

Derecho y Abuso Sexual Infantil

Dra. Dora M. Felberg

Introducción

El tema del abuso sexual debe ser analizado dentro del contexto de violencia y maltrato infantil que incluye tanto el maltrato físico como el psíquico, y toda otra forma de explotación o abuso contra los menores.

El abuso de la mujer por el hombre y de los niños por los padres es tal vez, como dice Cloe Madanes,² el problema de salud mental más insidioso, más grave y más destructivo de cuantos deben enfrentar los terapeutas. Aunque a priori los autores están de acuerdo en considerar que el abuso sexual es una violencia, a veces se produce de tal modo, que hasta la misma víctima duda que la violencia haya existido.³

La violencia contra el menor se caracteriza, en general, porque ocurre dentro de la familia y ésta la oculta en la intimidad, no permitiendo que trascienda hacia afuera. Es justamente este ocultamiento el que impide que la Justicia pueda intervenir, si no existe una denuncia concreta.

Recientes investigaciones revelan que en los últimos años han aumentado en forma alarmante los delitos contra los niños. La prostitución infantil y la explotación sexual de menores es practicada por individuos u organizaciones de distintos niveles sociales. A veces son los propios familiares del menor quienes los prostituyen o los venden a organizaciones delictivas. En otros casos se trata de intermediarios, traficantes y clientes, especialmente hombres, que ejercen el vil comercio de la prostitución, el turismo sexual y la pornografía de menores.

La gravedad del tema hace imprescindible que su abordaje sea interdisciplinario y que a través de la participación de distintas disciplinas se generen estrategias y políticas que permitan implementar tareas preventivas, educativas y de sensibilización comunitaria.

A pesar de la preocupación de los organismos internacionales por la infancia maltratada, sabemos que en todos los países del mundo se violan permanentemente los derechos del niño y en ese sentido las múltiples declaraciones y los pactos existentes no son suficientes para detener este flagelo.

El marco legal del Abuso Sexual Infantil

La Convención de los Derechos del Niño (art. 34), incorporada a la Constitución de la Nación Argentina, insta a los países a impedir "la incitación o coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal, la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales y la explotación del niño en espectáculos y materiales pornográficos", y en su art. 19 expresa "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo".

Nuestro Código Penal, en su Título III, bajo el epígrafe "Delitos contra la honestidad" regula los delitos de violación, estupro y abuso deshonesto comprendiendo la figura simple del hecho abusivo y las formas agravadas cuando se pusiere en peligro la vida de la víctima o por la calidad, o situación del sujeto activo, o el número de intervinientes, agravándose en este sentido las penas. La calidad del sujeto se refiere a cuando el delito es cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta o hermano de la víctima (parentesco).

En este caso se sostiene que el delito se agrava por "el carácter incestuoso de la relación",⁴ "pero la razón de la norma legal está en la violación de una obligación de resguardo sexual proveniente del vínculo parental".

La ley agrava también el delito si el autor es un sacerdote, entendiéndose en este caso a un ministro de cualquier religión o a un encargado de la educación o guarda de la víctima.

Estas normas se complementan con la Ley de Violencia Familiar 24.417, que dispone que "toda persona que sufiere lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia". El art. 2º indica cuáles son las personas que están obligadas a denunciar los hechos de abuso de que fueran víctimas los menores o incapaces, citando entre ellos a los servicios asistenciales sociales o educativos, públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor.

Del juego armónico de todas las normas jurídicas contenidas en la Convención y en las leyes penales y civiles, se deduce que el abuso sexual infantil es motivo de grave preocupación y que lo que interesa como objetivo primordial es el interés superior del niño, interés vinculado a su desarrollo psicofísico y a su salud mental.

La edad que fija el Código Penal debajo de la cual el acceso carnal se convierte en violación es de 12 años, la que no siempre coincide con la llegada de la pubertad. En las legislaciones de otros países como Italia, Brasil, la edad se eleva a 14 años; Francia 15 años. En realidad la ley protege la inexperiencia adolescente porque se supone que el deseo y la experiencia sexual no son suficientes para determinar un verdadero discernimiento sobre las relaciones heterosexuales. Como dice Kempe,⁵ "El abuso sexual implica actividades sexuales que el niño no comprende por ser inmaduro e incapaz de dar un consentimiento informado". Actualmente varios legisladores han presentado proyectos de reforma a estos delitos coincidiendo todos en elevar la edad a 14 años e incrementar las penas a los autores del delito.

En cuanto al incesto, que desde un concepto legal se define como las relaciones sexuales entre los miembros de una familia, entre los cuales está prohibido el matrimonio (esto varía entre las diferentes culturas), podemos decir que en nuestra legislación éste no es punible, pero sí funciona como agravante si el autor del delito se halla unido a la víctima por consanguinidad. En estos casos de incesto, figura que lesiona los sentimientos más profundos de la persona, los jueces tienen que fundar sus fallos en el delito de corrupción de menores para castigar a los autores del abuso. Expresiones de los jueces, extraídas de algunos fallos, como por ejemplo: "rotos los frenos inhibitorios", "precocidad insana", "la práctica sexual con el padre descompone la moral del menor", nos demuestran el rechazo y la reacción que sienten los jueces por estas prácticas aberrantes de la conducta humana buscando sancionar con el mayor rigor que les permite la ley.⁶

Los delitos de abuso sexual se agravan no sólo por el parentesco, sino en aquellos casos en los que el abusador es un ministro de cualquier credo o el guardador del menor o encargado de su guarda o educación.

Interés y fundamento de recurrir a la Justicia

Cuando el médico o psicólogo tienen conocimiento, directa o indirectamente, de una situación de abuso sexual contra un menor, lo asalta una serie de interrogantes cuya única respuesta la puede encontrar en la órbita de la ley y la Justicia.

La legislación penal y civil otorga a la autoridad judicial los poderes y la competencia en materia de protección de menores y de represión de padres maltratantes o autores de agresiones sexuales. En la práctica, el hecho de someter a la Justicia un caso de abuso sexual contra un menor tiene una doble finalidad: por una parte el peligro encubierto en que se encuentra la víctima y por otro lado la negativa del autor de la agresión para cooperar con las medidas de ayuda propuesta por la autoridad médica o judicial.

Cuando los hechos llegan a conocimiento del juez, éste puede ejercer su poder de apreciación, determinar la gravedad del hecho, el peligro que entraña para el menor permanecer viviendo con el agresor y en consecuencia dictar las medidas urgentes que estime necesarias.

La intervención judicial permite a la víctima contar con la protección inmediata, y al agresor, asumir la responsabilidad de sus actos. En muchos casos se ha constatado que la ausencia de acción judicial puede constituir para el autor del abuso una justificación de su conducta transgresora, y para el niño, el no reconocer su condición de víctima le puede reforzar su sentimiento de culpa. La ausencia de sanción judicial por la transgresión cometida puede llevar al fracaso del trabajo educativo y terapéutico con el abusador y la víctima. La descalificación del trauma constituye a menudo un trauma complementario.

En materia de agresión sexual interfamiliar u de otras personas que forman parte del entorno educativo o religioso del menor, la penalización del agresor se justifica como una forma de que la víctima reconozca que ha recibido un daño y al mismo tiempo se concientiza al victimario de que ha cometido un acto reprobado por la ley y la sociedad, y que debe asumir su responsabilidad.

Hoy debemos destacar, como un avance en esta problemática, que los jueces trabajan con la colaboración de equipos interdisciplinarios formados por psicólogos y asistentes sociales, quienes deben tener claro que el esclarecimiento de la relación con la ley es fundamental,⁷ y que ellos mismos forman parte de un sistema sometido a la ley. "El operador debe abstenerse de crear un subsistema cliente-terapeuta al margen de la ley, debe dejar claro que la ley existe y que toda la comunidad debe conformarse a ella".⁸

De la experiencia en la materia, la ley penal no es efectiva para los casos de maltrato y abuso en todas sus formas, cuando se trata de situaciones interfamiliares. Esto nos lleva a pensar que una intervención no represiva permite tal vez una mayor denuncia de estos hechos reprobables y este criterio es recogido por la Ley de Violencia Familiar, que permite a través de sus normas que el juez convoque a las partes a una audiencia de mediación, "instando a las mismas y a su grupo familiar a asistir a programas educativos o terapéuticos teniendo en cuenta un diagnóstico interfamiliar que previamente le permita conocer la situación de peligro y el medio socio ambiental de la familia".

En el caso de corrupción o prostitución de menores con ánimo de lucro, pornografía o tráfico de menores es fundamental la intervención de la justicia penal por las características de los individuos involucrados. El Congreso Mundial contra la Explotación Sexual de los Niños con Fines Comerciales, organizado en forma conjunta por el gobierno sueco, el Fondo Internacional de las Naciones Unidas de Socorro a la Infancia (UNICEF) y la entidad denominada End Child Prostitution in Asian Tourism (ECPAT), celebrado en Estocolmo el 31 de agosto de 1996, planteó como objetivo concentrar la atención internacional en este problema, que abarca la prostitución y la pornografía infantiles y la venta y tráfico de menores, y concertar las medidas destinadas a erradicarlo.

Reflexiones jurídicas sobre un caso clínico

En el caso clínico que planteara la Dra. Juana Guiter sobre el cura párroco de Magdalena y que trabajamos interdisciplinariamente, caben las siguientes reflexiones:

1) La figura del abusador:

En el caso de que el victimario sea un sacerdote, la posición mayoritaria de la doctrina sostiene que no basta la condición requerida en el sujeto activo, sino que es preciso que exista una relación de confianza y respeto por parte de la víctima hacia la figura del representante de la Iglesia, que es lo que la ley considera justamente como agravante.⁹ En el caso de que un sacerdote cometa una violación a una mujer que desconoce su condición religiosa, hay quienes opinan que no comete violación agravada.¹⁰

Una opinión contraria es sostenida por el tratadista Ricardo C. Núñez,¹¹ para quien la criminalidad del hecho reside en la violación del deber de moralidad y honestidad que le impone al autor su calidad de sacerdote. Comparto esta última opinión, ya que entre la víctima y el sacerdote, aunque no haya mediado una relación de respeto y confianza por ignorar su

calidad de clérigo, se da la calificación de agravante por su condición de tal. De comprobarse el delito, si se trata de violación, la pena es de 8 a 20 años. Si es un caso de abuso deshonesto, la pena agravada es de 3 a 10 años.

En el caso que analizamos, por la investidura del abusador y las denuncias formuladas por algunos padres, el hecho tuvo gran repercusión y el autor fue condenado, aunque de acuerdo con los antecedentes que expuso la Dra. Guiter, hoy goza de libertad vigilada y fue destinado a otra parroquia.

2) *Denuncia tardía:*

En general, ya se dijo que toda la problemática del abuso sexual infantil queda oculta en el seno familiar o en el interior de una parroquia, como ocurrió en el caso que nos ocupa.

Cuando la denuncia se realiza ante las autoridades, esto es consecuencia de una crisis agobiante producida dentro del grupo familiar que rompe el pacto de silencio tácito existente entre las personas involucradas. En otros casos se descubre el hecho casualmente y entonces se denuncia para no cargar con un peso de conciencia. También contribuyen a ello las campañas de información que cumplen las entidades de protección al menor, especialmente en las escuelas.

Generalmente la víctima que guarda por muchos años el secreto, se anima a hablar cuando llega a la adolescencia y está en condiciones de enfrentar la autoridad paterna. En otros casos, sólo en la edad adulta se anima a contar su drama. (En los Estados Unidos, en algunos Estados se admite la denuncia hasta los 26 años, basándose en el concepto de la "memoria reprimida").

En todos los casos de denuncia es muy importante la actuación de los funcionarios. Éstos deben ser profesionales especialmente preparados para recibir la información con una escucha totalmente objetiva y secundados por un equipo interdisciplinario. Muchas veces se observa en las personas autorizadas para recibir la denuncia una actitud de aliarse con los adultos, pensando que si la víctima efectuó su denuncia tardíamente es porque no era tan grave lo ocurrido.

Prejuizar limita y reduce el valor de la investigación. Solamente explorando alternativas e hipótesis contradictorias se puede llevar adelante las investigaciones con imparcialidad.

El miedo de la madre a apoyar la denuncia por abuso sexual tiene que ver con el sentimiento de temor a destruir el grupo familiar si el abusador va preso. Y en el caso del menor que no se atreve a denunciar, predomina el sentirse enteramente responsable de destruir a su familia.

Los abusadores que no pertenecen al entorno familiar y que cuentan con cierto prestigio son difícilmente objeto de denuncias. En el caso del párroco de Magdalena, la especial figura de un representante de la Iglesia, máxima autoridad moral para los fieles, potenció la incredulidad y la falta de apoyo de los padres y funcionarios para profundizar la investigación.

Actualmente se nota una mayor predisposición a denunciar el maltrato y el abuso sexual, producto de la concientización que llevan adelante los especialistas en violencia familiar y los Centros de Atención de las Víctimas de Violencia Sexual dependiente de la Policía Federal.

Esta mayor predisposición a denunciar, ante las instancias oficiales, casos de maltrato y abuso sexual contra menores, permitió llevar adelante sendos procesos judiciales que culminaron en ejemplares condenas de este aberrante delito.

3) *Retractación:*

La retractación en los niños abusados o en el familiar que se atrevió a efectuar la denuncia, generalmente la madre, es bastante frecuente. Las causas obedecen a sentimientos de culpa y al temor de que se destruya el grupo familiar.

El hecho de que después de la denuncia el abusador pueda ir preso, crea en el menor o en la madre un sentimiento de culpabilidad muy grande, hasta tal punto que se termina por negar que el abuso realmente haya ocurrido. El miedo a la exclusión del hogar y a la marginación forman parte de los temores de la víctima.

En una causa judicial citada por Grosman y Mesterman en su libro *Maltrato al menor*, pág. 157, se transcribe parte del fallo donde el juez, al evaluar la retractación de la menor, dice: "...la última exposición presenta todas las características de los testimonios interesados y mendaces que los menoscabados en este tipo de injustos pronuncian cuando los mismos acontecen en medio de situaciones parentales o de núcleos familiares ilegalmente constituidos. Ello generalmente se explica —aunque no lo justifica— debido a la peculiar escala de valores que reconocen tales núcleos a sus integrantes, donde suele adquirir más importancia —al prolongarse la detención del imputado— la pérdida del principal ingreso de la casa, necesario para atender los requerimientos que demanda la subsistencia... También coadyuvan en igual sentido los lazos afectivos existentes entre el acusado y los demás miembros de la familia, con exclusión de la agraviada, y que, con el tiempo, hace que se responsabilice a ésta, abierta o sigilosamente, de la pérdida del ser querido que deben soportar".

El acceso del menor a los Tribunales debería estar garantizado por la presencia de un profesional que lo represente y lo asista en los interrogatorios y le brinde todo el apoyo que necesite. En Francia existe la figura del *abogado del niño*, cuya función es acompañarlo en el proceso judicial. El abogado está para proteger los intereses del niño, como el médico protege su salud. Pone en palabras de él, el sufrimiento del niño. Debe explicar el comportamiento del abusador y mostrarle al niño que él no es el responsable. En una palabra es su traductor jurídico frente a los adultos.

En la actualidad la Ley de Violencia Familiar constituye un importante adelanto en esta materia, fundamentalmente por que ha abierto otro camino que el del Código Penal y permite que el juez de familia pueda conocer los hechos de violencia, maltrato y abuso dictando las medidas cautelares necesarias para proteger en forma urgente al menor y al mismo tiempo que el grupo familiar asista a programas educativos o terapéuticos.

El abordaje interdisciplinario psicológico y legal sobre el abuso sexual infantil es imperativo, dado que por su complejidad este fenómeno social requiere una tarea preventiva, educativa y de sensibilización comunitaria.

Profesionales, comunidad y Estado tienen el compromiso insoslayable de cumplir con el mandato constitucional de dar eficacia a las normas de la Convención de los Derechos del Niño.

Bibliografía

1. ÁLVAREZ, Atilio, y BORZONE, Graciela: Bases para reorganizar la función proteccional del Estado en materia de menores, VII Encuentro Nacional de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores, Mar del Plata, Argentina, Nov. 1987.
2. BAIER, E. y UNDERHILL, E.: La protection de l'enfant en droit international, "Revue Internationale de Droit Penal", v. 50, Geneve, Suiza, 1979.
3. BELLUSCIO, A. (Dir.) y ZANNONI, E. (Coord.): Código Civil y Leyes Complementarias, comentado, anotado y concordado, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1978-1986.
4. CÁRDENAS, Eduardo José: Familias en crisis, Edit. Fundación Navarro Viola, Buenos Aires, 1991.
5. CARRARA, Francesco: Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1964.
6. CLEMENTE, José Luis: Violación. Estupro. Abuso Deshonesto, Marcos Lerner Editora, Córdoba, pág. 68.
7. CHAVENAU DE GORE, Silvia: Justicia de menores e interdisciplina, Rev. "Derecho de Familia" N° 3, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
8. DYBOWSKY, Tomas: Legislation Comparée, Juris Classeurs, t. 8, Paris, 1987.
9. FONTÁN BALESTRA, Carlos: Delitos Sexuales, Edit. Arayu, 1933.
10. FUGARETTA, Juan Carlos: Aspectos jurídicos de la minoridad, en Maltrato y violencia infanto-juvenil, Unicef, Buenos Aires, 1986.
11. GLASER, Danya y FROSH Stephen: Abuso Sexual de Niños. Fundación Familia y Comunidad, Edit. Paidós, 1997.
12. GROSMAN, Cecilia y MESTERMAN, Silvia: Maltrato al Menor. Edit. Universidad, 1992.
13. KEMPE Ruth S. y KEMPRE C. Henry: Niños maltratados, Ediciones Morata, Madrid, 1979.
14. NUÑEZ, Ricardo C.: Tratado de Derecho Penal, t. III, vol. II, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1977.
15. PERRONE Reynaldo y NANNINI Martine: Violencia y abusos sexuales en la familia. Cloe Madanes, Edit. Paidós Terapia Familiar, 1997.
16. SOLER, Sebastián: Derecho Penal Argentino, t. III, Edit. TEA, 1978.
17. UNICEF Argentina: Convención sobre los Derechos del Niño. Art. 75, Constitución Argentina.
18. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: En busca de las penas perdidas (Deslegitimación y dogmática jurídico-penal), Ediar, Buenos Aires, 1989.
19. IMPERIAL, María L.: "The convergence between illusion and reality: lifting the veil of secrecy around childhood sexual abuse" with Mullgrav J. B.; Appears in "St. John's Journal of Legal Commentary", v. 8 (Fall'92). Subject: Child sexual abuse. New York (State) Victim restitution. New York (State) Limitation of actions. New York (State).
20. RUSSELL, Diana E. H. "Sexual exploitation: rape, child sexual abuse, and workplace harassment", Beverly Hills, Calif. Sage Publications, 1984. Subject: Rape. California Child Sexual Abuse. California.