volcar en una sentencia que, muchas veces va a aparentar ser muy lógica y que el propio sistema se va a encargar de convalidar. Y mientras tanto, la criatura se queda mirando. Pero le pasaron dos trenes por arriba. El primero fue el abusador y el otro, el propio sistema.

En relación con la normativa, creo importante hacer una aclaración. Hoy toda la normativa constitucional argentina es extraordinaria en el sentido de que tiene la máxima jerarquía y que no deja ninguna duda. Si en la facultad de Derecho toda la carrera se circunscribiera a estudiar las Convenciones no haría falta más. Hasta se podría hacer más rápido.

Mi hija es psicóloga y estaba en un tribunal X. Yo le preguntaba ¿Y cómo es? "El juez hace una reunión una vez por semana y ahí hablamos de los casos" ¿Y cómo sigue? "Ah, bueno, el juez hace lo que quiere después". Esto es textual. Una cosa maravillosa. La Dra. Giberti tiene un artículo importantísimo en el libro *El maltrato infantil. Riesgo del compromiso profesional*. Una obra que se hizo como respuesta a un momento de mucha agresión que se vivió hace unos años, que nos causó mucha indignación y que coincidió con el famoso artículo del Dr. Cárdenas: *El abuso de la denuncia de abuso*. En el libro donde escribió la Dra. Giberti se desarrolló el *burn out*, es decir la sensación de estar incinerado por un sistema que maltrata y destruye. No hay excusa para seguir tolerando ese tipo de daños.

Muchísimos jueces utilizan un procedimiento de razonamiento inverso. En lugar de analizar lo que tienen delante, libres de prejuicios y de preconceptos de todo tipo y de evaluar la prueba objetivamente, tal como el sistema lo estipula, realizan la operación inversa. Primero toman la íntima decisión de lo que van a hacer, basada en su propia subjetividad.

Dos cuestiones finales

Cuántas veces el abogado o juez se topa con estrategias defensivas destructivas que no puede contrarrestar porque carece de capacitación específica para oponerse. En las facultades se enseña la lógica, no el absurdo. Nadie está capacitado para reaccionar cuando acompaña a una mujer con la cara destrozada a denunciar la agresión y en el mostrador del juzgado le dicen: "es una cuestión matrimonial, tiene que buscarse un abogado de divorcios". En Derecho se enseña que los jueces son *buenos*. Y algunos lo son. Pero cuando uno está frente a un juez *malo*, no sabe qué hacer; no puede volver a la facultad y decirle ¿cómo era?

Actualmente, capacitarse, prepararse adecuadamente, intervenir bien es una obligación, un compromiso ético, lo contrario es ilegal.

Además, hay que capacitarse para reaccionar frente a las defensas destructivas. ¿Qué son defensas destructivas? La argumentación de falsa denuncia, cuando en la inmensa mayoría de los casos en el mundo está comprobado que en los abusos sexuales infantiles la inmensa mayoría de las denuncias son ciertas. Además las falsas denuncias, que en algunos casos pueden existir obviamente, son fácilmente detectables.

También la de la "sugestión" de los adultos hacia los niños, para que inventen abusos inexistentes, que si bien puede existir, es poco frecuente y fácilmente detectable. Esto refiere al famoso síndrome de alineación parental, la aseveración de que determinadas mujeres les hacen un *lavado de cerebro* a sus hijos para que crean que vivieron situaciones que no vivieron y de esa forma acusen de abusador a alguien que en realidad no lo es. Esto es un engendro teórico con el único objetivo de mantener el nivel de impunidad que existe.

Para concluir. Dos obstáculos para que se intervenga respetuosamente. Uno es personal, tiene que ver con la propia cosmovisión de quien está interviniendo. La ideología de esa persona resulta de lo que ha aprendido a lo largo de toda su vida, lo que ha vivido en su experiencia, lo que aprendió en su casa, en el colegio, en el intercambio con el prójimo. La suma de eso es su ideología, es el cristal a través del cual ve la realidad e interpreta las cosas que están delante.

Por eso es tan importante. Mucho cuidado con los funcionarios que se designan. Mucho cuidado con la ideología de los funcionarios que se designan. Porque son los que después van a decir que la criatura confesó, y no es poco. Es la responsabilidad del Estado.

Cuando en el Bolsón en aquel momento yo tuve esa situación física tan terrible de lo que estaba pasando, cuando el juez le preguntaba si no le gustaba el muchacho, llegué a la conclusión de que esa nena no tenía que estar ahí y que había que hacer algo para que ella no estuviera, ni ella ni ninguna otra. Ahí surgió la necesidad de redactar esa ley que finalmente elaboré³, pero que tardé cinco años en redactar porque era imprescindible utilizar aquellas palabras que fueran interpretadas adecuadamente por los legisladores que finalmente aprobarían la ley por unanimidad. Esto significó que, hoy, el sistema tenga una norma que prohíbe interactuar con quien no se debe interactuar, por lo menos no desde esa disciplina.

Actualmente, capacitarse, prepararse adecuadamente, intervenir bien no es opcional, es una obligación, lo contrario es ilegal. Y como dice una amiga psiquiatra colombiana –la Dra. Isabel Cuadros –: "el conocimiento de este tema, capacitarse adecuadamente, para la gente que tiene el título y que estudió, es un compromiso ético".

No saber ciertas cosas de la incumbencia no es disculpa. No conocer ciertos temas no da el derecho de maltratar, no da derecho de intervenir mal. Es un compromiso ético y el que no lo tiene que se dedique a otra cosa, pero que no trabaje con niños y niñas abusadas.

3 Véase la Ley 25.852 que modificó el artículo 250 bis y el 250 ter.