



LA JUSTICIA ESPAÑOLA FRENTE AL ABUSO SEXUAL INFANTIL EN EL ENTORNO FAMILIAR

Un análisis de casos a la luz de
los estándares internacionales de derechos humanos



POR SOLIDARIDAD
OTROS FINES DE INTERÉS SOCIAL



DIRECCIÓN Y
COORDINACIÓN
Yolanda Román

EQUIPO DE
INVESTIGADORAS
María Naredo
Liliana Orjuela
Virginia Rodríguez

ARTE Y
MAQUETACIÓN
Óscar Naranjo Galván

AGRADECIMIENTOS

Save the Children quiere expresar su agradecimiento a las madres que nos han hecho llegar la documentación relativa a los casos de sus hijos e hijas con el fin de que el análisis los mismos pueda servir para mejorar la respuesta institucional ante este tipo de casos. Su aportación, base fundamental de esta investigación, ha llenado de realidad las páginas de este informe.

Además, la organización quiere agradecer a Sonia Vaccaro, Margarita García Márquez, Fátima Urquijo y Celia Garrido, sus valiosas aportaciones en las fases preliminares de la investigación.



POR SOLIDARIDAD
OTROS FINES DE INTERÉS SOCIAL

SE AUTORIZA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL SIN FINES COMERCIALES
DE LOS CONTENIDOS DE ESTA PUBLICACIÓN CITANDO SU ORIGEN

Save the Children
Plaza Puerto Rubio, 28
28053 Madrid

T: (+34) 91 513 05 00
F: (+34) 91 552 32 72

www.savethechildren.es | [@SavetChildren](https://twitter.com/SavetChildren)



LA JUSTICIA ESPAÑOLA FRENTE AL ABUSO SEXUAL INFANTIL EN EL ENTORNO FAMILIAR

Un análisis de casos a la luz de
los estándares internacionales de derechos humanos

ÍNDICE

7	PRESENTACIÓN
9	OBJETIVOS Y PREGUNTAS DE LA INVESTIGACIÓN
11	METODOLOGÍA
13	PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LOS CASOS ANALIZADOS
14	MARCO NORMATIVO
14	La Convención sobre los derechos de niño y la doctrina de su Comité
19	Normativa europea
20	Directrices internacionales y europeas sobre justicia adaptada a la infancia
21	Normativa española y protocolos de actuación
25	RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN
25	Tres barreras de partida
35	Motivos de preocupación relacionados con las obligaciones de índole general
45	Principales trabas detectadas e los procedimientos penales por abuso sexual infantil
76	Impactos de la falta de investigación en los derechos de los niños y las niñas
79	Principales resultados del análisis de la jurisprudencia
82	CONCLUSIONES
87	RECOMENDACIONES
91	ANEXO: RESUMEN DE CASOS
92	Caso 1: Alicia
94	Caso 2: Raquel
98	Caso 3: Jesús y Pablo
101	Caso 4: Almudena

“Ningún magistrado de esta tierra puede hacer desaparecer el daño que padeció una niña abusada; un juez sensible, respetuoso y actualizado sobre el tema, puede evitarle nuevos sufrimientos.”

Rozanski, C.A. Abuso sexual infantil. ¿Denunciar o Silenciar?
Ediciones B. Buenos Aires, 2003.

PRESENTACIÓN

Entre las distintas formas de violencia contra los niños y las niñas, el abuso sexual es una de las manifestaciones más extendidas y, a la vez, más ocultas. El abuso sexual supone la violación de un amplio catálogo de derechos humanos, como la integridad física y mental, el derecho al más alto nivel de salud, a la libertad personal y a la no discriminación, entre otros. Esta forma de violencia contra la infancia resulta especialmente difícil de detectar y de abordar cuando se produce en el seno de la familia y más aún cuando afectan a niños y niñas en su primera infancia.

El derecho internacional obliga a los Estados a respetar, proteger y hacer realidad los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción. En aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas esto incluye no sólo garantizar que sus propios funcionarios cumplen con las normas de derechos humanos, sino también actuar con la “debida diligencia” para responder frente a las violaciones contra los derechos humanos cometidas por particulares (agentes no estatales). El estándar internacional de la “debida diligencia” describe el grado de esfuerzo que un Estado debe hacer para convertir en realidad los derechos humanos, lo cual incluye obligaciones en el plano de la prevención y de la investigación del abuso sexual infantil, de la sanción de los responsables y de la protección, justicia y reparación a los niños y las niñas.

En los últimos años se ha multiplicado el impulso normativo internacional para la mejora de la respuesta de los Estados ante este tipo de agresiones, a partir del enfoque de derechos de la infancia establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño. En el ámbito europeo, tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea han avanzado en la definición de un régimen de tutela, atención y protección de los derechos de los niños y las niñas, en particular su derecho a la vida, a la integridad y al pleno desarrollo protegidos de toda forma de violencia. En 2007, el Consejo de Europa aprobó el Convenio para la protección de los niños y niñas contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote), ratificado por España. Más recientemente, la Unión Europea promulgó la Directiva relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, de 2011. Ambos instrumentos pretenden reforzar el compromiso de los Estados de actuar con la “debida diligencia” para garantizar la protección efectiva de los derechos humanos de los niños y las niñas frente al abuso sexual.

Save the Children trabaja desde diferentes perspectivas en la prevención del abuso sexual infantil y la promoción de los derechos de las víctimas de este tipo de agresiones. Una de las labores principales de la organización en este ámbito ha sido la evaluación de las políticas y de las prácticas administrativas con vistas a la formulación de recomendaciones para una mejor protección de los niños y las niñas. En el marco de este trabajo, se ha identificado la Administración de Justicia como un ámbito institucional de enorme importancia para la realización de los derechos de los niños y las niñas que se enfrentan

a este tipo de agresiones. Ya en 2002 una investigación llevada a cabo por Save the Children en varios Estados europeos, entre ellos España, y que concluyó con el informe *Child abuse and adult justice*, alertaba de la experiencia potencialmente revictimizadora que supone enfrentar a un niño o una niña víctima de abuso sexual a un proceso judicial. Esto es debido fundamentalmente a la falta de atención de los operadores de justicia a la situación de especial vulnerabilidad de las niñas y los niños que sufren este tipo de agresiones.

El trabajo de seguimiento tras la citada investigación ha revelado que en España, a pesar de ciertos avances legislativos, la respuesta ante el abuso sexual infantil aún no se articula desde una perspectiva integral que vertebré la actuación de todos los ámbitos institucionales desde un mismo enfoque y con un mismo objetivo. Además, a través del estudio de casos individuales la organización ha detectando obstáculos y dificultades para la realización de los derechos de los niños y las niñas en su búsqueda de protección y justicia, muy especialmente cuando los abusos se producen en ámbito de la familia y afectan a niños y niñas de muy corta edad. La preocupación por que los avances normativos, especialmente en el contexto europeo, pudieran no estar traducándose en una mayor diligencia en la actuación de la Administración de Justicia en España ante este tipo de casos ha llevado a la organización a sistematizar la información recibida y a seleccionar una serie de casos considerados paradigmáticos o que evidencian de forma más clara importantes trabas en el acceso a la protección y la justicia, así como graves deficiencias en la respuesta judicial.

Este informe es el fruto del análisis de cuatro casos de niños y niñas que mostraron los primeros signos de abuso sexual a manos de sus propios padres en edad preescolar y que, debido a la complejidad a la hora de acreditar los abusos, así como a la falta de diligencia y de impulso procesal por parte de los diferentes actores involucrados en el proceso judicial, han sido sobreseídos de forma provisional. Tomando como base estas experiencias, complementadas con el análisis de decisiones de las Audiencias Provinciales en materia de sobreseimiento de casos de abuso sexual infantil intrafamiliar, la investigación analiza el origen y alcance de los principales obstáculos que dificultan el acceso de las presuntas víctimas de estos delitos a una adecuada protección y a la tutela judicial efectiva. A partir de las conclusiones de la investigación, la organización formula recomendaciones a los poderes públicos.

I. OBJETIVOS Y PREGUNTAS DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación se desarrolla para alcanzar los siguientes objetivos:

- Valorar si la tutela judicial del derecho de los niños y las niñas a ser protegidos contra el abuso sexual se está llevando a cabo de una forma que atienda a su interés, sin dañarles ni revictimizarles.
- Analizar el principio del “interés superior del niño” que se maneja en estos procesos judiciales, quién lo defiende (de hecho) durante el proceso y qué actuaciones procesales en cada caso contradicen su realización.
- Valorar la actuación del Ministerio Fiscal en el impulso de los procedimientos judiciales y en la investigación.
- Identificar las dificultades legales, procesales y periciales (técnicas) para el pleno y efectivo ejercicio de los derechos de los niños y las niñas víctimas de abuso sexual en su búsqueda de protección y justicia, con especial atención a los obstáculos específicos que afectan a niños y niñas en la primera infancia.

La investigación trata de dar respuesta a preguntas fundamentales relacionadas con la preocupación por varias deficiencias detectadas en la respuesta judicial a varios casos de presuntos abusos sexuales cometidos contra niños en su primera infancia. Las preguntas de la investigación han sido las siguientes:

1. ¿Cuáles son las principales trabas que dificultan que, una vez detectado un posible caso de abuso sexual infantil, la supuesta víctima obtenga una adecuada protección? ¿Existen trabas añadidas cuando el presunto agresor es el padre? ¿Son mayores los obstáculos en razón de la corta edad del niño o la niña?
2. ¿Existen diferentes interpretaciones del principio del “interés superior del niño”? ¿Qué factores sustentan las diferencias?
3. ¿Cómo se lleva a cabo la práctica de la prueba, especialmente la testifical, de las supuestas víctimas en estos casos? ¿Cuáles son las principales fuentes de revictimización de las niñas y los niños víctimas de abuso sexual durante los procesos judiciales?
4. ¿Cuál es la actuación del Ministerio Fiscal en los casos documentados, en términos de impulso del proceso y de garantía de diligencia en la investigación judicial de los presuntos abusos sexuales?
5. Respecto a la valoración judicial de la prueba, ¿en qué medida se tiene en cuenta la versión que los propios niños y niñas víctimas hacen de los hechos?

¿Cuáles son los principales argumentos que sustentan las dudas sobre la credibilidad del testimonio de los niños y las niñas? ¿Qué impacto tienen en esta valoración las alegaciones sobre “síndrome de alienación parental” (o manipulación paterna/materna), así como los juicios de valor sobre las conductas de los progenitores?

6. ¿Qué efectos puede tener la falta de investigación de los abusos sexuales en el ejercicio efectivo de los derechos de los niños y niñas afectadas?

II. METODOLOGÍA

Para dar respuesta a las preguntas de la investigación se ha utilizado principalmente la metodología de documentación de casos, una técnica utilizada para investigar violaciones de derechos humanos. Debido a la trascendencia de la cuestión investigada, la validez de los resultados producidos por este tipo de investigaciones no está sujeta al tamaño de la muestra, sino que exige que los casos documentados constituyan un patrón, sean la “punta del iceberg” de otros tantos casos que se han podido conocer. La organización ha tenido conocimiento de casos similares a los estudiados en este informe, en los que las actuaciones judiciales se caracterizan por importantes carencias y deficiencias a la hora de garantizar los derechos de los niños y las niñas y asegurar su protección.

Para formular las preguntas de la investigación y realizar el análisis de los casos se ha tomado como base el marco normativo y jurisprudencial vinculante en España, que consagra un catálogo de obligaciones que debe cumplir el Estado (titular de obligaciones) y de derechos de los niños y las niñas (titulares de derechos) que deben hacerse realidad. El trabajo de campo ha consistido, por tanto, en documentar los casos y, en paralelo, describir el elenco normativo a través del cual poder identificar las posibles brechas norma-realidad.

Entre los casos conocidos, la organización ha centrado su documentación y análisis en torno a cuatro casos de abuso sexual presuntamente cometidos por el padre, durante la primera infancia y que afectan a cinco¹ niños y niñas. Estos casos han sido seleccionados y se ha profundizado en su análisis porque reúnen una importante base de evidencias (físicas y psicológicas), incluido el testimonio directo de la niña o el niño afectado. A pesar de estas evidencias, las denuncias presentadas —bien por las madres o por personal sanitario— para tratar de esclarecer los hechos han sido objeto de sobreesimiento provisional en todos los casos. Estos casos podrían estar alertando sobre un patrón de graves deficiencias por parte de la Administración de Justicia que revelan importantes obstáculos de acceso a la justicia y de obtención de una adecuada protección para los niños y las niñas.

La documentación de los casos se ha realizado a partir de entrevistas con las representantes legales de los niños y las niñas afectadas, contrastada con la documentación obrante en el expediente judicial que ha quedado depositada en la organización con las debidas cautelas de confidencialidad. La reconstrucción de los casos a partir de la documentación existente ha permitido responder a las preguntas de la investigación e identificar características comunes a los diferentes casos, que ponen en evidencia los obstáculos para la realización de los derechos de los niños y niñas.

¹ En uno de los casos la sospecha de abuso sexual paterno afecta a dos hermanos.

Como complemento al análisis de casos, se han analizado los 65 autos de las Audiencias Provinciales del conjunto de partidos judiciales del Estado español que, en el último año y medio (entre el 1 enero de 2011 y el 30 de junio de 2012) han resuelto recursos de apelación contra autos de sobreseimiento dictados por los juzgados de instrucción en casos de abuso sexual infantil.

III. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LOS CASOS ANALIZADOS

Sexo y edad

La primera circunstancia común a todos los casos analizados es que los cinco niños y niñas afectados tenían una edad muy temprana (entre diecisiete meses y cuatro años) en el momento de identificarse los indicios de abuso sexual que dieron lugar a la primera denuncia. En el momento de realizar esta investigación habían transcurrido entre 2 y 5 años desde que la Administración de Justicia archivara la primera denuncia.

Caso	Sexo	Nº denuncias	Resultado proceso penal	Edad de la 1ª denuncia	Edad actual
Caso 1	niña	2	Sobreseimiento provisional	17 meses	6 años
Caso 2	niña	2	Sobreseimiento provisional	4 años	9 años
Caso 3	niño / niño	6	Sobreseimiento provisional	4 años / 3 años	7 años / 5 años
Caso 4	niña	1	Sobreseimiento provisional	4 años	6 años

Identidad de la personas denunciante

En todos los casos existen informes médicos que refieren indicadores de abuso sexual y en tres de los casos la denuncia ha partido directamente de un centro médico. Sin embargo, en todos los casos, las madres de las víctimas se han personado como acusación particular y han tenido que sostener el impulso del proceso penal.

Contexto de violencia de género

Otro denominador común presente en tres de los cuatro es que las madres de las niñas y los niños afectados por los presuntos abusos sexuales interpusieron denuncias por violencia de género. Dichas denuncias fueron sobreseídas o se dictó sentencia absolutoria por falta de pruebas.

Comunidad Autónoma

Madrid (Madrid capital y municipios de la provincia), Cataluña y Galicia.

IV. MARCO NORMATIVO

La normativa en materia de protección de los derechos humanos de los niños y las niñas frente al abuso sexual emana de tres ámbitos fundamentales: los tratados de derecho internacional de derechos humanos ratificados por España; los tratados y otra normativa vinculante de ámbito europeo; y la legislación española sustantiva y procesal. Las normas y tratados de ámbito internacional son compromisos que generan la obligación para el Estado de implementar esta normativa en el ordenamiento jurídico interno. Esto supone que los tratados internacionales son parte de la legislación interna conforme establece la Constitución Española de 1978 (artículo 96). Pero, además, establece la obligación de que las normas sobre derechos fundamentales y libertades, reconocidas constitucionalmente sean interpretadas conforme a las normas y tratados internacionales de derechos humanos (el artículo 10.2 de la CE). Por tanto, las leyes españolas (sustantivas, procesales, pero también presupuestarias, destinadas a la prevención y de asistencia) deben ceñirse a las disposiciones de las normas internacionales.

4.1. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE NIÑO Y LA DOCTRINA DE SU COMITÉ

España ha ratificado los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos la **Convención sobre los derechos del niño de Naciones Unidas**², que en el artículo 19 establece la obligación de los Estados de proteger a los niños y las niñas de toda forma de violencia, incluido el abuso sexual, a través de medidas *“legislativas, administrativas, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño (...) y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”*.

El Comité de derechos del niño de Naciones Unidas, organismo que vigila el cumplimiento de la Convención por parte de los Estados afirma en su Observación General nº 13 que *“la protección contra todas las formas de violencia debe considerarse no solo desde el punto de vista del derecho del niño a la vida y la supervivencia, sino también en relación con su derecho al desarrollo, que se ha de interpretar en consonancia con el objetivo global de la protección del niño”*³.

La obligación del Estado español de actuar con la “debida diligencia” frente a las violaciones de los derechos humanos cometidos por personas particulares implica

² Ratificada por el Estado español el 30 de noviembre de 1990. Instrumento de ratificación publicado en el Boletín Oficial del Estado el 31 de diciembre de 1990

³ Comité de los derechos del niño, Observación General nº 13 El derecho del niño a no ser objeto de ningún tipo de violencia, CRC/C/GC/13, de 18 de abril de 2011, párr: 62

muy especialmente la actuación de la Administración de Justicia. El artículo 2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos obliga a establecer cauces efectivos de denuncia y obtención de justicia, lo que implica, en casos como los que sirven de base a este informe, la investigación diligente de los hechos y la sanción de los responsables, así como la adopción de medidas de protección y reparación para las víctimas. El Comité de derechos humanos de Naciones Unidas afirma que *“esos recursos se deben adaptar adecuadamente para tener en cuenta la vulnerabilidad especial de ciertas clases de personas, en particular los niños”*⁴.

El Comité de los derechos del niño ha reconocido en sus Observaciones Generales el importante rol que desempeña la familia como agente primordial de socialización y de protección, pero también reconoce expresamente que este es el entorno en el que más habitualmente sufren la violencia los niños y las niñas. Así, en la Observación General nº 13 sobre la protección de la infancia frente a la violencia *“el Comité reconoce la importancia primordial de la familia, incluida la familia extensa, en la atención y protección del niño y en la prevención de la violencia. Sin embargo, reconoce también que la mayor parte de los actos de violencia se producen en el ámbito familiar y que, por consiguiente, es preciso adoptar medidas de intervención y apoyo cuando los niños sean víctimas de las dificultades y penurias sufridas o generadas en las familias”*⁵.

Los niños y las niñas como “titulares de derechos”

La aprobación de la Convención sobre los derechos del niño supone el reconocimiento universal a todos los menores de 18 años de la titularidad del catálogo de derechos fundamentales que en ella se establecen. El hecho de la falta de plena madurez física y mental de los niños y las niñas supone la obligación para los Estados de proporcionarles una mayor protección y un cuidado especiales, además del deber de garantizar adecuadamente el respeto de sus derechos, poniendo a su disposición todos los medios necesarios para que puedan ejercerlos plenamente de acuerdo con su edad, desarrollo y capacidades.

El derecho a no ser objeto de ninguna forma de violencia del que son titulares todos los niños y las niñas exige de los Estados adoptar las medidas necesarias para asegurar esta protección efectiva. El Comité de los derechos del niño ha enfatizado en varias de sus recomendaciones que la interpretación del artículo 19 de la Convención sobre los derechos del niño (donde se consagra este deber de protección de los niños y niñas frente a la violencia) requiere un enfoque adecuado y la observación de una serie de principios generales. Los Estados deben actuar con un enfoque que reconozca que los niños y las niñas no son meros objetos de protección, sino titulares de derechos. El Comité de los derechos del niño considera que este enfoque *“debe afirmarse y defenderse como objetivo primordial de las políticas de protección del niño en los Estados partes”*.

⁴ Comité de derechos humanos; Observación General nº 31 Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, HRI/GEN/1/Rev.7, de 26 de mayo de 2004, párr: 15.

⁵ Comité de los derechos del niño, Observación General nº 13, ... op. cit. párr: 3 h)

Por lo tanto, la protección frente a la violencia debe basarse en “el respeto de la dignidad, la vida, la supervivencia, el bienestar, la salud, el desarrollo, la participación y la no discriminación del niño como persona titular de derechos”⁶. El Comité de los derechos del niño afirma con énfasis la importancia del reconocimiento de la dignidad de la persona, que “exige que cada niño sea reconocido, respetado y protegido como titular de derechos y como ser humano único y valioso con su personalidad propia, sus necesidades específicas, sus intereses y su privacidad”⁷.

El deber de especial protección en la primera infancia y el derecho a la no discriminación

Los niños y las niñas son titulares de los derechos reconocidos en la Convención sobre los derechos del niño desde su nacimiento, por ello el reconocimiento, respeto y promoción de los mismos debe garantizarse desde la primera infancia. El Comité de los derechos del niño en su Observación General n° 7 sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia⁸ afirma que “los primeros años de los niños pequeños son la base de su salud física y mental, de su seguridad emocional, de su identidad cultural y personal y del desarrollo de sus aptitudes”⁹ e insta a los Estados a reconocer y garantizar todos los derechos de la Convención sobre los derechos del niño desde el nacimiento del niño o la niña y en la primera infancia, a la vez que alerta de su especial vulnerabilidad en esta etapa evolutiva. El Comité alerta sobre el riesgo de violencia que afecta especialmente a las niñas y los niños más pequeños, así como sobre sus repercusiones y afirma que “Existen pruebas convincentes de que el trauma resultado de la negligencia y el abuso tiene una repercusión negativa en el desarrollo, y, en el caso de niños muy pequeños, efectos mensurables en los procesos de maduración cerebral. Teniendo en cuenta que el abuso y la negligencia son más frecuentes en la primera infancia y considerando que hay pruebas de que tienen repercusiones a largo plazo, los Estados Partes deberán hacer cuanto esté en su mano para salvaguardar a los niños pequeños en situación de riesgo y ofrecer protección a las víctimas de los abusos, tomando medidas positivas para apoyar su recuperación del trauma, evitando al mismo tiempo estigmatizarlos por las violaciones de las que han sido víctimas”¹⁰.

El artículo 2 de la Convención sobre los derechos del niño consagra el derecho de los niños y las niñas a no sufrir discriminación en la tutela y la protección de sus derechos. El Comité de los derechos del niño ha reconocido que los niños y las niñas durante la primera infancia “corren un riesgo especial de discriminación porque se encuentran en una posición de relativa impotencia y dependen de otros para la realización de sus derechos”¹¹.

⁶ Íbidem, párr:59

⁷ Íbidem, párr:3 c)

⁸ Comité de los derechos del niño, Observación General n° 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006

⁹ Íbidem, párr: 6 b)

¹⁰ Íbidem, párr: 36 a) Niñas y niños pequeños con necesidades especiales de protección.

¹¹ Íbidem, párr:11 a) Derecho a la no discriminación

Ha identificado trabas en el comportamiento de los Estados que dificultan el reconocimiento como verdaderos titulares de derechos a niños y a niñas de edades tempranas. La importancia de paliar este riesgo de discriminación ha llevado a formular la Observación General nº 7 sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia en la que muestra preocupación porque *“los Estados Partes no hayan prestado atención suficiente a los niños pequeños en su condición de portadores de derechos, ni a las leyes, políticas y programas necesarios para hacer realidad sus derechos durante esa fase bien diferenciada de su infancia”*¹². Por todo ello, ha instado a *“adoptar medidas cuando el bienestar de los niños pequeños pueda correr riesgo”*¹³.

El interés superior del niño y el derecho de las niñas y los niños a ser escuchados

El artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño establece el principio de que el “interés superior del niño” será una consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños y las niñas. Según el Comité de los derechos del niño *“la interpretación del interés superior del menor debe ser compatible con todas las disposiciones de la Convención, incluida la obligación de protegerles contra toda forma de violencia. Este principio no puede aducirse para justificar prácticas tales como castigos corporales y otras formas de castigos crueles o degradantes, que están reñidas con la dignidad humana y el derecho a la integridad física del niño. Lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”*¹⁴.

En particular, el Comité de los derechos del niño sostiene que situar el interés superior del niño en el centro de las respuestas y de las actuaciones institucionales implica dos obligaciones fundamentales:

Prevenir todas las formas de violencia y promover la crianza positiva de los niños, haciendo hincapié en la necesidad de centrar los marcos nacionales de coordinación en la prevención primaria;

Invertir recursos humanos, financieros y técnicos suficientes en la aplicación de un sistema integrado de protección y atención del niño basado en los derechos.

El Comité de los derechos del niño aún no ha promulgado una Observación General que guíe a los Estados en la tarea de determinar el “interés superior del niño”, pero sí existen algunas directrices e indicaciones del Comité que se establecen en las distintas Observaciones Generales. También existen otros estándares, como las Directrices para una justicia adaptada a la infancia¹⁵ del Consejo de Europa, que establecen una serie de

¹² Íbidem, párr: 3 Los niños pequeños son portadores de derechos

¹³ Íbidem, párr: 18

¹⁴ Comité de los derechos del niño, Observación General nº 13,... op. cit., párr: 61 a) interés superior del niño

¹⁵ Adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en el 1098º encuentro de los ministros. Versión editada de 31 de mayo de 2011

requisitos que los Estados (en este caso, el Poder Judicial en concreto) deben cumplir en la determinación del interés superior del niño. En el apartado correspondiente del capítulo sobre los resultados de esta investigación se analiza el cumplimiento de estos requisitos por parte de los juzgados que han dictado resoluciones en los casos documentados en este informe.

El artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño obliga al Estado a *“garantizar al niño o niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan. Este mandato incluye la obligación de tener debidamente en cuenta estas opiniones, en función de la edad y madurez del niño”*. En relación con los procesos judiciales o administrativos de protección de los niños y las niñas frente a la violencia, el Comité recuerda a los Estados que *“El derecho del niño a ser escuchado es particularmente importante en situaciones de violencia”* y que *“la participación de los niños facilita la protección (...) Los niños tienen derecho a ser escuchados desde una edad muy temprana, cuando son particularmente vulnerables a la violencia. Hay que incitar a los niños a expresar sus opiniones, y tenerlas debidamente en cuenta en cada etapa del proceso de protección del niño”*¹⁶.

En la Observación General n°12 sobre el derecho del niño a ser escuchado, el Comité evidencia el esencial vínculo entre estos dos principios rectores de la Convención sobre los derechos del niño y afirma que: *“En realidad, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 (donde se establece el principio del interés superior del niño) si no se respetan los componentes del artículo 12 (el derecho del niño a ser escuchado). Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida”*¹⁷.

¹⁶ Comité de los derechos del niño, Observación General n° 13, ... op. cit., párr: 63

¹⁷ Comité de los derechos del niño, Observación General n° 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, de 20 de julio de 2009, párr: 74

4.2. NORMATIVA EUROPEA

En el ámbito europeo, el Consejo de Europa ha convertido la promoción y realización de los derechos de los niños y las niñas en Europa en una prioridad. En el contexto de la estrategia Building a Europe for and with children se ha planteado como un objetivo clave la protección de los niños y las niñas frente a la violencia, particularmente la violencia sexual. Para lograrlo se han promovido campañas de sensibilización¹⁸ y se han aprobado directrices y normativa vinculante para la protección de los niños y niñas frente a la violencia y la garantía de acceso a la justicia para las víctimas de tales abusos.

De manera particular, es preciso citar entre la normativa vinculante emanada del Consejo de Europa, el Convenio para la protección de los niños y niñas contra la explotación y el abuso sexual de 2007 (en adelante, Convenio de Lanzarote), ratificado por España¹⁹. Este tratado, plenamente alineado con los postulados establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos de la infancia señala las medidas que deben adoptar los Estados miembros para prevenir, combatir y hacer justicia frente a la explotación y el abuso sexual infantil.

En la Unión Europea también se ha avanzado en este sentido. La base de la mejora normativa son dos Decisiones Marco, una relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de septiembre) y otra sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal (Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo). Es importante señalar que en un breve plazo esta decisión marco será sustituida por una Directiva para el establecimiento de estándares mínimos sobre los derechos, atención y protección a víctimas de delitos que actualmente se encuentra en fase de elaboración y negociación en las instituciones europeas²⁰. El avance más significativo ha sido la aprobación, a finales de 2011, de la Directiva relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil²¹ que, en línea con lo establecido en el Convenio de Lanzarote, establece un exhaustivo catálogo de derechos de los niños y las niñas víctimas de abusos sexuales y de obligaciones para las distintas administraciones de los Estados miembros, entre las cuales la Administración de Justicia tiene un rol principal. La fecha límite de trasposición de la Directiva es el 18 de diciembre de 2013, momento en el que el Estado español debería tener adaptadas todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas a lo establecido en la Directiva.

¹⁸ Por ejemplo, la campaña actualmente vigente "One in Five" ("uno de cada cinco") del Consejo de Europa alerta de la magnitud y de la invisibilidad del abuso sexual infantil, que en más del 70% de los casos es cometido por una persona del entorno del niño o la niña. Pretende sensibilizar a la sociedad y comprometer a las instituciones públicas en su prevención y atención. Disponible en http://www.coe.int/t/dg3/children/1in5/default_en.asp [Consultada el 4 de septiembre de 2012]

¹⁹ Instrumento de ratificación firmado el 22 de julio de 2010 y publicado en el BOE el 12 de noviembre de 2010

²⁰ Borrador de la propuesta presentada el 18 de mayo de 2011 disponible en http://ec.europa.eu/justice/policies/criminal/victims/docs/com_2011_275_en.pdf [Consultado el 4 de septiembre de 2012]

²¹ Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo

4.3. DIRECTRICES INTERNACIONALES Y EUROPEAS SOBRE JUSTICIA ADAPTADA A LA INFANCIA

En 2005 el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas aprobó las **Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos**²² (en adelante, Directrices de Naciones Unidas) con la finalidad de guiar a los Estados en la realización de los derechos humanos de los niños y las niñas en procesos judiciales. Este documento parte del reconocimiento de que los niños y las niñas víctimas o testigos en proceso judiciales requieren una protección adaptada a su edad, nivel de madurez y necesidades individuales especiales, incluida la protección de las niñas frente a la discriminación por motivos de género en todas las etapas del sistema de justicia.

Por su parte, el Consejo de Europa promulgó en 2010 las ya citadas **Directrices sobre justicia adaptada a la infancia** (en adelante, Directrices del Consejo de Europa). En este documento se reafirma la condición de “titulares de derechos” de los niños y las niñas y el reconocimiento de sus necesidades especiales en el ámbito de la justicia. A la vez, se insta a los Estados a actuar de forma específica y con todos los medios a su alcance para garantizar una serie de derechos básicos.

Estos estándares internacionales establecen un catálogo común de actuaciones que los Estados deben poner en marcha para garantizar la efectiva realización de los derechos de los niños y las niñas víctimas de delitos ante la Administración de Justicia. Tomando como base dicho catálogo, el Estado debe garantizar:

- Una acción diligente para iniciar e impulsar el procedimiento penal
- Asesoramiento e información adecuada a su edad a los niños y las niñas sobre sus derechos y la forma de hacerlos valer durante el proceso judicial, incluida la asistencia letrada gratuita especializada.
- Los mecanismos para que los niños y las niñas sean oídos y puedan expresar sus preocupaciones y opiniones, y que éstas se tomen debidamente en cuenta.
- El respeto a su dignidad y protección frente a toda fuente de revictimización
- La motivación de todas las resoluciones que afecten a niñas y niños, tomando como base el “interés superior del niño”
- La existencia y aplicación de medidas de protección efectiva para la no repetición de los abusos denunciados
- La máxima celeridad en procedimientos que afecten a niñas y niños
- Condiciones especiales en las entrevistas y declaraciones en sede judicial
- La formación específica de quienes participan en los procedimientos que afectan a niñas y niños víctimas (operadores jurídicos y peritos forenses)
- Los mecanismos para una reparación justa y adecuada

²² Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, del Consejo económico y social, Doc. de la ONU: E/2005/INF/2/Add.1 de 22 de julio de 2005

Estas obligaciones sirven como ejes fundamentales para el análisis de la respuesta del Estado a los diferentes casos analizados en este informe.

4.4. NORMATIVA ESPAÑOLA Y PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN

La Constitución Española establece en su artículo 39.4 que *“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*. El Estado español ratificó la Convención sobre los derechos del niño de Naciones Unidas el 30 de noviembre de 1990 y entró en vigor tras su publicación en el BOE en enero de 1991. Esto implica que el Estado debía adecuar su normativa a los principios y postulados de la Convención, para lo cual se promulgó en 1996 la Ley Orgánica protección jurídica del menor (Ley 1/1996). Esta norma, que en su exposición de motivos reconoce que *“Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas”*, supone la incorporación en el ordenamiento jurídico español del principio general del “interés superior del niño” y de la consideración de los niños y las niñas como “titulares de derechos”. Por ello, se les debe proporcionar toda la información para el ejercicio de sus derechos y para participar y ser oídos en los asuntos que les afectan²³.

La Ley 1/1996, sin embargo, no desarrolla las obligaciones del Estado respecto a la prevención y respuesta de la violencia sufrida por niños y niñas. Actualmente en España, a pesar de la recomendación expresada por parte del Comité de los derechos del niño²⁴ en su último informe sobre España, no existe un marco legislativo integral que suponga la trasposición de las obligaciones derivadas de la legislación internacional y europea en la materia que regule la respuesta de las instituciones frente a la violencia contra los niños y niñas, incluido el abuso sexual.

En los últimos años en España ha crecido la alarma social respecto a la violencia sexual cometida contra niñas y niños²⁵. La respuesta institucional no se ha dirigido a desarrollar de manera integral la prevención, la protección y asistencia de las víctimas o las medidas para la persecución efectiva de tales crímenes. Las autoridades, a través de sus declaraciones públicas e iniciativas legislativas, se han limitado a poner el acento en el incremento de las penas para los agresores.

El Código Penal español incorpora varios tipos penales específicos, cuyas penas han sido recientemente incrementadas, que sancionan la violencia sexual cometida contra

²³ Arts. 5, 7 y 9

²⁴ Comité de los derechos del niño. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: España. Doc. de la ONU: CRC/C/ESP/CO/3-4 de 3 de noviembre de 2010, párr. 38

²⁵ La atención despertada por casos de gran repercusión mediática, como el de la niña Mari Luz Cortés (desaparecida en octubre 2008 y encontrada tras ser asesinada y agredida sexualmente) motivó una reacción social y política que reclamaba un endurecimiento punitivo. En 2010 entró en vigor la última reforma del Código Penal, que incrementaba las penas en los delitos de agresión y abuso sexual cometidos contra menores de edad, entre otros

menores de edad. En el caso de las agresiones sexuales cometidas contra niñas y niños se establecen tipos específicos²⁶ y en cuanto al abuso sexual se trata de una agravante por la menor edad de la víctima²⁷. El incremento de penas no ha ido acompañado de medidas adicionales para garantizar la efectiva persecución de estos delitos. Actualmente en España las cifras de denuncias de este tipo de delitos son recogidas por las fuerzas de seguridad del Estado y publicadas con más de un año de retraso²⁸. No existen datos sobre porcentajes de sobreseimiento y de sentencias absolutorias/condenatorias, tal como sí existe respecto a la actuación judicial frente a la violencia de género contra mujeres adultas en el ámbito de la pareja o ex-pareja. Esto impide evaluar el efecto del incremento de penas en la lucha contra la impunidad de este tipo de crímenes.

El Código Civil también protege la integridad física y psicológica de los niños y las niñas en el ámbito de la familia y establece que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica (art. 154). El Código Civil también faculta al juez a dictar en este sentido “cualquier medida” a fin de apartar al niño o la niña de un peligro o de evitarle perjuicios (ar.158), incluida la suspensión del régimen de visitas e incluso la privación temporal de la patria potestad.



Proceso Civil

Los procesos para resolver la situación legal y económica ante un divorcio, separación o nulidad matrimonial son un tipo de procesos especiales regulados en los artículos 748 a 755 y 769 a 778 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Entre las medidas a adoptar en estos procesos está la decisión sobre la guarda y custodia de los niños y las niñas afectados: si regirá un modelo de custodia compartida, o cuál de los progenitores ostentará la guarda y custodia, así como la determinación del régimen de visitas del otro. El enorme impacto de estas medidas en la vida de los niños y las niñas, que deberán ser adoptadas teniendo siempre en cuenta su interés superior; está en la base de una serie de características que se han establecido en la ley y articulado jurisprudencialmente y que diferencian estos procesos de los civiles ordinarios. Entre ellas, cabe destacar la tramitación preferente de estos procedimientos, la exclusión de publicidad y la discrecionalidad del juez para solicitar las pruebas y adoptar las medidas que considere que más se ajustan a la realización del interés superior del niño o la niña afectado (en contraposición al principio de justicia rogada característico de los procesos civiles ordinarios).

²⁶ Art. 182 a 189 del CP

²⁷ Art.180.3 y 180.4 CP

²⁸ Esta situación fue denunciada por la Sección española de Amnistía Internacional (Sección Española) en su informe “ESPAÑA: Una vida libre de violencia para mujeres y niñas, 2009” y no ha sido corregida. Más bien, se ha agravado. Ya que el portal del Instituto de la Mujer que recogía datos de violencia sexual contra menores (dentro y fuera del ámbito familiar) hasta el año 2007, no presenta datos posteriores a esa fecha. Tampoco el Anuario estadístico del Ministerio del Interior de 2010 recoge este tipo de datos. Los datos recogidos en los informes elaborados por el Observatorio de la Infancia del Gobierno español alcanzan sólo al año 2009

Además de estas medidas que pueden adoptarse en el ámbito civil respecto de los progenitores, en el ámbito penal cuando un juzgado tiene conocimiento de un delito de abuso sexual contra un niño o una niña puede adoptar las medidas protectoras que le permite la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 13, 544 bis y 544 ter)²⁹. Concretamente, estos preceptos hacen referencia al alejamiento del agresor y a la prohibición de comunicación con el niño o la niña. E incluso facultan al juez a enviar a prisión preventiva al agresor si existen motivos fundados de que pueda atentar contra la vida o la integridad física del menor de edad y el alejamiento no se estime suficiente.

Respecto a los procedimientos judiciales en los que intervienen niños y niñas víctimas de delitos, el legislador español se ha limitado a establecer condiciones victimológicas básicas relacionadas con la prueba testifical en la fase de instrucción y en el juicio oral. En este sentido, en el año 2006 se reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal para incorporar la obligación de evitar la confrontación visual entre la víctima menor de edad y el acusado, en todas las declaraciones judiciales³⁰. Sin embargo, a pesar de la extensa normativa internacional y europea sobre la materia, la legislación procesal española no ha ido más allá de estas premisas básicas y falta en España la regulación de un auténtico estatuto de protección de los niños y las niñas en el proceso penal cuando comparecen en calidad de víctimas o testigos. El presidente de Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona, experto en la materia, abunda en las lagunas normativas existentes en este ámbito y recuerda que en la legislación española *“nada se establece sobre la intervención de expertos en el acceso a la información, sobre los modos en los que debe desarrollarse la intervención contradictoria de las partes y, sobre todo, sobre la necesidad de regular un verdadero estatuto de protección del menor de corta edad en el proceso penal. El legislador sigue anclado en la idea del aprovechamiento de la información suministrada por el menor victimizado en el proceso mediante los mecanismos testificales clásicos y, por tanto, sin dotar a las partes y al tribunal de un específico mecanismo subrogado de prueba que permita, sin renunciar a los principios estructurales del proceso justo y equitativo, tratar la información facilitada por un menor presuntamente victimizado como una fuente de prueba que requiere de medios probatorios novedosos”*³¹.

El Estatuto del Ministerio Fiscal atribuye a los fiscales la intervención en procesos penales en los cuales deben instar a la autoridad judicial a adoptar las medidas cautelares que procedan y a practicar las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos. Otra función clave del Ministerio Fiscal en este ámbito es su participación en procesos civiles

²⁹ Las medidas cautelares se pueden tomar en el seno de una Orden de protección, regulada en la Ley 27/2003 de 31 de julio, que introduce la posibilidad de dictar esta medida cautelar para proteger a “las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo”. (Art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)

³⁰ Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal

³¹ “Menores victimizados y proceso penal: Una propuesta de análisis del modelo español a la luz de los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a propósito de la STEDH, caso S. N. c. Suecia”, del 2 de julio de 2002”, en Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas. Protección de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia. UNICEF, JUFÉJUS, ACD, 2010. Pp. 113-125

que afecten a niños y niñas para salvaguardar el “interés superior del niño”³². Para guiar a los/as fiscales en estas importantes funciones y garantizar una actuación uniforme, la Fiscalía General del Estado ha dictado múltiples Circulares e Instrucciones. Entre ellas, destaca la **Circular 3/2009 sobre protección de menores víctimas y testigos**, que dedica abundantes orientaciones sobre el papel de los fiscales en procedimientos penales por abuso sexual infantil.

En el ámbito de las políticas públicas de prevención y respuesta ante el abuso sexual infantil cometido en el ámbito familiar no existe un plan de acción o un programa de actuación de ámbito estatal³³. La asunción de competencias de protección de la infancia por parte de las Comunidades Autónomas, sin una política estatal uniformadora, ha supuesto una falta de homogeneidad y coherencia en la política pública contra el abuso sexual infantil en el conjunto del Estado.

Sí existe un **Protocolo Básico de actuación frente al Maltrato Infantil** de ámbito estatal³⁴ que establece pautas de detección y notificación de indicios de casos de violencia contra niños y niñas. Sin embargo, este protocolo solamente hace mención al abuso sexual como una de las categorías del maltrato infantil. El protocolo no plantea pautas de intervención específicas en casos de abuso sexual infantil en el ámbito judicial, ni recoge la competencia del Ministerio Fiscal. Tampoco da pautas de actuación para determinar una medida de protección en los casos de abuso sexual intrafamiliar.

También existen diferentes protocolos elaborados por instituciones autonómicas responsables en la materia, principalmente dedicados a la detección, notificación y actuación frente al abuso sexual infantil. Entre estos, destaca el Protocolo marco de actuaciones en casos de abusos sexuales y otros maltratos graves a menores, publicado en 2006 por la Generalitat de Cataluña, que no sólo aborda las obligaciones de detección, notificación y atención en ámbitos como el educativo o sanitario. Sino que contempla un capítulo que detalla las actuaciones de la Fiscalía y la Administración de Justicia.

En suma, tanto el completo marco normativo internacional y europeo, de obligado cumplimiento para las autoridades españolas, como la legislación y protocolos internos abundan en la obligación de las instituciones de prevenir y responder de manera efectiva ante este tipo de violaciones de derechos humanos. En el caso de la Fiscalía y de la Administración de Justicia, es destacable, además, la obligación de investigar, esclarecer y sancionar todos los abusos sexuales cometidos, así como de proteger y garantizar reparación a las víctimas.

³² Art. 3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

³³ Actualmente está vigente el III Plan Nacional contra la Explotación Sexual de la Infancia y la Adolescencia (2010-2013). Este instrumento de política pública, siendo el único sobre violencia sexual contra la infancia, no aborda el abuso sexual infantil cometido en el entorno cercano a la víctima, por quedar fuera de su ámbito de actuación

³⁴ Observatorio de Infancia. Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil. Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales. 2007. Aprobado por el pleno del Observatorio de Infancia el 22-I-2007

V. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

Se han identificado tres barreras de partida que condicionan el acceso a la justicia y la obtención de una respuesta adecuada en todos los casos documentados de presuntos abusos sexuales en el ámbito familiar. Estas barreras están relacionadas con la edad de las víctimas, el contexto familiar en el que se producen los presuntos abusos sexuales y la identidad del denunciado.

Además, destacan cuatro esferas de preocupación relacionadas con el incumplimiento de obligaciones de índole general por parte de los poderes públicos para la realización de los derechos de los niños y las niñas: la determinación del “interés superior del niño”, el derecho de los niños y las niñas a ser escuchadas, la obligación de especialización de las y los profesionales intervinientes en los procesos y la obligación de celeridad de este tipo de procesos judiciales.

Por último, se detallan las principales trabas concretas o deficiencias identificadas en los procesos judiciales analizados: trabas para la denuncia de abusos sexuales, falta de diligencia por parte de la Administración de Justicia en el impulso y en la investigación de los hechos, deficiencias en la obtención del testimonio de la víctima y en los exámenes periciales, falta de diligencia en la protección de las niñas y los niños afectados y carencias relacionadas con la motivación de la decisión judicial de archivar la causa.

También se ha realizado un resumen de los resultados obtenidos del análisis de las resoluciones de las Audiencias Provinciales de los recursos contra los autos de sobreseimiento de los juzgados de instrucción, que confirman varios de los hallazgos de la investigación de los casos particulares de este informe.

5.1. TRES BARRERAS DE PARTIDA

La edad de la víctima

“La pregunta es: ¿pueden los niños en edad preescolar informar con exactitud? La respuesta es: sí, en las condiciones pertinentes. Y, naturalmente, hay que conocer perfectamente estas condiciones antes de dar el primer paso”³⁵

El Comité de los derechos del niño, a través de su Observación General nº 7, recuerda a los Estados que las niñas y los niños pequeños se encuentran en una posición de mayor

³⁵ J.R. Juárez López; Eva Sala Berga (2011): Entrevistando a niños preescolares víctimas de abuso sexual y/o maltrato familiar. Eficacia de los modelos de entrevista forense. Centro de estudios jurídicos de la Generalitat de Cataluña, p. 136

impotencia y dependencia, lo que les hace más vulnerables a los abusos sexuales, cuyas repercusiones a largo plazo son mayores si se producen en la primera infancia. En la citada Observación General, el Comité muestra preocupación porque la temprana edad, lejos de ser un factor de refuerzo de la diligencia frente a los abusos de toda índole, pueda ser un factor de discriminación que dificulte el reconocimiento de los derechos de los que son titulares estos niños y niñas³⁶. El Comité insta a los Estados a *“hacer cuanto esté en su mano para salvaguardar a los niños pequeños en situación de riesgo y ofrecer protección a las víctimas de los abusos, tomando medidas positivas para apoyar su recuperación del trauma, evitando al mismo tiempo estigmatizarlos por las violaciones de las que han sido víctimas”*³⁷.

Las Directrices de Naciones Unidas también instan a los Estados a no incurrir en discriminación y afirman que *“la edad no deberá ser obstáculo para que el niño ejerza su derecho a participar plenamente en el proceso de justicia. Todo niño deberá ser tratado como testigo capaz, a reserva de su examen, y su testimonio no se considerará carente de validez o de credibilidad sólo en razón de su edad, siempre que por su edad y madurez pueda prestar testimonio de forma inteligible y creíble, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia”*³⁸.

Respecto a la credibilidad del testimonio de los niños y las niñas de temprana edad existen estudios que confirman que a edades preescolares se acreditan elevados índices de credibilidad, lo cual equivale a que la edad temprana no debería ser *“per se”* un factor de duda de la credibilidad del testimonio. Más bien al contrario. Un estudio consultado afirma que *“los niños en edad preescolar consiguen elevados porcentajes de información correcta, sobre todo los niños de 4 años (79,18%) y 5 años (82,50%). Los niños de 3 años aportan el 52,93% de información correcta que, a pesar de ser un porcentaje medio, supera muchas de las expectativas que tradicionalmente se sostenían (...) la media total de emisiones erróneas de los niños preescolares es de tan solo un 6,43%”*³⁹.

En los casos analizados, los indicios de abuso sexual confirmados por un profesional comenzaron a aparecer cuando los niños y las niñas contaban con un año y medio (Caso 1), tres y dos años (hermanos del Caso 3) y cuatro años (Casos 2 y 4). En todos los casos se pone en cuestión la credibilidad del testimonio de las niñas y los niños pequeños, bajo el argumento de su falta de madurez y/o de su influenciabilidad.

Sirvan como ejemplo dos argumentos utilizados por profesionales intervinientes en dos de los casos analizados:

Caso 2: *“La niña es creíble, pero como es creíble hasta cierto punto una niña de 7 años”*. Testimonio de una doctora prestado ante el juzgado

³⁶ Comité de los derechos del niño, Observación General nº 7, Doc. de la ONU: CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006. Párr. 36 a) CDN; Observación General 7; párr.11 a)

³⁷ Ibidem; párr.11 a)

³⁸ Directrices de Naciones Unidas, protección contra la discriminación, párr.18

³⁹ J.R. Juárez López; Eva Sala Berga (2011): Entrevistando a niños preescolares víctimas de abuso sexual y/o maltrato familiar. Eficacia de los modelos de entrevista forense. Centro de estudios jurídicos de la Generalitat de Cataluña, p.134

de instrucción y tomado textualmente por el juez para argumentar el sobreseimiento provisional.

Caso 3: El perito afirma en su informe lo siguiente: *“No se ha podido realizar la valoración de credibilidad del menor debido a la edad temprana (tres años) y fundamentalmente debido a la dificultad que ello supone para recabar un relato libre; pese a que el menor se expresa adecuadamente no es suficiente para aportar un relato y por tanto aplicar la técnica estándar que en estos casos se aplica, que es el SVA”*. Conclusión del informe forense de dos folios de extensión, tomado como base por parte del juez para dictar el sobreseimiento provisional (2008).

Existe preocupación porque la temprana edad de estos niños y niñas haya supuesto una traba para su credibilidad y la toma en consideración de sus opiniones, y haya actuado como un factor de desprotección y de mayor dificultad en la obtención de justicia. En los apartados que desarrollan la realización del derecho a ser oído y las condiciones de obtención del testimonio de la víctima menor de edad, se exponen prácticas periciales y judiciales que representan el incumplimiento, entre otros, de los artículos 12 de la Convención sobre los derechos del niño y 9 de la Ley orgánica de protección jurídica del menor; ya que asocian la temprana edad de la víctima a las dudas sobre la credibilidad de su testimonio. Preocupa especialmente que la temprana edad pueda ser un argumento que justifica, sin más, las dudas acerca de la credibilidad, o incluso que tras una prueba pericial, el archivo de la causa penal se sustente en la imposibilidad del perito de obtener información de la niña o el niño por su corta edad.

Otra cuestión a tener en cuenta es que en la primera infancia se produce el proceso evolutivo más importante en la vida de una persona. En este sentido señala el Comité de los derechos del niño que *“es importante tener en cuenta las diferencias individuales en las capacidades de niños de la misma edad y sus maneras de reaccionar. La evolución de las facultades debería considerarse un proceso positivo y habilitador y no una excusa para prácticas autoritarias que restrinjan la autonomía del niño y su expresión”*⁴⁰.

Entre los casos analizados se han detectado afirmaciones de peritos y operadores judiciales que, al contrario de lo señalado, basan su argumentación en una pretendida homogeneidad emocional, verbal e intelectual de niños y niñas de una misma edad. Algunas de estas afirmaciones sirven de base para decidir el sobreseimiento provisional de la causa en el procedimiento penal.

Caso 4: La niña, con 5 años, acude a una exploración en la que relata al juez los abusos sexuales sufridos y le dice que *“prefiere morir antes de irse con su padre”*. El Juez no ordena ninguna prueba pericial sobre la credibilidad del testimonio de la niña, y en el auto de sobreseimiento

⁴⁰ Comité de los derechos del niño, Observación General nº 7, Doc. de la ONU: CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006; Párr. 17

provisional argumenta *“el testimonio de la niña no es nada creíble, es más, parece totalmente inducido por su madre, con la que convive, haciendo manifestaciones impropias de una niña de su edad, y en momentos en que nada se le pregunta al respecto, como pudo ser un momento de la explotación en que por propia iniciativa refiriera que antes prefiere morirse que estar con su papá”*.



Sobreseimiento

Una vez concluida la fase de instrucción del proceso penal, pueden darse dos situaciones: apertura del juicio oral o sobreseimiento. La Ley de Enjuiciamiento Criminal en los artículos 634 a 645 diferencia muy claramente dos tipos de sobreseimiento:

Sobreseimiento libre (artículo 637)

Cuando no existan indicios racionales de que se haya producido un delito, bien porque no se haya producido el hecho denunciado o porque el hecho no sea constitutivo de delito; bien porque los procesados estén exentos de responsabilidad penal por los hechos denunciados.

Sobreseimiento provisional (artículo 641)

Cuando no *“resulte debidamente justificada”* la perpetración del delito que da origen al proceso; o cuando del sumario resulte la comisión de un delito pero no *“haya motivos suficientes”* para atribuir su autoría, complicidad o encubrimiento a una o unas personas determinadas.

La diferencia entre ambos es fundamental porque, si bien en el primer caso se afirma la inexistencia de delito y responsabilidad penal, en el sobreseimiento provisional esta afirmación no se produce en ningún caso, supone admitir que no se dispone de material probatorio suficiente para determinar la perpetración del delito o identificar al responsable o responsables del mismo. En este último caso la continuidad del proceso queda supeditada a la aparición de nuevas pruebas que proporcionen la certeza necesaria para continuar con el mismo.

Las especificidades de comunicación y expresión que caracterizan a los niños y las niñas en la primera infancia requieren que la Administración de Justicia se adapte a estas características. De lo contrario podría estar incurriendo en discriminación contra este colectivo de víctimas. Cuando profesionales de la Administración de justicia afirman que el examen pericial no ha podido probar los abusos sexuales por la temprana edad de la víctima o cuando se descarta la credibilidad del testimonio de un niño o una niña debido a su temprana edad, se está incumpliendo el deber de proteger de riesgos, incluidos los abusos sexuales, precisamente a la franja de población más vulnerable. En el apartado

dedicado al derecho de las niñas y los niños a ser escuchados se recuerda la obligación del Estado de adaptarse con todos los medios necesarios para garantizar este derecho incluso en la primera infancia, ya que **no es exigible al niño que se exprese como un adulto, pero es exigible al Estado que conozca sus opiniones a través de medios adecuados para ello**⁴¹.

Como se verá más adelante, en ninguno de los casos el titular del juzgado de instrucción pone en duda las habilidades de los peritos como causa de la deficiencia probatoria. Tampoco en ninguno de los casos en los que los niños y las niñas relatan los abusos sexuales en sede judicial, de cuya credibilidad se duda, se pone en marcha una búsqueda exhaustiva de pruebas complementarias durante la investigación que puedan corroborar este testimonio o desmentirlo.

En suma, a la luz de los casos analizados, preocupa que la temprana edad de las víctimas no sea un acicate para mejorar la formación y las capacidades del personal de la Administración de Justicia para actuar en estos casos, en aras de garantizar la protección efectiva de posibles víctimas de abuso sexual de edades muy tempranas.

El contexto de familia en crisis como barrera para la credibilidad

Como se menciona al inicio de este informe, es reconocido internacionalmente que la mayor parte de la violencia y abusos sexuales sufridos por menores de edad se producen en el ámbito familiar. Esta constatación ha llevado al Comité de los derechos del niño a alertar de que, en casos de niños y niñas en la primera infancia, el abuso en la familia puede ser especialmente destructivo, ya que *“los niños pequeños son menos capaces de evitarlo o resistirlo, de comprender lo que está sucediendo y también de buscar la protección en los demás”*⁴².

Sin embargo, la segunda barrera para el acceso a la protección y la tutela judicial efectiva, identificada en todos los casos analizados es la que se deriva del hecho de que los abusos sexuales se produzcan en el entorno familiar y que el denunciado sea uno de los progenitores (en la totalidad de los casos analizados, el padre), en un contexto en el que los progenitores se encuentran divorciados o en trámites de separación o divorcio.

En algunos sectores del ámbito judicial español existe la presunción de que una denuncia de abusos sexuales o maltrato a un niño o una niña interpuesta en un contexto de crisis matrimonial, puede ser un instrumento utilizado por sus progenitores para obtener ganancias en la disputa judicial. Así, la Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado, apoyándose en los argumentos de varias sentencias del Tribunal Supremo afirma que en *“los casos de separaciones matrimoniales conflictivas y en que existe litigio sobre la custodia o/y el ejercicio del derecho de visita, la experiencia judicial lamentablemente acredita que no*

⁴¹ Comité de los derechos del niño, Observación General N° 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado. Doc. de la ONU: CRC/C/GC/12, de 20 de julio de 2009, Análisis literal de artículo 12. párrs. 19, 20 y 21

⁴² Comité de los derechos del niño, Observación General n° 7, Doc. de la ONU: CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006; Vulnerabilidad de los niños pequeños ante los riesgos, Párr. 36 a)

son excepcionales las denuncias por supuestos malos tratos o abusos que no responden a la realidad y tienen como finalidad influir sobre la decisión de custodia. Por ello, estos casos deben examinarse con suma atención y cuidado para evitar una posible condena injustificada de quien no tiene medio alguno de demostrar su inocencia enfrentado como única prueba acusatoria a las manifestaciones cambiantes de un niño de temprana edad que puede estar influenciado por su entorno familiar”⁴³.

La recomendación dirigida a los fiscales alerta contra la posible “denuncia falsa o instrumental” e insta a estudiar el caso con especial cuidado para “evitar una condena injustificada”. Pero en otro apartado de la misma Circular, al que se hará referencia más adelante, se insta a evitar sobreseimientos poco fundados, especialmente en casos de abuso sexual cometidos en el entorno cercano de la presunta víctima.

En todos los casos analizados el hecho de que la denuncia se produzca en un contexto de crisis matrimonial no parece haber extremado la atención y el cuidado de los operadores judiciales. Más bien, preocupa que la existencia de este contexto familiar haya introducido desde el inicio una “presunción de menor credibilidad” del testimonio de las representantes legales de las víctimas (en estos casos, sus madres) y de los propios niños y las niñas, lo cual podría afectar a la diligencia con la que se protegen los derechos de los niños y niñas cuyos presuntos abusos sexuales se denuncian en contextos de crisis familiar. A pesar de las evidencias físicas y/o psicológicas documentadas e introducidas en el proceso, en todos los casos la asunción de que las madres que ostentan la custodia presentan la denuncia como “instrumento” para atacar a los padres y lograr algún tipo de beneficio en el proceso de familia ha sido uno de los principales motivos para el archivo de las actuaciones penales. Ello a pesar de que el estudio de los casos ofrece los siguientes datos:

- En todos los casos las denuncias son posteriores a la existencia de informes médicos y/o psicológicos que alertan de manera expresa sobre posibles abusos sexuales. La mayoría de los exámenes médicos se producen en los servicios de urgencias hospitalarias al regreso de los niños y las niñas de las visitas con el padre.
- En dos de los casos (Caso 1 y Caso 2) son los propios centros hospitalarios los que (en dos ocasiones) ponen en marcha el proceso penal enviando partes de lesiones en los que consta expresamente la expresión “sospecha de abuso sexual infantil”.
- En los otros dos casos, dos psicólogas (Caso 3 y Caso 4) son las profesionales que alertan a las madres de la sospecha de abusos sexuales y les aconsejan que actúen.
- Las madres continúan cumpliendo con las entregas fijadas en el régimen de visitas hasta que existe una base de evidencias que, en algunos casos, incluye el testimonio directo del niño o la niña.

⁴³ Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado, p.61

A pesar de estos datos, resulta preocupante que en varios autos de sobreseimiento provisional se tienda a presentar a la madre como impulsora de un procedimiento carente de otras evidencias y se obvie la intervención de profesionales ajenos a la familia. Preocupa que el cuidado y atención que, según la Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado, debe regir la actuación del fiscal en estos casos se emplee básicamente en reunir motivos sobre la falta de credibilidad de la madre que denuncia y del niño o la niña afectada. Es común a todos los casos analizados la escasa diligencia en el examen y valoración del denunciado en relación, no sólo a trastornos psicológicos o psiquiátricos preexistentes, sino a posibles beneficios de presentar ellos demandas judiciales en el orden civil en aras a mitigar el reproche penal.

La investigación ha encontrado un mismo patrón de reacción de los denunciados en todos los casos analizados en cuestiones muy relevantes:

- El pleito en el juzgado de familia se pone en marcha a instancias del padre y tras ser denunciado. Todos los denunciados reaccionan ante la denuncia pidiendo en el juzgado de familia, en primer lugar, una ampliación del régimen de visitas, y poco tiempo más tarde, la guarda y custodia, pese a no constar esta solicitud en el proceso inicial de separación y divorcio. Esta solicitud se formula incluso en casos en los que dos niñas, de 6 y 9 años, expresan un fuerte rechazo a relacionarse con el padre (Caso 4 y Caso 2).
- La denuncia por abusos sexuales presentada por las madres es utilizada en todos los casos por los padres en los procesos de modificación de medidas paterno-filiales como un indicador de manipulación materna y de indicador de “alienación parental”.
- En los procesos penales, la existencia de un proceso de modificación de medidas paterno-filiales parece utilizarse por parte de la representación del denunciado para mermar credibilidad del testimonio del niño o la niña, y de la madre.
- Los sobreseimientos provisionales acordados en el orden penal actúan de hecho como fundamento de las peticiones de los padres en el juzgado de familia, lo que puede significar que la adopción de las medidas que reclaman se traduzcan en desprotección para el niño o la niña.



Prejudicialidad penal

Es sumamente importante recordar que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece, en su artículo 40.2, la suspensión del cualquier proceso civil cuando existe un proceso penal que, en fase de investigación o de juicio oral, esté conociendo sobre hechos en los que alguna de las partes del proceso civil fundamentan sus pretensiones, y que la decisión que pueda alcanzar el tribunal penal pueda tener una influencia decisiva en el proceso civil.

La “alienación parental” como argumento para la falta de investigación

En la totalidad de los casos analizados, las madres son testigos de referencia⁴⁴ de importancia clave por tratarse de niños y niñas de temprana edad, que únicamente han verbalizado los abusos sexuales a un profesional y a la madre. También en todos los casos, las madres son testigos directos de indicadores de abuso sexual en sus hijos e hijas (físicos, psicológicos, reacciones a la vuelta del contacto con el padre, etc.). En todos los casos analizados se trata de la figura adulta de referencia para los niños y las niñas y ninguna de estas personas posee antecedentes psiquiátricos ni ha sido denunciada ni imputada como autora de delito alguno. A pesar de esto, resulta común a todos los casos analizados que, a lo largo del proceso judicial (tanto el penal como el civil), los juzgados ordenen sobre las madres múltiples exámenes psicológicos.

Esta profusión de exámenes y pruebas practicadas sobre las madres contrasta con las escasas pruebas y valoraciones practicadas sobre los denunciados, a pesar de la existencia de informes de equipos psicosociales desfavorables (Caso 4); de que se constate por parte de informes de la Clínica Médico Forense que faltan a la verdad (Caso 3); o de la existencia de indicios de desatención grave hacia las necesidades de las niñas y los niños, tales como falta de higiene y cuidado básico (Casos 1, 2 y 4) o falta de apoyo económico (Caso 2). Estos hallazgos coinciden con la pauta señalada por la experta Irene Intebi, que afirma en una de sus publicaciones que a las madres, *“a la hora de investigar y validar las sospechas de abuso sexual (sobre todo desde la práctica forense) se les suele someter a estudios y pruebas para garantizar su cordura y la justificación de las sospechas y/o de la notificación mientras que nadie ponen en duda la sinceridad de los supuestos agresores que niegan haber hecho algo”*⁴⁵.

⁴⁴ Según la definición de la jurisprudencia, testigo es la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar; según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciado como testigo directo, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como testigo de referencia

⁴⁵ Intebi, Irene. Estrategias y modalidades de intervención en abuso sexual infantil intrafamiliar. Colección de documentos técnicos, 05. Gobierno de Cantabria. 2012, p.82

En todos los casos documentados, los denunciados relacionan la denuncia de abusos sexuales con el denominado Síndrome de Alienación Parental (SAP) o manipulación materna con el fin de separarles de sus hijos e hijas. El rechazo de las y los pequeños al contacto con el padres es utilizado como argumento para corroborar la efectiva existencia del SAP. En todos los casos analizados el denunciado inicia un pleito de modificación de medidas paterno-filiales en paralelo al proceso penal por abuso sexual y este doble proceso es identificado por el juzgado de instrucción penal como un dato importante para dudar de la versión de la madre como testigo. El beneficio del denunciado con estas actuaciones parece concreto: el archivo de la denuncia y la falta de medidas que le impliquen alejarse de la víctima. Lo que resulta preocupante no es que los denunciados pudieran utilizar este argumento para distraer la atención sobre la denuncia cursada, sino que los juzgados de instrucción y, en paralelo, los juzgados de familia tomen decisiones derivadas de dar crédito al argumento de manipulación materna y alienación parental sin practicar una investigación exhaustiva, lo que podría conllevar situaciones de desprotección de los niños y las niñas.



Síndrome de Alienación Parental (SAP)

Las organizaciones de referencia a nivel mundial en el ámbito de la psiquiatría no avalan la existencia de este síndrome por carecer de una base científica y metodológica que lo respalde. A pesar de su denominación y su pretensión diagnóstica, este “síndrome” descrito en 1985 por el Profesor de Psiquiatría de la Universidad de Columbia, Richard Gardner, no aparece recogido en los manuales que constituyen las principales referencias diagnósticas en materia de psiquiatría (el DSM-IV de la Asociación Americana de Psiquiatría y el CIE-10 de la Organización Mundial de la Salud).

La resistencia a aceptar su validez por una gran parte de la comunidad científica radica en que la manifestación de sus síntomas, diagnóstico y tratamiento tienen lugar en el ámbito de los litigios matrimoniales donde su alegación, conforme a los términos en que fuera formulado, debe llevar a un cambio de custodia del niño o la niña “alienado” y al tratamiento para la modificación de la conducta tanto del progenitor (normalmente la madre) alienador como del propio niño o niña.

El riesgo de un empleo banal de este término en los procedimientos judiciales radica en que una vez invocado, los sucesivos pasos que se sigan en el proceso para rebatirlo no harán otra cosa que confirmar los síntomas. La paradoja, de nuevo, es que tratándose aparentemente de un trastorno psiquiátrico, sus síntomas, diagnóstico y tratamiento se manifiestan exclusivamente en el ámbito judicial.

A pesar de la firme postura de rechazo a la utilización del SAP mostrada por el Consejo General del Poder Judicial⁴⁶ y de la alerta lanzada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia⁴⁷ sobre el efecto de su aceptación por parte de los juzgados de instrucción en relación con la impunidad de la violencia sexual contra niños y niñas, en los casos estudiados se sigue utilizando este argumento, bien de manera expresa o con referencias genéricas sobre la manipulación del niño o la niña por parte de la madre. Constituye un denominador común el hecho de que a partir de la primera denuncia, y especialmente si la madre continúa denunciado tras el primer sobreseimiento provisional, se instala en los juzgados la sospecha de manipulación materna de los niños y niñas. Como respuesta, la tendencia por parte de los juzgados de familia y de instrucción es la de proteger la relación entre el padre y el niño o la niña.

Se han identificado decisiones judiciales como la ampliación del régimen de visitas cuando aún el sobreseimiento provisional no era firme y contra la expresa voluntad de niños y niñas de 5 y 6 años de edad (Casos 1 y 2).

Preocupa, sobre todo, que la positiva acogida por parte de los juzgados de los argumentos ligados a la “manipulación” y al SAP puedan estar retrayendo la presentación de denuncias por abusos sexuales sospechados o incluso verbalizados por niños y las niñas. En uno de los casos documentados en este informe la madre entrevistada afirma que su abogado le recomendó abandonar el litigio en la vía penal para no exponerse a un cambio de guarda y custodia a favor del padre (Caso 2) motivado por el citado argumento. Otra de las madres explica que por este motivo no presentó recurso de apelación ante los dos autos de sobreseimiento provisional dictados por los juzgados en procesos penales iniciados por dos denuncias de un hospital público (Caso 1).

La falta de atención al contexto de violencia de género

El Comité de los derechos del niño en su Observación n° 13 sobre la protección de los niños y niñas frente a la violencia, conmina a los Estados a garantizar que *“las medidas que se adopten tengan en cuenta los distintos factores de riesgo a que se enfrentan las niñas y los niños en lo que respecta a las diversas formas de violencia en diferentes entornos”*⁴⁸.

Se han documentado tres casos (Casos 1, 2 y 4) en los que la madre presentó denuncias por violencia de género, siendo las presuntas agresiones el principal motivo de la ruptura matrimonial. En los tres casos consta en el expediente judicial información pericial sobre el hecho de que se produjeron agresiones durante la convivencia conyugal en presencia de

⁴⁶ Consejo General del Poder Judicial (2008): “El llamado síndrome de alienación parental”, en Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género, pp.128-132

⁴⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 6ª de las penales. Sentencia n° 256/08, de 27 de marzo de 2008, que anula la condena a un año de prisión por desobediencia, impuesta a una mujer que, ante el profundo rechazo de su hijo a ver al padre y los indicios fundados de abuso sexual, se negó a llevarlo al Punto de Encuentro Familiar donde se debía producir el contacto entre ambos

⁴⁸ Comité de los derechos del niño, Observación General n° 13 El derecho del niño a no ser objeto de ningún tipo de violencia. Doc. de la ONU: CRC/C/GC/13, de 18 de abril de 2011. Párr:72 b)

los niños y las niñas, que pudieron continuar en las entregas y recogidas en el marco de las visitas parentales.

Sin embargo, ninguno de los juzgados ni civiles ni penales en los casos estudiados ha tomado en consideración este contexto como factor de preocupación sobre el que profundizar para la determinación de un régimen de visitas adecuado de acuerdo con el interés superior del menor⁴⁹.

Caso I: Durante el embarazo la madre sufrió violencia de género y se separó de su agresor cuando la niña tan sólo tenía 3 meses. Tras la ruptura de la relación la madre presentó varias denuncias y el caso se llegó a enjuiciar, siendo absuelto el acusado por falta de prueba suficiente. Resulta preocupante que el principal motivo para declarar en “desamparo” a la niña tras la denuncia del hospital por presuntos abusos sexuales, y entregar su tutela a la Administración Pública, en contra de la voluntad de la niña que manifiesta su deseo de convivir con su madre, sea la “conflictiva relación” entre la pareja de progenitores. A pesar de que existe una sentencia que, si bien no es condenatoria, reconoce la existencia de indicios de violencia de género y de que la madre acude desde hace años a un centro de tratamiento para víctimas de violencia de género dependiente de la Administración Pública, ésta realidad no aparece reflejada en el expediente judicial.

5.2. MOTIVOS DE PREOCUPACIÓN RELACIONADOS CON LAS OBLIGACIONES DE ÍNDOLE GENERAL

El marco normativo internacional, europeo y español, al que se ha hecho referencia, contempla una serie de principios generales derivados del reconocimiento de los niños y niñas como “titulares de derechos”. Entre estas obligaciones de índole general figuran dos que, estrechamente relacionadas entre sí, dan cuenta de si una intervención de los poderes públicos responde al enfoque de derechos de la infancia y al mandato de la Convención sobre los derechos del niño: la obligación de adecuar las decisiones al “interés superior del niño” y el respeto del derecho de niños y niñas a ser oídos en los procesos que les afectan. Además, el conjunto de instrumentos normativos consagra otras dos obligaciones de carácter general aplicables a niños y niñas víctimas de un delito: la prioridad y la celeridad de este tipo de procesos judiciales frente a los procesos de adultos y la especialización del conjunto de profesionales intervinientes en razón de su complejidad y las necesarias cautelas añadidas que acompañan a estos casos.

⁴⁹ Sobre la preocupación de la organización acerca del impacto de la violencia de género en los niños y las niñas que crecen en hogares en los que se comete violencia de género, ver Save the Children (2010): En la violencia de género, no hay una sola víctima. En esta investigación se analizan los sistemas de atención y protección a los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia de género, tanto en el ámbito internacional como nacional

Deficiencias en la determinación del “interés superior del niño”

La Convención sobre los derechos del niño (art.3) obliga al Estado español a garantizar que todas *“las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. Sobre la intervención judicial ante la violencia sufrida por niños y niñas, el Comité insta a los Estados a asegurar que todas las decisiones que se adopten obedezcan a *“la finalidad principal de proteger al niño, salvaguardar su posterior desarrollo y velar por su interés superior”*⁵⁰.

El último informe sobre España del Comité de los derechos del niño (2010) pone de manifiesto la importancia de la determinación del interés superior del niño en la práctica administrativa y judicial, y afirma que *“acoge complacido la inclusión en la legislación del principio del interés superior del niño, así como su uso por jueces y magistrados en decisiones que afectan a los niños, pero sigue mostrando su inquietud por la falta de un proceso uniforme para determinar lo que constituye el interés superior del niño”*⁵¹.

La falta de estándares concretos para llevar a acabo la determinación del “interés superior del niño” en las decisiones judiciales ha sido paliada en 2010. En esta fecha, las Directrices del Consejo de Europa han concretado una serie de requisitos que deben tenerse en cuenta para determinar si una resolución se adecúa al principio del interés superior de los niños y las niñas implicadas en procesos judiciales. Este documento plantea que el proceso de determinación debe cumplir tres requisitos fundamentales⁵²:

1. Tener en cuenta los puntos de vista y opiniones del niño o la niña, a los que se debe otorgar el peso adecuado.
2. Todos los demás derechos de los niños y niñas, especialmente el respeto a su dignidad, libertad e igual tratamiento, deben ser respetados en todo momento.
3. Debe adoptarse una aproximación integral por parte de todas las autoridades relevantes para tener debidamente en cuenta en cada caso todos los intereses en juego, incluyendo el bienestar físico y psicológico del niño o la niña, así como sus intereses legales, sociales y económicos.

Por su parte, las Directrices de Naciones Unidas de 2005 establecen que el respeto al principio del “interés superior del niño” en procesos judiciales en los que éstos sean víctimas o testigos, impone al Estado la obligación de garantizar: a) la protección de su derecho a la vida y supervivencia, la protección contra toda forma de sufrimiento,

⁵⁰ Comité de los derechos del niño, Observación General n° 13 El derecho del niño a no ser objeto de ningún tipo de violencia. Doc. de la ONU: CRC/C/GC/13, de 18 de abril de 2011, párr. 54

⁵¹ Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: España. CRC/C/ESP/CO/3-4; Párr. 27

⁵² Directrices del Consejo de Europa sobre justicia adaptada a la infancia. Adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en el 1098º encuentro de los ministros. Versión editada de 31 de mayo de 2011, párr. B. 2

abuso o descuido; y b) las condiciones para el desarrollo saludable de un niño o niña, especialmente en aquellos casos en los que fueron traumatizados por un delito⁵³.

Los resultados de esta investigación vienen a coincidir con la preocupación del Comité de los derechos del niño sobre las deficiencias en la determinación del “interés superior del niño” en España, ya que el análisis de casos ha revelado varios tipos de problemas en este ámbito:

- Las medidas que emanan de las decisiones judiciales adoptadas en los procesos penales de los casos documentados apenas incorporan en su motivación la determinación del “interés superior del niño”.
- Respecto a las resoluciones dictadas en procesos de derecho de familia se identifican dos problemas: a) algunas resoluciones sí hacen mención al citado principio pero abundan las menciones abstractas sin que en la propia resolución se ponga de relieve la ponderación realizada; b) otras resoluciones desvelan los criterios de ponderación utilizados, pero éstos no cumplen los tres requisitos citados.
- En las resoluciones no parece haberse tenido suficientemente en cuenta las opiniones de las niñas y los niños afectados. Como se desarrolla en el apartado siguiente, la mayoría de las decisiones judiciales acuerdan medidas contrarias a la voluntad expresada por éstos y no aparece una mayor motivación derivada de este aspecto.

Constan resoluciones judiciales que sí expresan una ponderación realizada en torno al único conflicto de derechos del niño o la niña que parecen identificar los jueces en estos casos analizados: de un lado, el derecho a relacionarse con su progenitor (y presunto agresor), y por otro, su derecho a ser protegidos frente a cualquier forma de violencia.

La relación de los niños y las niñas con sus progenitores no es un derecho absoluto y está sujeto a la condición de que esta relación no les suponga una amenaza o riesgo, no les produzca daño y sea beneficiosa. Sí es un derecho absoluto —que no admite excepciones— el derecho a la protección de los niños y las niñas frente a cualquier situación de desprotección o vulnerabilidad ante cualquier forma de violencia, especialmente en la primera infancia. Sin embargo, la mayor parte de las resoluciones de los juzgados de familia, a pesar de haberse iniciado un proceso penal por presuntos abusos sexuales, orientan casi todas sus decisiones a primar la restauración y “normalización” de la relación paterno-filial de las niñas y los niños con sus padres denunciados, frente a la adopción de medidas cautelares de protección de las posibles víctimas.

Caso 4: Un auto del juzgado de familia rechaza las medidas cautelares solicitadas por la madre cuando el proceso penal por abusos sexuales permanece abierto. Citando el principio del “interés superior del niño”,

⁵³ Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, del Consejo económico y Social, Doc. de la ONU: E/2005/INF/2/Add.1, párr. 8 c)

el juzgado dicta una resolución en la que, tras afirmar que no procede decretar las medidas solicitadas para la protección de la niña, insta a la madre a cumplir “*de inmediato*” el régimen de visitas acordado en la sentencia de divorcio “*con apercibimiento de proceder al cambio de custodia en caso de que las visitas y estancias con el padre no se reanuden*”.

Esta resolución decide primar el derecho de la niña a la relación paterno-filial (relación expresamente rechazada por la niña) frente a su derecho a la protección y al desarrollo en un entorno libre de violencia. La ponderación del juzgado parece haber obviado cuestiones fundamentales:

- a) La hija, una niña de 6 años que desde los 4 años relata experiencias de abusos sexuales, rechaza expresamente cualquier contacto con el padre porque dice que “*le hace daño*” y pide protección.
- b) Además de otros informes, figuran en el expediente judicial informes de peritos especialistas que confieren alta credibilidad al relato de la niña.
- c) En el momento de dictarse el auto, el proceso penal permanecía abierto, a pesar de lo cual la juez de familia afirma que “*no ha quedado acreditado que la menor se encuentra en situación alguna de riesgo o peligro para su integridad física o psíquica*”.

Barreras para la realización del derecho de las niñas y los niños a ser oídos

“El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención”

“Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente (...) Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y pintura mediante los cuales niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias”

*Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas.
Observación general 12.*

Como ya se ha indicado, el artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño establece el derecho de los niños y las niñas a expresar su opinión libremente en la toma de decisiones sobre cualquier asunto que les afecte y a que ésta se tenga debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez. En la Observación General nº 12 el Comité de los derechos del niño afirma que el derecho a ser escuchado no es sólo un derecho en sí mismo, sino que debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los

demás derechos⁵⁴. Para garantizarlo en todos los procesos que afectan a niños y niñas, particularmente en los procesos judiciales, el Estado debe:

1. Capacitarse para obtener la opinión del niño o la niña de cualquier edad, a través de las técnicas más eficaces y garantizando un entorno respetuoso que haga posible a los niños y las niñas expresarse con confianza y espontaneidad. Lo cual lleva al Comité a afirmar que *“la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias”*⁵⁵.
2. Motivar y explicar a los niños y a las niñas las decisiones tomadas. El derecho a “ser escuchado” no implica que se deba decidir siempre en el sentido de lo que las niñas y los niños desean pero, si no se hace así, se requiere un mayor esfuerzo de motivación que les sea explicado de forma que puedan comprender.

En los casos analizados existen prácticas que ponen de relieve obstáculos para la recogida de las opiniones de niños y niñas de edades tempranas, así como una falta de motivación de las resoluciones contrarias a la voluntad expresada por las niñas y los niños afectados.

Se observan algunas técnicas utilizadas que no parecen facilitar la expresión de niños y niñas muy pequeños. En general, las pruebas periciales realizadas por los forenses de los juzgados recurren a la entrevista (normalmente una sola sesión) y rara vez se utilizan otras técnicas, como el dibujo o los juegos para obtener el testimonio. En todos los casos se identifican varios ejemplos de contextos inadecuados, falta de tiempo, técnicas no idóneas, y en algún caso, experiencias revictimizantes y poco respetuosas. En uno de los casos (Caso 3) los peritos no logran que el niño —que ya había relatado con anterioridad los presuntos abusos sexuales— se refiera ni siquiera de un modo tangencial a los mismos. Estas prácticas se ejemplifican con detalle en el apartado sobre la recogida del testimonio. Todas ellas guardan relación con otra preocupación de índole general: la falta de capacitación específica de la mayor parte de los y las profesionales que actúan en los procesos judiciales que conciernen a niños y niñas víctimas y/o testigos.

Destaca también en todos los casos la ausencia de motivación adicional en las resoluciones judiciales que adoptan decisiones contrarias a la voluntad de niñas y niños afectados. En los casos analizados, los niños y las niñas verbalizan, con mayor o menor claridad, los presuntos abusos sexuales sufridos. En dos casos también expresan su reticencia o rechazo a relacionarse con el padre (Caso 2 y Caso 4) y/o a relacionarse con éste sin vigilancia (Caso 1 y Caso 3). A pesar de esto, en todos los casos existen medidas civiles y penales adoptadas contra esta voluntad y no consta una motivación mayor por

⁵⁴ Comité de los derechos del niño, Observación general N° 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado. Doc. de la ONU: CRC/C/GC/12, de 20 de julio de 2009, Análisis literal de artículo 12, párr:2

⁵⁵ Comité de los derechos del niño, Observación general N° 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado. Doc. de la ONU: CRC/C/GC/12, de 20 de julio de 2009, párr:21

esta circunstancia, ni tampoco que en ninguno de los casos los niños y niñas afectadas hayan obtenido una explicación comprensible del por qué de la misma.

Falta de especialización de los y las profesionales intervinientes

“Cada [Estado] Parte adoptará las medidas necesarias para garantizar que las personas, unidades o servicios responsables de las investigaciones estén especializados en la lucha contra la explotación y el abuso sexual de los niños, o que las personas reciban formación a tal efecto. Dichas unidades o servicios contarán con recursos económicos suficientes”.

Convenio de Lanzarote (Consejo de Europa)

“Con el fin de evitar al niño mayores sufrimientos, las entrevistas, exámenes y demás tipos de investigación deberán ser realizados por profesionales capacitados que actúen con tacto, respeto y rigor.”

Directrices de Naciones Unidas sobre procesos judiciales en los que intervienen niños y niñas como víctimas y/o testigos

“Todos los profesionales que trabajen con y para los niños e intervengan en esos casos deben recibir una formación interdisciplinaria especial sobre los derechos y las necesidades de los niños de diferentes grupos de edad, así como sobre los procedimientos más idóneos para ellos”.

Comité de derechos del Niño. Observación General 13

Una de las obligaciones principales que los instrumentos internacionales y europeos atribuyen al Estado es la especialización del conjunto de profesionales que actúa en procesos judiciales y administrativos en los que estén implicados niños o niñas, especialmente cuando se trata de procesos judiciales en los que comparecen niños y niñas en calidad de víctimas. Las Directrices de Naciones Unidas, así como las elaboradas por el Consejo de Europa parten de una premisa fundamental: **el Estado sólo cumple su obligación de garantizar el acceso a la justicia a niños y niñas, si establece un sistema de justicia “adaptada” a sus necesidades y características**. Entre estas características, junto a la edad, debería tenerse en cuenta todo un conjunto de factores que pueden ayudar a la comprensión y exhaustiva investigación del caso⁵⁶. En aras a lograr esta adaptación, la especialización de los y las profesionales que intervienen constituye una obligación fundamental. Las normas y directrices internacionales, europeas y estatales coinciden en señalar que la investigación y enjuiciamiento de la violencia sexual contra menores de edad conlleva dificultades añadidas y una gran complejidad, por lo que requieren un mayor grado de especialización y diligencia.

⁵⁶ Las Directrices citan como características relevantes que deben considerarse: “los deseos del niño o niña, el nivel de comprensión, el sexo, la orientación sexual, las circunstancias étnicas, culturales, religiosas, lingüísticas y sociales, la casta, la situación socioeconómica y la condición de inmigrante o refugiado del niño, y también sus necesidades especiales, incluidas las relacionadas con su salud, sus aptitudes y su capacidad”

En este sentido, la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009 alerta de que *“los casos en los que la víctima es menor presentan dificultades sobreañadidas a los habituales problemas para obtener pruebas racionalmente incriminatorias y esclarecer los hechos. Estas dificultades se intensifican cuando la edad de la víctima es muy corta y alcanzan niveles máximos cuando se trata de delitos contra la libertad sexual de los que el menor es testigo único, y especialmente cuando tales delitos se denuncian en situaciones de grave crisis familiar”*⁵⁷.

Precisamente en todos los casos analizados concurren los cuatro elementos de complejidad señalados por la Fiscalía General del Estado: a) delitos sexuales, b) cometidos sobre niños y niñas de corta edad, c) los menores de edad constituyen el único testigo directo de los abusos sexuales y d) los presuntos culpables son, en estos casos, los padres en contextos de crisis familiar.

Sin embargo, en todos los casos existen ejemplos que ponen en evidencia muy graves déficits en el conocimiento sobre aspectos esenciales relacionados con el abuso sexual infantil, que son el resultado de la falta de especialización del conjunto de profesionales intervinientes.

Pese a la obligación de especialización establecida en los estándares internacionales y europeos y el reconocimiento de la especial complejidad de estos casos que realizan tanto la jurisprudencia española como las directrices de la citada Circular de la Fiscalía General del Estado, **en España no existe obligación legal de especialización para intervenir en procesos judiciales con víctimas menores de edad**, lo que sí sucede con niños y niñas infractores de la ley penal.

Ni los jueces de instrucción que dirigen los procedimientos penales por presuntos abusos sexuales cometidos contra niños y niñas, ni los fiscales que interviniente en estos procesos penales, ni los abogados y abogadas de oficio que representan a estas víctimas, tienen la obligación de especializarse. La falta de formación de jueces y fiscales puede tener un gran impacto en términos de impulsar la investigación, valorar la prueba practicada, incluida la calidad del testimonio del niño o la niña afectada y decidir sobre el sobreseimiento provisional o definitivo de la causa. Sirva como ejemplo el siguiente caso:

Caso 4: Durante la exploración judicial, en presencia del juez de instrucción, la fiscal, la abogada de la acusación y una psicóloga forense, la niña de 5 años de edad relata las agresiones sufridas. Antes de terminar la exploración se le pide que repita con gestos, sobre su propio cuerpo, los detalles de cómo y dónde le había agredido el padre. Ante la petición de que represente lo vivido sobre sí misma, la niña se paraliza y renuncia a continuar el relato tapándose el rostro con un abrigo. Este gesto y el lenguaje maduro (con un CI elevado evaluado) de la niña son interpretados por el juez y la fiscal como un

⁵⁷ Circular de la FGE 3/2009, p.42

indicador de falta de credibilidad del testimonio de la niña, que motiva el sobreseimiento provisional de la causa.

Respecto a la formación de los peritos adscritos a los juzgados se han de diferenciar dos tipos de peritos: profesionales del denominado “equipo psico-social”, que asiste a los juzgados de familia para cuestiones relativas a las medidas paterno-filiales, y profesionales de la Clínica Médico Forense, que asisten a los juzgados de instrucción en el peritaje de daños derivados de posibles delitos. El alcance de esta investigación no ha llevado a recabar información sobre pruebas de selección y otros datos sobre nivel de formación quienes integran estos organismos. Sin embargo, se han obtenido algunos datos que permiten afirmar que los peritos que asisten al juzgado pueden no contar con la especialización necesaria para abordar satisfactoriamente el tratamiento de estos casos. Es decir, preocupa que su especialización sea voluntaria y no un requisito para desempeñar su labor profesional.

Respecto a los/as profesionales adscritos a los “equipos psico-sociales”, el Defensor del Pueblo, en una investigación realizada tras las quejas recibidas, detectó importantes carencias formativas que le llevaron a formular una recomendación expresa al respecto⁵⁸. En la mayoría de las Comunidades Autónomas, la Administración sólo exige a estos y estas profesionales la licenciatura en psicología o en trabajo social para acceder a estas plazas. No existen protocolos uniformes para guiar la actuación profesional en un ámbito tan sensible y complejo como el que desempeñan quienes integran estos equipos. Tampoco existe uniformidad respecto a la obligación de la colegiación de estos y estas profesionales, lo que dificulta en gran medida su rendición de cuentas por posibles errores deontológicos (Ver Caso 2, al final del apartado). Estos profesionales no deberían ser quienes asistan al juzgado de instrucción en exámenes forenses responsabilidad de los peritos de las Clínicas o Institutos de Medicina Legal. Pero también aquí existe falta de homogeneidad. Mientras en la mayoría de las Comunidades Autónomas están separados los citados equipos psicosociales (que asisten a los juzgados en cuestiones civiles), y los peritos forenses que actúan en el orden penal, en alguna comunidad autónoma (Galicia), todos estos y estas profesionales se integran en el Instituto de Medicina Legal (IMELGA). En relación a la falta de formación de profesionales de este organismo, se ha tenido acceso a la queja elaborada por la madre de uno de los casos recogidos en el informe que denuncia que en el IMELGA “no hay ni un solo profesional con formación específica en psicología infantil, y mucho menos en temas de maltrato o abuso sexual”.

También preocupa que no en todas las Clínicas Médico Forenses existan documentos que protocolicen mínimamente las actuaciones (principios de actuación, trato, metodologías), el registro de la información o la documentación de las pruebas realizadas en casos de maltrato y abuso sexual infantil.

⁵⁸ Defensor del Pueblo, Recomendación 60/2010 de 19 de mayo, sobre equipos psicosociales adscritos a los juzgados con competencias en materia de Derecho de Familia. (BOGG, Sección Cortes Generales, IX Legislatura. Serie A, núm.329, pp.513-514.)

Del análisis de casos se desprenden, además, otros datos preocupantes:

- En varios casos el informe es suscrito por un perito sin la debida colegiación profesional y los informes periciales presentan graves deficiencias que comprometen su rigor: (Caso 2, Caso 3 y Caso 4).
- En algunos procesos penales no se recurre a los y las profesionales de la clínica médico forense, como sí se realiza en otros delitos, y se adoptan como prueba los informes realizados por profesionales de los “equipos psico-sociales” adscritos a los juzgados de familia (Caso 2 y Caso 4).

Respecto a la evaluación y rendición de cuentas, el documento de Directrices del Consejo de Europa establece que *“los y las profesionales que trabajen con y para niños y niñas deberán, en caso necesario, ser sometidos a una evaluación regular, conforme a las leyes nacionales y sin perjuicio de la independencia del poder judicial, para asegurar su idoneidad para trabajar con niños y niñas”*⁵⁹. En España se debería evaluar el grado de preparación de los y las profesionales que actualmente intervienen en estos procesos y garantizar su rigor, sobre todo teniendo en cuenta que los jueces y los fiscales conceden una gran autoridad a los informes que producen.

El análisis de casos ha puesto en evidencia que no existe un sistema de rendición de cuentas accesible a las víctimas en todas las Comunidades Autónomas que permita que las quejas sobre mala praxis de estos y estas profesionales tengan el impacto necesario.

Caso 2: La madre de una niña presunta víctima de abuso sexual denuncia a la psicóloga del equipo psicosocial del juzgado por realizar un informe falto de rigor; por actuar sin la debida colegiación y no firmar el informe. La denuncia la presenta ante el organismo de la Comunidad Autónoma que recluta y abona el salario de estos profesionales. Sin embargo, este organismo emplaza a la denunciante a remitir la queja al Colegio Oficial de Psicólogos competente aduciendo que este es el organismo encargado de tramitar las quejas por mala praxis profesional. El Colegio Oficial de Psicólogos responde que no le corresponde tramitar esa queja porque la citada profesional no está colegiada y porque los equipos psicosociales se rigen por la normativa de la Comunidad Autónoma.

Retrasos injustificados en los procesos judiciales

Ligado a la especial protección que debe garantizarse a los derechos de niños y las niñas en los procesos judiciales está el mandato de la Administración de Justicia de conceder una mayor prioridad a la investigación y enjuiciamiento de las denuncias de abuso sexual infantil, lo que incluye la celeridad de los procesos. En este sentido el Convenio

⁵⁹ Directrices del Consejo de Europa sobre justicia adaptada a la infancia. Adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en el 1098º encuentro de los ministros. Versión editada de 31 de mayo de 2011, párr.A.12

de Lanzarote del Consejo de Europa insta a los Estados a velar “*porque se dé carácter prioritario a las investigaciones y actuaciones penales y porque las mismas no experimenten retrasos injustificados*”⁶⁰. También el Comité de los derechos del niño en su Observación General n° 13 sobre la protección de la infancia contra la violencia afirma que **“en todas las actuaciones en que participen niños que hayan sido víctimas de violencia, debe aplicarse el principio de celeridad”**⁶¹. En el mismo sentido, la Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado recuerda a los Fiscales que deben desempeñar un papel activo para evitar las dilaciones en este tipo de procesos, ya que podrían obstaculizar las posibilidades de recuperación de la víctima.

Pese a la claridad de este mandato, en los casos analizados no son excepcionales los ejemplos de dilaciones y retrasos injustificados, limitando las posibilidades de protección de las niñas y los niños afectados. Sirvan como ejemplo dos de los casos analizados:

Caso 2: La primera denuncia por presunto abuso sexual se produjo en marzo de 2007, cuando la niña tenía 3 años. Al regresar del fin de semana de visitas con el padre, apareció con las braguitas manchadas de un líquido de color que podría ser sangre y quejándose de dolor en la vagina. En el hospital relató a los facultativos que le atendieron que “*su padre le había metido algo como un cuchillo*” en la vagina y fue diagnosticada de vulvovaginitis. El hospital denunció los hechos pero el juzgado de instrucción tardó seis meses en iniciar la investigación, no dictó ninguna medida cautelar de protección y el examen forense de la niña se produjo un año después de la denuncia. Tras el examen forense, que alertaba de las conductas del padre hacia la niña, el juzgado acordó una orden de protección pero durante el año de dilaciones procesales el régimen de visitas ordinario y con pernocta siguió vigente y la niña debió acudir a las visitas, a pesar de que su rechazo a relacionarse con el padre era cada vez más fuerte.

Caso 3: En enero de 2012 el juzgado de instrucción dictó auto de sobreseimiento provisional en el proceso penal por abuso sexual contra dos hermanos. La madre de los niños afectados interpuso un recurso de reforma y subsidiario de apelación (recurso presentado ante el mismo juez que dictó el auto, que en caso de persistir en la decisión de sobreseimiento provisional, lo envía a la Audiencia Provincial para su valoración). Al cierre de este informe, en septiembre de 2012 —más de ocho meses después de formulado—, el juez de instrucción aún no se había pronunciado sobre el recurso de reforma, lo que implica la paralización del procedimiento e imposibilita el envío del recurso de apelación a la Audiencia Provincial.

⁶⁰ Art.30.3 del Convenio de Lanzarote

⁶¹ Comité de los derechos del niño, Observación General n° 13 El derecho del niño a no ser objeto de ningún tipo de violencia. Doc. de la ONU: CRC/C/GC/13, de 18 de abril de 2011, párr. 54 d)

Además de estas preocupaciones expuestas, en el apartado 4 de este informe se analiza la repercusión de los sobreseimientos provisionales en las posibilidades de recuperación de las niñas y los niños afectados por los presuntos abusos sexuales de los casos analizados. Varios de los procedimientos penales siguen abiertos, algunos habiendo transcurrido más de cuatro años desde la primera denuncia.

5.3. PRINCIPALES TRABAS Y DEFICIENCIAS DETECTADAS EN LOS PROCEDIMIENTOS PENALES POR ABUSO SEXUAL INFANTIL

Frente a la violencia contra niños y niñas, el Comité recomienda que se garanticen, entre otras medidas, la existencia de *“procedimientos penales que deben aplicarse estrictamente para poner fin a la impunidad generalizada de que gozan, de jure o de facto, los autores de actos de violencia”*⁶².

A continuación se presentan las principales trabas encontradas por las niñas y los niños de los casos analizados para obtener protección y una tutela judicial efectiva. El capítulo se inicia verificando los obstáculos que han podido afectar al inicio del procedimiento penal o a su impulso por parte de sus representantes legales y de otros agentes ajenos a la Administración de Justicia, así como los déficits detectados en términos de asistencia e información. El análisis se centra especialmente en cuatro obligaciones centrales de la Administración de Justicia: el impulso por parte de los jueces y fiscales de una investigación diligente de los hechos denunciados, la diligencia en la obtención del testimonio de niños y niñas, la protección de los niños y las niñas afectadas y la adecuada valoración de la prueba por parte del juez.

Obstáculos en el inicio o impulso del proceso penal por parte de personas ajenas a la Administración de justicia.

“Toda persona o autoridad, y especialmente aquellos que por su profesión o función, detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise”.

Ley 1/1996 de Protección del Menor (art. 13)

Entre los obstáculos que dificultan la denuncia de estos delitos ante la justicia se han identificado dos factores fundamentales en los casos analizados: la escasa implicación de algunos servicios públicos que debieron actuar ante indicios de abuso sexual y no lo hicieron; y la falta de apoyo y asistencia ofrecida por el Estado a las representantes legales de los niños y las niñas.

⁶² Ibídem, párr. 55 c)

En todos los casos documentados las víctimas son llevadas, al menos en una ocasión, a centros sanitarios de la red pública ante malestares manifestados por los niños y las niñas o lesiones descubiertas por las madres, generalmente al regreso de las visitas paterno-filiales. En todos los casos existe en el expediente más de un informe médico que acredita evidencias físicas de indicadores de abuso sexual (fisuras anales, vulvovaginitis, trastornos del sueño y la alimentación, conductas con una elevada carga sexual en niños o niñas muy pequeños, ansiedad, somatización, agresividad, miedo al padre).

El personal sanitario de la red pública juega un papel fundamental para alertar sobre la posible existencia de abusos sexuales y para documentar sus evidencias físicas. En tres de los casos analizados son los propios facultativos quienes consignan de manera expresa las sospechas de abusos sexuales y dirigen la pertinente comunicación al juzgado, o incluso llaman por teléfono al médico forense que se persona en el hospital y realiza su informe (Caso 1 y Caso 2). Sin embargo, se han identificado dos ejemplos de falta de diligencia en el ámbito sanitario (Caso 3 y Caso 4).

Caso 4: Tras regresar de las visitas con el padre, la niña de cuatro años presenta dolor, enrojecimiento vaginal e inflamación de los labios mayores y el médico constata la presencia de restos de una sustancia viscosa en la los labios vaginales. A pesar de lo cual, el profesional no relaciona los síntomas físicos con posibles abusos sexuales y atribuye el eritema a la suciedad, sin tomar la cautela de descartar otras causas. Tampoco manda analizar la sustancia viscosa que presentaba la niña entre los labios vaginales.

Debido al rechazo cada vez mayor de la niña al contacto con el padre, presenta cuadros de ansiedad, somatización y trastornos del sueño los días anteriores a las visitas. A raíz de la ansiedad, de no poder dormir por las noches, la madre acude con la niña a los servicios de urgencias de un hospital infantil. El facultativo que le atiende no relaciona estos síntomas con posible maltrato, ni siquiera pregunta la causa, y le receta a la niña un somnífero de uso infantil.

Caso 3: Ante la preocupación por el comportamiento del hijo mayor y tras ser alertada por una psicóloga privada acerca de la anormalidad de comportamientos con alta carga sexual en un niño de tan corta edad, la madre pide asistencia al servicio público de salud para que examinen y traten a su hijo. La respuesta de este servicio fue darle una cita para tres meses después, ante lo que la madre decidió encargar el examen y tratamiento del niño a la citada psicóloga privada debiendo hacer frente al coste económico correspondiente. En base a los resultados de este examen la madre presentó la primera denuncia.

En el Caso 4 se identifica la correcta actuación de los servicios de emergencia del servicio público de salud (médico y psicológico). Estos servicios asistieron a la niña en una crisis de ansiedad sufrida por su temor a encontrarse con el padre en el Punto de Encuentro

Familiar. Realizaron un informe en el que dejan constancia, además de los síntomas físicos, del resultado de la exploración psicológica. En el informe, los profesionales alertan con preocupación del fuerte rechazo de la niña hacia el padre, que podría tener relación con un posible maltrato paterno.

Los centros escolares constituyen otro de los servicios públicos adecuados para la detección temprana y la identificación de evidencias que puedan servir de prueba. En ninguno de los casos documentados las denuncias han partido del centro escolar. Sin embargo, se han detectado casos en los que la implicación del centro ha sido mayor:

En los casos en que la sospecha de abuso sexual apunta al padre del niño o la niña en parejas separadas o divorciadas, los Puntos de Encuentro Familiar (PEF) deberían ser centros de referencia para recabar pruebas que sustenten las denuncias e impulsen el esclarecimiento de los hechos. Sus profesionales son testigos directos de las reacciones de los niños y las niñas en las entregas y recogidas, así como del comportamiento de sus progenitores. Sin embargo, en ninguno de los casos documentados la actuación de los PEF ha sido activa en este sentido. Más bien, se han identificado casos en los que el rechazo de los niños y las niñas hacia los padres ha sido probado por varios medios, incluso reconocido por el juzgado, mientras los profesionales del PEF consignaban en sus informes la normalidad en la relación (Caso 2, Caso 3 y Caso 4).

En los casos analizados, tampoco los servicios de atención a la infancia de las Comunidades Autónomas han sido activos en la denuncia de potenciales situaciones de desprotección por los indicios de presuntos abusos cometidos contra niños y niñas pese a la existencia de informes médicos que apuntaban evidencias de los posibles abusos sexuales (Caso 1).

Las Directrices del Consejo de Europa establecen el derecho de todos los niños y las niñas a ser informados sobre sus derechos y a que se les faciliten mecanismos apropiados para acceder a la justicia. Del mismo modo el Convenio de Lanzarote y la Directiva de la UE sobre abuso sexual infantil obligan a los Estados a garantizar a los niños y las niñas y sus representantes legales la información necesaria sobre las correspondientes actuaciones judiciales que pueden emprender, incluida la reclamación de una indemnización⁶³.

Especialmente en casos de niños y niñas en la primera infancia, el motor de la denuncia y el sostenimiento del proceso suele ser su representante legal, a quien la Administración de Justicia debería prestar información, asistencia y apoyo.

Según los relatos de las madres entrevistadas por Save the Children, uno de los momentos más difíciles del recorrido para ellas es aquel en el que, a través de la acumulación de indicios, toman conciencia de que su hijo o hija puede estar sufriendo abuso sexual, más aún cuando se enfrentan a evidencias físicas. Pese a ello, la falta de apoyo e información específica a las representantes legales de las niñas y los niños ha

⁶³ Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. art.20.2

sido un común denominador en todos los casos analizados. No consta, en ninguno de los casos, que se hayan puesto a disposición de las representantes legales y, en la medida de lo posible de los niños y niñas, recursos para informarles sobre el ejercicio de la acción penal.

La experta internacional Irene Intebi pone de manifiesto que, lejos de ser apoyada, *“es bastante común que la persona adulta no agresora que cree en lo que revelan sus hijos o hijas y quiere protegerles tenga que afrontar situaciones bastante complejas tales como problemas económicos, descreimiento familiar, rechazo social e incluso falta de apoyo por parte del sistema judicial”*⁶⁴.

Todas las madres de los casos analizados comenzaron el proceso penal con abogados o abogadas privados, pues en ese momento tenían ingresos superiores al máximo exigido para acceder al beneficio de la justicia gratuita. Sin embargo, la necesidad de realizar un gran número de actuaciones para lograr mantener vivos los procesos penales, unida a la urgencia de responder a las demandas civiles de los padres denunciados en los procesos penales, ha impactado gravemente en la situación económica de estas personas. Una de las madres entrevistadas cifra en más de 70.000 euros lo gastado (Caso 2) y otra reconoce que actualmente se encuentra arruinada y que puede continuar litigando gracias a préstamos de familiares y afirma que *“como no tengo hipoteca, esta es mi hipoteca, lograr proteger a mi hija”* (Caso 4). Añadiendo a esto la confluencia del litigio civil sobre modificación de las medidas paterno-filiales, que en todos los casos ha sido puesto en marcha por parte de los padres tras la denuncia por presuntos abusos sexuales, el coste del proceso se ha duplicado.

Más allá del coste económico, esta concurrencia es vivida por las representantes legales como una amenaza (si continúan litigando en el orden penal pueden perder la guarda y custodia en el orden civil, lo cual implicaría la máxima desprotección para sus hijos e hijas). Este temor es alimentado de un modo más o menos explícito por los operadores judiciales (en el Caso 2 la madre afirma que su abogado le aconseja abandonar el proceso.) En el Caso 1 la madre refiere a Save the Children que no recurrió los dos autos de sobreseimiento provisional derivados de actuaciones iniciadas a partir de las denuncias de un hospital público porque el organismo de protección de la infancia de la Comunidad Autónoma le indicó que si insistía en impulsar el proceso penal iban a retirarle la guarda y custodia.

Falta de diligencia en la obtención del testimonio de niños y niñas víctimas

“Como quiera que en los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a lo que el menor les ha narrado, o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos, o su credibilidad, el centro de atención recae naturalmente sobre

⁶⁴ Intebi, Irene. Estrategias y modalidades de intervención en abuso sexual infantil intrafamiliar. Colección de documentos técnicos, 05. Gobierno de Cantabria. 2012, p.80

las garantías que han de rodear la exploración del menor y la forma en la que la misma puede introducirse en el juicio oral”

Tribunal Constitucional, Sentencia 174/2011, de 7 de diciembre de 2011

“La investigación de los casos de violencia notificados por el niño, un representante del niño o un tercero, debe estar a cargo de profesionales cualificados (...). Se han de adoptar procedimientos de investigación rigurosos, pero adaptados a los niños”

*Comité de derechos del Niño. Naciones Unidas.
Observación General N°13*

Validez del testimonio incriminatorio del niño o niña como prueba de cargo

Como ya se ha puesto de manifiesto, la complejidad que rodea al esclarecimiento de los casos de abuso sexual infantil no deriva sólo de la edad de las presuntas víctimas, sino también de que a menudo son éstas los únicos testigos directos. Sin embargo, la jurisprudencia española ha dejado claro que en estos delitos, cometidos habitualmente en la clandestinidad, la temprana edad del único testigo directo no puede ser a priori un obstáculo para desvirtuar la presunción de inocencia. Incluso el Tribunal Supremo ha admitido que atendiendo a la capacidad “natural” del testigo, *“pueden ser capaces “naturales” bastantes menores de 14 años y no serlo algunos mayores de edad”*⁶⁵.

Más allá de la validez potencial del testimonio como prueba de cargo, el Estado debe asegurar que en la recogida de sus declaraciones, los testigos menores de edad no se enfrentan a nuevas experiencias traumáticas. Y, a la vez, garantizar el derecho de defensa del denunciado/acusado, uno de cuyos pilares es el “principio de contradicción” que supone la posibilidad del acusado de formular preguntas a los testigos de la acusación, incluidos los menores de edad. La negación de este derecho produciría indefensión.

En el apartado sobre el marco normativo se ha hecho referencia a las lagunas normativas que presenta la legislación procesal española en esta materia, derivadas de la ausencia de un estatuto de protección de los niños y las niñas víctimas y testigos en procesos judiciales.

Sin embargo, la jurisprudencia europea y española es clara en el sentido de admitir el testimonio de los niños y las niñas como prueba de cargo, incluso sin que éste se preste en el juicio oral. Las sentencias más relevantes que ofrecen a la Administración de Justicia orientación clara sobre cómo actuar al respecto son: la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 2 de julio, caso S.N. contra Suecia) y de las recientes sentencias,

⁶⁵ STS 339/2007, de 30 de abril, FJ 3

del Tribunal Constitucional 174/2011, de 7 diciembre de 2011 y del Tribunal Supremo 1415/2012 de 10 de febrero, en entre otras.

Según esta jurisprudencia, el “principio de contradicción” obliga a la Administración de Justicia a conceder al denunciado/acusado, a través de su letrado, la posibilidad de interrogar a la víctima y otros posibles testigos inculminatorios. Pero, tratándose de víctimas menores de edad este interrogatorio habrá de realizarse siguiendo las cautelas básicas para no causar daño o revictimizar al niño o la niña. El Tribunal Constitucional, en la sentencia citada, expresa claramente esta posibilidad al afirmar que *“es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de menores se realice por expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción”*⁶⁶. A continuación, el Tribunal Constitucional se remite a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para exponer las condiciones en las que, sin participar el testigo menor de edad en el juicio oral, se entiende salvaguardado el derecho de defensa, para lo cual el acusado *“debe ser informado de que se va oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de una grabación audiovisual; así mismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior”*⁶⁷.

La jurisprudencia admite, por tanto, que no es necesaria la presencia de los y las menores de edad en el acto del juicio oral para considerar válido su testimonio como prueba de cargo, siempre que en la fase de instrucción se haya garantizado la posibilidad de contradicción para la defensa del inculcado. Además, la jurisprudencia considera que para conciliar los dos derechos en juego es fundamental disponer de medios materiales (grabación audiovisual y/o cámara de Gesell) así como la intervención de personas expertas.

En suma, como afirma el Presidente de una de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Tarragona, experto en la materia, para garantizar que la obtención del testimonio de niños y niñas en el proceso penal se lleva a cabo con el debido respeto a su seguridad e integridad y con las cautelas procesales apuntadas, es preciso *“tratar la información facilitada por un menor presuntamente victimizado como una fuente de prueba que requiere de medios probatorios novedosos”*⁶⁸.

⁶⁶ STC 174/2011 de 7 de diciembre de 2011, FJ4

⁶⁷ EITC cita textualmente un fragmento de la Sentencia del TEDH del caso A.S. contra Finlandia, de 28 de septiembre de 2010

⁶⁸ “Menores victimizados y proceso penal: Una propuesta de análisis del modelo español a la luz de los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a propósito de la STEDH, caso S. N. c. Suecia”, del 2 de julio de 2002”, en Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas. Protección de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia. UNICEF, JUFEJUS, ACD, 2010. p. 123

Esto nos conduce necesariamente a analizar las condiciones en las que han sido tomados los testimonios de los niños y las niñas en los casos documentados.

Condiciones para la obtención del testimonio de un niño o una niña víctima de abuso sexual

“Los niños menores de seis años cuyo testimonio sea esencial deberán ser examinados con asistencia de especialistas, en un entorno adecuado y dando la posibilidad a la defensa de formular —a través de terceras personas— cuantas preguntas pertinentes plantee”.

Circular 3/2009 de la FGE

“La entrevista a niños en edad preescolar víctimas de presuntos delitos de abuso sexual y maltrato es considerada en el ámbito profesional forense como una de las tareas más exigentes, angustiosas y, a la vez, poco analizadas, de la práctica pericial”.

J.R. Juárez López; Eva Sala Berga (2011): Entrevistando a niños preescolares víctimas de abuso sexual y/o maltrato familiar. Eficacia de los modelos de entrevista forense. Centro de estudios jurídicos de la Generalitat de Cataluña.

Las cautelas y la especialización que deben acompañar a la obtención del testimonio del niño o de la niña presuntamente víctima de abuso sexual tienen su base en el mandato de protección frente a la posible revictimización, pero también son imprescindibles para obtener un relato con la calidad necesaria para considerarse prueba de cargo en un proceso penal. Varios instrumentos internacionales y europeos de referencia en esta materia desarrollan ampliamente las condiciones en las que deben recogerse los testimonios de niños y niñas víctimas y/o testigos en procesos judiciales. En este sentido, el Convenio de Lanzarote⁶⁹ del Consejo de Europa insta a los Estados a adoptar medidas legislativas o de otro tipo, con el fin garantizar que las entrevistas a niños y niñas víctimas de abuso sexual guarden las siguientes cautelas: a) tengan lugar sin demoras injustificadas; b) se realicen en espacios concebidos y adaptados a tal fin; c) se lleven a cabo por profesionales debidamente formados a tal efecto; d) en la medida de lo posible siempre sea entrevistado por las mismas personas; e) el número de entrevistas se limite al mínimo posible y en la medida estrictamente necesaria para el desarrollo del procedimiento penal; y f) el niño pueda estar acompañado por su representante legal o, en su caso, por un adulto de su elección, salvo decisión motivada en contrario respecto de dicha persona.

⁶⁹ Art. 35.1 Entrevista al niño

Las Directrices de Naciones Unidas establecen que *“con el fin de evitar al niño mayores sufrimientos, las entrevistas, exámenes y demás tipos de investigación deberán ser realizados por profesionales capacitados que actúen con tacto, respeto y rigor”*

En España falta una normativa específica que desarrolle los requisitos que han de observarse en las entrevistas a menores de edad víctimas de delitos, especialmente cuando se trata de delitos sexuales. Tampoco se cuenta con protocolos unificados en todo el Estado, que garanticen que la práctica de pruebas periciales obedece a los criterios de tacto, respeto y rigor requeridos por los estándares internacionales.

En el análisis de exámenes forenses y exploraciones judiciales documentadas en los expedientes de los casos analizados, se ha valorado especialmente el respeto a los tres requisitos establecidos en las Directrices de Naciones Unidas (tacto, respeto y rigor) en la recogida de los testimonios e informes posteriores. A partir de literatura científica⁷⁰, protocolos de referencia⁷¹ y de las conclusiones alcanzadas por dos psicólogos expertos que analizan el rigor de informes periciales realizados en dos de los casos analizados (Caso 3 y Caso 5) se ha establecido una serie de parámetros a partir de los cuales se ha valorado el tacto, respeto y rigor de la actuación pericial. Estos parámetros son los siguientes:

- a) Adecuación de las pruebas practicadas al objetivo del examen pericial;
- b) Utilización de técnicas adecuadas y no traumáticas;
- c) Presentación de los datos obtenidos en las pruebas practicadas y adaptación de las conclusiones del informe a dichos resultados;
- d) Valoración de las respuestas del niño o la niña de acuerdo a sus características evolutivas y a los síntomas que pueden acompañar al abuso sexual infantil.

Respecto a la primera cuestión se ha identificado un caso en el que la psicóloga que realiza el peritaje no adecúa las pruebas realizadas al objeto del examen solicitado por el juzgado. Resulta preocupante que el juzgado haya basado el sobreseimiento provisional de la causa en un informe que carece de este elemento esencial de rigor:

Caso 2: El sobreseimiento provisional acordado por el juez se basa fundamentalmente en el informe realizado por una psicóloga adscrita al equipo psicosocial del partido judicial sobre quien consta la existencia de denuncias previas debido a la subjetividad de sus informes. El juzgado pidió a

⁷⁰ J.R. Juárez López; Eva Sala Berga (2011): Entrevistando a niños preescolares víctimas de abuso sexual y/o maltrato familiar. Eficacia de los modelos de entrevista forense. Centro de estudios jurídicos de la Generalitat de Cataluña

⁷¹ Guía de actuación del psicólogo en los abusos sexuales, COP Cataluña, 2010

la psicóloga que realizara un examen de la credibilidad del testimonio de la niña. Sin embargo, la profesional no realiza la valoración solicitada ni utiliza pruebas al efecto, sino que entra a valorar la relación de la niña con el padre y la madre, a la que atribuye comportamientos manipuladores. El informe concluye con la sospecha de que la denuncia de abusos sexuales es una “denuncia falsa” y recomienda un cambio de guarda y custodia de la niña a favor del padre. Este informe ha sido analizado por un psicólogo experto en análisis de la credibilidad del testimonio de menores de edad, que ha puesto en cuestión su rigor; entre otros motivos porque *“el objetivo de la pericial analizada era determinar la “Capacidad de fabulación de la menor”. Sin embargo, ni las pruebas aplicadas ni la mayoría de las afirmaciones del Informe se centran en tal cuestión. De hecho, la prueba TAMAI es de adaptación general, y la prueba “Árbol-Casa-Persona” de personalidad, y de carácter no científico, pero ninguna de ellas permite detectar el mayor o menor grado de fabulación. Por la edad de (la niña), es normal que proceda a fabular. Y también por su edad, es normal que sepa distinguir perfectamente la verdad de la mentira. Por lo tanto, el informe debería determinar no la capacidad de fabulación, sino la veracidad de su testimonio. Sin embargo, no se ha aplicado ninguna prueba al respecto, ni se ha analizado tal cuestión. Si se hubiera analizado la veracidad del testimonio, se deberían haber aplicado pruebas específicas al respecto, tanto a nivel verbal como no verbal”*⁷².

Respecto al tipo de pruebas utilizadas y su adecuación y pertinencia considerando la edad y otras características de las niñas y los niños entrevistados, se han detectado una serie de ejemplos que ponen de relieve actuaciones poco diligentes. Ya se ha hecho referencia a las afirmaciones relativas a la imposibilidad de obtener información relevante del relato libre del niño o la niña, atribuyendo la dificultad a la edad de los mismos. Esta imposibilidad ha motivado el sobreseimiento provisional de los procesos judiciales sin practicar más pruebas (Caso 3).

Expertos en psicología infantil señalan como fundamental para el éxito de la entrevista a niñas y niños pequeños el comportamiento y las técnicas utilizadas por quien las conduce. Se afirma con contundencia que **“la fiabilidad de los relatos de los niños tiene que ver más con las**

⁷² Fragmento del informe en el que un psicólogo experto analiza el informe realizado por la perito del “equipo psicosocial” adscrito al juzgado y que sirvió de base para acordar el sobreseimiento de la causa

habilidades del entrevistador que con cualquier limitación natural de sus capacidades cognitivas”⁷³.

Resulta preocupante que el reconocimiento de los peritos sobre la imposibilidad de extraer un relato del niño o la niña no haya supuesto por parte del juez y del fiscal del caso la puesta en cuestión de las técnicas utilizadas y la subsiguiente petición de una nueva prueba, ordenando extremar la diligencia con técnicas más adecuadas a la edad y características del niño o la niña.

La literatura científica sobre niños y niñas preescolares coincide en señalar la importancia de lograr el relato libre del que se partirá para la concreción de detalles. También se advierte de las dificultades que plantean las entrevistas con preguntas cerradas, así como de la necesidad de evitar las preguntas con sólo dos posibles respuestas y la práctica de repetir la pregunta sobre lo que el niño o la niña acaba de decir⁷⁴. Los investigadores Cortés y Cantón⁷⁵ recuerdan la importancia de conocer las dificultades que los y las menores de edad tienen para narrar con exactitud un suceso experimentado. Esto hace **fundamental contar con profesionales formados en abuso sexual infantil, desarrollo evolutivo y técnicas de entrevista específicas para niños y niñas**. El profesional que evalúa al niño o la niña víctima debe contar con competencias y técnicas diferentes a las utilizadas con los adultos y realizar evaluaciones acordes al desarrollo evolutivo del niño o niña, teniendo en cuenta las diferencias en las capacidades de memoria, atención, control de la información, comprensión del tiempo y de los conceptos de verdad y mentira.

Entre las técnicas utilizadas en los casos analizados predomina la entrevista estructurada frente a otro tipo de técnicas que pueden ser más adecuadas para obtener el testimonio de niños y niñas pequeñas, y que son expresamente recomendadas por el Comité de los derechos del niño en la Observación General N° 12: dibujos, juegos, entre otras.

En varios casos se han identificado entrevistas inadecuadas, con preguntas cerradas y re-preguntas, que parecen conducirse a modo de interrogatorios e incluso entrevistas conjuntas víctima-denunciado.

⁷³ Ceci, S. y Bruck, M. Jeopardy in the Courtroom: A scientific analysis of children's testimony. American Psychological Association (1995), citado en J.R. Juárez López; Eva Sala Berga (2011): Entrevistando a niños preescolares víctimas de abuso sexual y/o maltrato familiar: Eficacia de los modelos de entrevista forense. Centro de estudios jurídicos de la Generalitat de Catalunya, p.137

⁷⁴ J.R. Juárez López; Eva Sala Berga (2011): Entrevistando a niños preescolares víctimas de abuso sexual y/o maltrato familiar: Eficacia de los modelos de entrevista forense. Centro de estudios jurídicos de la Generalitat de Catalunya, pp. 54 y siguientes

⁷⁵ Cantón, J.C. y Cortés, M.R.: “La sugestibilidad de los niños”, en J. Cantón y M.R. Cortés (Eds.) Guía para la evaluación del abuso sexual infantil. Madrid: Pirámide, 2000

Caso 3: El sobreseimiento provisional de una de las denuncias sobre presuntos abusos sexuales sufridos por dos hermanos se basó en la prueba pericial realizada a los niños, de 6 y 4 años de edad, por una perito que utilizó técnicas no adecuadas. Esta profesional comenzó por realizar una entrevista individual en la que no logró crear el rapport necesario para que los niños relataran los presuntos abusos, que, no obstante, ya habían revelado a otros profesionales. Tras reconocer que no ha podido obtener un relato libre de ninguno de los dos hermanos para aplicar un método de análisis de la credibilidad, decide realizar una entrevista dirigida en la que abundan las preguntas cerradas y las re-preguntas. Tras la entrevista individual realiza una entrevista conjunta a los dos hermanos que acaba convirtiendo en un “careo”, lo que desencadena una fuerte discusión entre ambos niños. La psicóloga decide dar más crédito a la versión de los hechos relatada por el hermano pequeño, según se observa en el extracto de la entrevista recogido en su propio informe, y llega a acusar al hijo mayor de mentir.

En el fragmento de la entrevista individual con el hijo mayor se pone en evidencia la práctica de una técnica que revela una falta de respeto hacia el niño: ante las preguntas concretas de la psicóloga sobre la postura en la que se produjeron los presuntos abusos sexuales, el niño se arrodilla para escenificar su postura. Ante lo cual, la psicóloga decide ponerse de pie delante de él simulando ser el padre a quien realiza la felación para sacar como conclusión la inverosimilitud del relato (*“me pongo de pie delante del niño que está a cuatro patas para hacer que soy su padre y obviamente la distancia que habría desde el suelo hasta el pene de su padre es demasiado grande como para que pudiera realizar una felación”*), y aún en esa postura la psicóloga le pregunta al niño *“¿Llegas? ¿Cómo pudo ser eso?, a lo que el niño responde “No sé. Prefiero hablar”*).

La madre de los dos niños ha denunciado a esta psicóloga tanto al Colegio Oficial de Psicólogos como al Instituto de Medicina Legal, y en estas denuncias relata que *“los niños salieron de la sesión con un elevado nivel de ansiedad que persistió a lo largo de buena parte del día, cosa que no había pasado anteriormente en ninguna de las intervenciones efectuadas por otros profesionales”*.

Caso 2: La niña de ocho años había expresado su rechazo hacia el padre en numerosas ocasiones. Tras la segunda denuncia cursada por el hospital por presunto abuso sexual del padre, el juzgado ordenó un examen pericial de la niña y entrevistas psicológicas con el padre y con la madre. En la espera de las entrevistas individuales, sin previo aviso, la perito decide que quiere entrevistar conjuntamente al padre y a la hija, para “*analizar la interacción*” entre ambos sin sopesar el impacto que este encuentro podía producir en la niña.

Caso 4: La niña narra los presuntos abusos sexuales sufridos ante la psicóloga del equipo psicosocial adscrito al juzgado de familia. Al terminar el relato, está le pide que lo vuelva a describir utilizando un muñeco anatómico y la niña le toca los genitales al muñeco explicando lo que su padre le hace. Según relató la niña a la madre, las últimas preguntas y la petición de hacer los gestos sobre el muñeco supuso para ella un esfuerzo que le produjo ansiedad y “*sólo quería salir de allí*”. La madre recuerda que la niña salió de la exploración con un importante malestar e incluso “*con ganas de vomitar*”.

En uno de los pocos estudios recientes que analizan en España los exámenes forenses en casos de abuso sexual infantil contra niño y niñas preescolares, se alerta sobre el uso de los muñecos anatómicos señalando que “*hay que advertir que su uso sin una preparación ni formación del entrevistador o introducidos en un momento inadecuado de la entrevista puede comprometer significativamente el relato del niño*”⁷⁶.

Una deficiencia detectada en todos los casos, salvo el Caso 1, es la relacionada con la falta de presentación de los datos obtenidos en las pruebas practicadas. Resulta una práctica común en estos casos el hecho de que en la metodología aparezcan una serie de pruebas practicadas en la exploración y no se reflejen los resultados de las mismas en el informe. Entre la documentación de los casos analizados se han encontrado informes extremadamente breves (el más breve —Caso 4— cuenta con dos páginas, lo que incluye introducción, metodología, resultados y conclusiones). Este tipo de práctica produce una clara indefensión en las personas involucradas en el proceso, ya que no ofrece la posibilidad a otro profesional de interpretar los resultados. El hecho de

⁷⁶ J.R. Juárez López; Eva Sala Berga (2011): Entrevistando a niños preescolares víctimas de abuso sexual y/o maltrato familiar. Eficacia de los modelos de entrevista forense. Centro de estudios jurídicos de la Generalitat de Catalunya, pp.56 y 57

que otros profesionales no tengan acceso a los resultados obtenidos, y por lo tanto no puedan interpretarlos, atenta contra las normas básicas de una investigación.

En uno de los casos documentados no se utiliza ninguna prueba más que la entrevista clínica (Caso 3) y en otros dos (Caso 2 y Caso 4), a pesar de que consta en la metodología la realización de más pruebas, no se recogen los resultados de las mismas en los apartados de valoración y conclusiones. Esta falta de correlación entre las pruebas practicadas, los datos obtenidos y la entrevista, da pie a incorporar elementos subjetivos de la persona que realiza el examen contrarios al rigor. Se identifican algunas entrevistas (fundamentalmente Casos 2 y 4) que parecen realizarse para verificar hipótesis previas y justificar los posibles datos obtenidos, mientras que, en todo proceso científico, el planteamiento debe ser el contrario: la entrevista debería guiar la aplicación de las pruebas concretas, y sólo puede tener valor si las pruebas científicas y objetivas permiten afirmar lo mismo. Como afirma un psicólogo especialista en este tipo de exámenes al analizar uno de los informes periciales en el Caso 2, *“Las impresiones recogidas en la entrevista se deben corroborar con los datos de pruebas científicas, ya que, si no, no pueden poseer dicha validez científica. Sin embargo, en este informe sucede lo contrario. Generalmente a la entrevista se le concede un valor por sí sola, sin necesidad de buscar la verificación en pruebas científicas”*.

También se identifican afirmaciones que dan cuenta de que en la valoración de las respuestas del niño o la niña no se han tomado suficientemente en consideración sus características evolutivas y las especificidades de los síntomas de abuso sexual.

Como afirman Cortés y Cantón⁷⁷ el recuerdo del niño nunca es perfecto, por lo que se espera que sus declaraciones sean algo desorganizadas, con digresiones o cambios espontáneos de enfoque y correcciones espontáneas o incluso dudas sobre la exactitud de sus recuerdos. Estos investigadores señalan que el grado de exactitud con que los niños y las niñas informan sobre acontecimientos que han experimentado, depende de sus características evolutivas, de las características de la situación de abuso sexual, las demandas cognitivas de la situación y de las circunstancias en que deben recordarlo. También influyen factores emocionales y sociales.

Sin embargo, en los casos analizados se advierten actuaciones periciales que interpretan como una contradicción de los niños y las niñas entrevistadas el hecho de que no sean capaces de ubicar los hechos temporalmente (Casos 3 y Caso 4) o que la niña relate de un modo poco emocional la violencia sexual sufrida (Caso 5). Esto pone de manifiesto, en el primer caso,

⁷⁷ CANTÓN, J.C. y CORTÉS, MR.: “La sugestibilidad de los niños”, en J. Cantón y M.R. Cortés (Eds.) Guía para la evaluación del abuso sexual infantil. Madrid: Pirámide, 2000

el desconocimiento acerca de las dificultades de temporalizar el relato, una característica específica en niños y niñas preescolares. En el segundo ejemplo, que el relato estereotipado y las repeticiones de la niña han sido estudiados entre los mecanismos defensivos en casos de abuso sexual o maltrato. La falta de adecuación de la valoración a las características de los niños y las niñas pueden ejemplificarse a través del siguiente caso:

En el **Caso 3**, se duda del testimonio de un niño de 4 años y de otro de 6, cuyos relatos coinciden en el hecho de que el padre le introduce un objeto *“como un taladrador pero que se enchufa”*, porque la psicóloga toma la descripción en sentido literal y concluye que *“el testimonio no es consistente con las leyes de la naturaleza ya de ser cierto lo relatado el mecanismo lesivo produciría lesiones graves en la región anal y perianal que requeriría necesariamente intervención médico-quirúrgica”*.

También en el **Caso 3**, el médico forense utiliza como uno de sus principales argumentos para descartar que las fisuras anales del niño de 4 años tengan relación con la violencia sexual, la inexistencia de excoriaciones que acreditarían la “lógica” resistencia a los abusos sexuales. Parece no contemplarse suficientemente la posibilidad, mucho más adecuada a su edad y al tipo de relación con el denunciado (su propio padre): la falta de resistencia.

Otras actuaciones identificadas contrarias al rigor en los exámenes y elaboración de informes periciales son las siguientes:

- Atribución del examen a profesionales no adecuados. En un caso, el juez de instrucción en lugar de encargar el examen psicológico de la niña a peritos de la Clínica Médico Forense, decide —a instancias del denunciado— encargarlo al equipo “psicosocial” con competencia para intervenir en pleitos de familia, y no con víctimas de delitos (Caso 2). En otro caso, el juez de instrucción tampoco encarga informe a la Clínica Médico Forense porque decide valerse del examen ya realizado con anterioridad por equipo “psicosocial” para una finalidad distinta: el litigio civil sobre el régimen de visitas y las medidas cautelares en el pleito civil (Caso 4).

- Falta de contextualización de las conclusiones de los exámenes. Se ha identificado también como traba la práctica de no considerar todos los informes que obran en la causa para contextualizar los informes periciales. En los Casos 2, 3 y 4 se obvian en el informe pericial los informes sanitarios que incluyen síntomas (ansiedad, problemas de sueño, somatizaciones, encopresis, vaginitis, fisuras anales) que en conjunto pueden alertar sobre abusos sexuales. Se produce un análisis de los síntomas sin contextualizar y, en todos los casos

se concluye, de un modo más o menos explícito, que los abusos sexuales son una idea de la madre.

Las actuaciones analizadas incumplen los requisitos de rigor, tacto y respeto, con consecuencias determinantes para el acceso a la justicia. También resulta preocupante la falta de crítica o de puesta en cuestión por parte del juzgado que encarga estos informes, a pesar de que algunos de estos déficits son evidentes. En ninguno de los casos documentados existe constancia de que el Ministerio Fiscal haya intervenido para cuestionar la validez científica de este tipo de informes o para tratar de complementar la —en ocasiones escasa— información procedente de los mismos.

Falta de diligencia en el impulso del proceso penal y la investigación del delito

“Hay que tener presente que las causas que mayores problemas plantean en relación con el testigo menor (normalmente también víctima) son las relativas a abusos y agresiones sexuales. En estas causas, un juicio erróneo o una investigación archivada prematuramente puede tener consecuencias extraordinarias no solo para los implicados en el proceso en curso sino para potenciales víctimas, por lo que es extremadamente importante que todas las investigaciones de presuntos abusos sexuales sean de la mayor calidad posible y que se les otorgue prioridad respecto a otras investigaciones criminales”.

Fiscalía General del Estado. Circular 3/2009

Todos los casos analizados cuentan con evidencias físicas y/o psicológicas de presunto abuso sexual recogidas en informes médicos y psicológicos. En todos ellos existe más de una denuncia presentada por centros de salud o por las propias madres y las niñas y los niños afectados han relatado —dos de ellos incluso delante del propio juez de instrucción— los presuntos abusos sexuales sufridos. A pesar de esto, ninguno de los procedimientos penales iniciados ha concluido con la apertura de juicio oral. **Todos los procedimientos han sido sobreseídos provisionalmente por los juzgados de instrucción por el mismo motivo: no resulta suficientemente acreditada la presunta comisión del delito denunciado**⁷⁸. Este motivo de archivo (la insuficiencia probatoria) hace necesario comenzar por aclarar a quién atribuye la ley la responsabilidad probatoria en casos de esta índole, es decir, a quién corresponde impulsar la instrucción y garantizar la suficiencia y rigor de la investigación.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal confiere al juez de instrucción esta responsabilidad en todos los procesos penales, y establece que *“el Juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y*

⁷⁸ En todos los casos se acuerda el sobreseimiento provisional en virtud del art. 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

*circunstancias del hecho*⁷⁹. En los procesos específicos sobre abuso sexual infantil, los estándares internacionales y europeos ponen el acento en la importancia de la actuación de la Administración de Justicia que, una vez conocidos los hechos, debe impulsar el procedimiento judicial, más allá de la actuación de la víctima o sus representantes. En este sentido, la Directiva de la Unión Europea sobre abuso sexual infantil insta a los Estados a garantizar mecanismos para que *“la investigación o el enjuiciamiento no dependan de la deposición o la denuncia de la víctima, o su representante y que el proceso penal pueda seguir su curso aunque aquella retire su declaración”*⁸⁰.

A pesar de que la responsabilidad de la instrucción y del impulso investigador debe recaer en el juez y no en quien ostenta la representación legal de los niños y las niñas afectadas, los casos documentados reflejan una falta de diligencia en el impulso del proceso penal y cierta pasividad en la ordenación de diligencias. En todos los casos analizados las representaciones legales de los niños y las niñas se personan como acusación particular y, en mayor o menor medida, son quienes tratan de sostener y alimentar la instrucción de la causa ante la falta de impulso del juez de instrucción. También en todos los casos se detecta una actitud pasiva del Ministerio Fiscal que en la mayor parte de los procesos no solicita la práctica de diligencias de prueba ni se opone al sobreseimiento provisional.

Entre los casos analizados se han detectado actuaciones judiciales que revelan falta de diligencia en la investigación conducida de oficio. El tipo de delito y las características de las presuntas víctimas (niños y niñas de corta edad) y su relación con los denunciados (sus propios padres) no parece haber supuesto un acicate para extremar la exigencia en la investigación. Resulta preocupante que el juzgado de instrucción ordene escasas diligencias de investigación para el esclarecimiento de los hechos. La actividad probatoria ordenada de oficio consiste generalmente en un examen pericial psicológico de la víctima y del progenitor denunciante. En los casos analizados es una práctica habitual que los jueces ordenen un mayor número de exámenes psicológicos y entrevistas clínicas sobre la madre que sobre el padre (denunciado). Sirva como ejemplo de falta de diligencia en la investigación de oficio el siguiente caso:

Caso I: En 2007, tras volver de las visitas, con el padre la niña de 17 meses se resiste a ser desnudada para bañarse y se queja, y al quitarle la ropa la madre advierte dos hematomas en ambas piernas y una dermatitis en la vagina, por lo que acude al hospital. Una vez allí, tras ser examinada por los facultativos del hospital, acude el médico forense, que realiza un informe acreditando las lesiones y advirtiendo del posible maltrato o abuso sexual. Al día siguiente tiene lugar la comparecencia de la madre en el juzgado de instrucción, donde solicita una orden de protección para su hija respecto al padre. El juzgado deniega la orden de protección, y la madre no vuelve a saber más acerca del proceso penal, hasta pasados alrededor de seis meses que su abogado le comunica que el caso ha sido sobreseído sin practicarse más pruebas.

⁷⁹ Artículo 777 de la LECr.

⁸⁰ Directiva sobre abuso sexual infantil. UE. 2011. De la investigación y el enjuiciamiento, art. 15.1

En febrero de 2010, cuando la niña ya ha cumplido cuatro años, al regreso de las visitas con el padre presenta un fuerte dolor vaginal y dificultades para orinar; ante lo cual, la madre acude con ella a los servicios de urgencias. El hospital vuelve a diagnosticarle *“eritema y erosión vaginal”* y se hace constar que *“la niña al ser preguntada manifiesta que su padre le ha metido el dedo en el “pepe” (la vagina)”*. Ante tales evidencias, el hospital llama al médico forense quien, tras explorar a la niña, le comunica a la madre que va a denunciarlo al juzgado de instrucción, que abrirá diligencias. Se inicia un proceso de investigación y la madre es llamada por la policía para declarar como testigo. Sin embargo, y a pesar de la acumulación de indicios, el juzgado de instrucción que se hace cargo de la investigación se inhibe⁸¹ a favor de otro, y éste a su vez a favor de un tercero. Este último, cuatro meses después de presentada la denuncia, decide acordar el sobreseimiento provisional de la causa sin practicar diligencias de prueba. En el auto de archivo, de un folio de extensión, se expone un único motivo que incluye la siguiente redacción estandarizada: *“que de las diligencias practicadas no resulta debidamente justificada la comisión del hecho punible investigado, por lo que (...) procede decretar el sobreseimiento y archivo provisional de las actuaciones”*.

En todos los casos analizados las representantes legales de los niños y las niñas se personan como acusación particular y tratan de garantizar el esclarecimiento de los hechos a través, fundamentalmente, de la propuesta de diligencias de prueba en la instrucción. El análisis de casos ha identificado ejemplos de denegación por parte del juzgado de instrucción de pruebas pertinentes para la investigación solicitadas en tiempo y forma.

En casos de abuso sexual infantil, cometidos habitualmente en la intimidad, es especialmente relevante la búsqueda de pruebas o testigos de referencia para corroborar el relato del niño o la niña. En todos los casos existen testigos de referencia adultos, además de las madres, profesionales a quienes los niños y las niñas hicieron partícipes de todo o parte del relato sobre los presuntos abusos sexuales. La representación legal de los niños y niñas ha solicitado en la mayoría de los casos que se reciban los informes como prueba documental, así como que se escuche interrogue a estas personas. Buena parte de estas diligencias han sido denegadas.

En tres de los casos analizados (Caso 2, 3 y 4) la acusación particular ha sido especialmente activa en solicitud de diligencias de prueba y en el envío de material que contenía indicios consistentes. Sin embargo, especialmente en los Casos 3 y 4, el juzgado ha denegado la práctica de diligencias probatorias que podrían arrojar luz sobre los

⁸¹ La inhibición significa que el juzgado sobre el que recae el caso se declara no competente, por razón del territorio o por otros motivos, y envía el asunto al partido judicial o al juzgado concreto que considera competente. En varios de los casos analizados se identifican diligencias de inhibición de un juzgado a otro, que implica dilaciones en el procedimiento

hechos denunciados. En el Caso 3, a raíz del relato de los niños, la madre tenía constancia de que los presuntos abusos sexuales podían estar registrados en soporte audiovisual por lo que solicita el registro del domicilio y lugar de trabajo del denunciado en busca de este tipo de material. Esta prueba es denegada por el juzgado de instrucción sin motivación alguna.

Caso 3: En un nuevo procedimiento iniciado en 2011, la representación legal de los niños pide que se llame a declarar a dos peritos fundamentales que pueden aportar importantes elementos para corroborar el relato de abusos sexuales de los dos niños: el psicólogo clínico de un hospital público que trata al hijo mayor desde 2008 y la pediatra de los servicios públicos de salud a la que acuden los niños. El juez de instrucción no responde a esta solicitud de prueba, recibe la declaración del denunciado, un informe del Punto de Encuentro Familiar y el informe del médico forense. Tras ello, en enero de 2012, dicta un auto en el que acuerda el sobreseimiento provisional por *“falta de indicios delictivos”*.

En el Caso 4 la denegación de varias pruebas pertinentes se realiza en el propio auto de archivo del procedimiento por considerarlas *“innecesarias”*, a pesar de que el sobreseimiento provisional se funda en la *“falta de acreditación de los hechos denunciados”*.

Caso 4: El juzgado de instrucción inadmite la práctica de la prueba pericial psicológica de la niña de cinco años de edad, solicitada por la acusación particular, y acuerda únicamente realizar él mismo una exploración en presencia del fiscal, de la abogada de la acusación, de una psicóloga adscrita al juzgado y de una oficial. La niña relata los presuntos abusos sexuales sufridos y pide expresamente protección al juez, pero la falta de tacto en la reiteración de las preguntas y la presencia de seis personas adultas produce un impacto traumático en la niña, que termina escondiendo la cabeza debajo del abrigo, negándose a terminar de responder. Tras la exploración, el juzgado, con dudas acerca de la credibilidad del testimonio de la niña, no acuerda —como pide la abogada de la acusación— ninguna prueba pericial especializada en análisis del testimonio. Acuerda el sobreseimiento provisional porque el testimonio de la niña *“no es nada creíble”* y *“no queda ni indiciariamente acreditado”* el abuso sexual. En el mismo auto, el juez argumenta la denegación de las pruebas solicitadas por la acusación por *“innecesarias”*. Contra este auto la madre interpone recurso de apelación, que actualmente está pendiente de resolución. En este caso, el juez de instrucción no pide informe a la clínica médico forense a pesar de ser requerido por la acusación particular, sino que se vale de un informe previo elaborado por el equipo psicosocial del juzgado de familia, cuyo objetivo era valorar el régimen de visitas y

un eventual cambio de guarda y custodia. En este informe se realizan afirmaciones relacionadas con la credibilidad del relato de la niña sobre los presuntos abusos sexuales, sin practicar ninguna de las pruebas psicológicas para el análisis del testimonio⁸².

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 850.1) contempla la denegación de pruebas pertinentes, propuestas en tiempo y forma por las partes, como uno de los motivos para la casación de una sentencia por quebrantamiento de forma.

Preocupa, así mismo, **la pasividad del Ministerio Fiscal** en el impulso del procedimiento y en la propuesta de actividad probatoria. La Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado es clara en el sentido de advertir a los y las fiscales sobre la complejidad que rodea a los procesos penales por abuso sexual infantil, especialmente si se cometen en el ámbito familiar; y más aún en familias en crisis. También resulta contundente la advertencia del impacto que puede tener una investigación archivada prematuramente, por lo que insta a los fiscales a garantizar *“que todas las investigaciones de presuntos abusos sexuales sean de la mayor calidad posible y que se les otorgue prioridad respecto a otras investigaciones criminales”*⁸³.

Del análisis de los casos de este informe se desprende que el rol del Ministerio Fiscal está lejos de ser un acicate para la instrucción, tanto en términos de impulso del procedimiento penal como en la propuesta de pruebas o en el apoyo de las diligencias solicitadas por la acusación particular.

En ninguno de los casos analizados se observa que los y las fiscales hayan actuado conforme a lo que establece la Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado respecto al sobreseimiento de la causa. No consta que hayan recurrido ninguno de los autos de sobreseimiento provisional dictados por los juzgados de instrucción en los casos analizados, pero tampoco ha justificado su acuerdo con el archivo según los requisitos de la citada norma interna que les insta a que *“Cuando las/las Sras/Sres Fiscales opten por interesar el sobreseimiento de la causa, tras ponderar los intereses en conflicto y las dificultades para obtener una prueba racionalmente incriminatoria, a fin de garantizar al máximo el acierto de estas decisiones, deberán plasmarlas siempre en informe suficientemente motivado y sometido al régimen de visado previo”*⁸⁴.

Entre los escritos a los que se ha tenido acceso en los que los y las fiscales interesan el sobreseimiento destaca la escasa motivación e incluso la falta de diligencia en el examen de la prueba. Sirvan como ejemplo dos escritos de fiscales interesando el sobreseimiento provisional en dos procedimientos iniciados en relación a los indicios de abuso sexual denunciados en el Caso 3.

⁸² No se realiza ni un análisis de los elementos verbales de la entrevista mediante la técnica del Análisis de Contenido Basado en Criterios (CBCA) ni un análisis de los elementos no verbales de la entrevista mediante el sistema de observación de Miller y Burgoon, adaptado al español por Manzanero y Díges (1993)

⁸³ Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado, p.11

⁸⁴ Circular Fiscalía General del Estado 3/2009; p.43

Caso 3: En 2008 la Fiscalía solicita el sobreseimiento provisional de la causa afirmando que no quedan acreditados los hechos. Se basa la fiscal, principalmente, en un informe pericial que reconoce que no se ha podido practicar la prueba de credibilidad del niño habida cuenta de que éste no ha hablado y de su corta edad. El caso se reabre ante una segunda denuncia apoyada por el informe de un psicólogo del servicio público de salud que trata al niño. Este informe sostiene la concurrencia de varios indicadores de abuso sexual, y manifiesta que *“no existe experiencia traumática actual en el niño. Esto no es un indicador de que no pueda adquirir este carácter en un futuro cuando el niño resignifique, en momentos posteriores de su desarrollo, sus actuales circunstancias biográficas”*. Con base en este informe, la fiscal vuelve a interesar el sobreseimiento provisional en un escrito, de un párrafo de extensión, cuyo argumento es que *“de la exploración psicopatológica no se deduce en el momento actual, la existencia de una vivencia traumática en el niño (...), por lo cual no resulta acreditada la comisión de los hechos objeto de denuncia”*.

Ante las nuevas denuncias formuladas por la madre en 2011, a raíz de los relatos cada vez más claros del hijo mayor relacionados con los abusos sexuales, así como de la existencia de evidencias físicas que podrían afectar al hijo menor, desde la fiscalía se ha seguido interesando el sobreseimiento provisional.

La motivación del Ministerio Fiscal para interesar el sobreseimiento provisional, a la que se ha hecho referencia, pone de relieve un importante desconocimiento sobre los indicadores para medir el impacto del abuso sexual infantil, ya que para valorar las consecuencias de este tipo de agresión es necesario tener en cuenta que los niños y las niñas están en proceso de desarrollo. Por ello, las consecuencias del abuso sexual están influidas por la etapa evolutiva del niño o niña en que se produce. Los efectos del abuso sexual infantil tienen un componente propio de la edad, uno muy propio de la individualidad y, en la medida en que van creciendo, el componente social también influye en la vivencia o percepción que tienen el niño o la niña de la situación que han vivido.

Falta de diligencia en la protección de niños y niñas

“Es necesario adoptar un nuevo paradigma y alejarse de los enfoques de la protección del niño que perciben y tratan a los niños como “objetos” que necesitan asistencia y no como personas titulares de derechos, entre ellos el derecho inalienable a la protección (...) Es preciso adoptar medidas enérgicas y especialmente adaptadas para contrarrestar los factores de riesgo a que pueden estar expuestos los niños”

*Comité de Derechos del Niño, Naciones Unidas.
Observación General N°13*

“Deberán aplicarse medidas preventivas especiales cuando el presunto perpetrador sea un padre y/o una madre, un miembro de la familia, o un cuidador primario”.

Consejo de Europa, Directrices sobre justicia adaptada a los niños.

Los estándares internacionales establecen que en todos los procedimientos judiciales, no judiciales o en otro tipo de intervenciones, los niños y las niñas deben ser protegidos de cualquier daño, incluyendo intimidación, represalias y victimización secundaria. Las medidas de protección deben responder a las necesidades de los niños y niñas y respetar sus derechos⁸⁵. Sobre la importancia de evitar la revictimización, el Comité de los derechos del niño de Naciones Unidas en su último informe periódico sobre España instó a la Administración de Justicia española a que *“evite que los niños vuelvan a sentirse víctimas durante los procedimientos judiciales, garantizando la adecuada protección”*⁸⁶.

Las normas internacionales y europeas sobre protección de la infancia frente al abuso sexual infantil y sobre justicia adaptada a la infancia, afirman de manera unánime que la obligación de protección del Estado incluye un componente de máxima cautela ante el riesgo de reincidencia del autor de los actos de violencia. Esto supone la adopción de medidas preventivas especiales si se trata del padre, la madre o un cuidador primario, dentro de un marco integral de medidas adaptadas específicamente a los casos en que exista la posibilidad de que se siga victimizando al niño. En estas intervenciones se deberá tener en cuenta la naturaleza de la victimización y disponer de la posibilidad de alejar a la víctima del presunto agresor.

En el apartado dedicado a la obtención del testimonio ya se ha tratado la cuestión de la protección de los niños y las niñas frente a la revictimización derivada del mismo proceso judicial en los casos analizados. En este apartado se analiza la protección de estos niños y niñas frente a la posible repetición de los presuntos abusos sexuales, cuestión especialmente relevante al ser sus propios padres los presuntos responsables de los mismos.

Pese a la claridad de la obligación de proteger a los niños y las niñas frente a toda forma de violencia, en los casos documentados se han dictado escasas medidas de protección, tanto en la jurisdicción civil como en la penal. En los casos en los que se han acordado, han tenido una escasa duración. Sin medidas adecuadas, lo prolongado de los procesos penales y la existencia de pronunciamientos no siempre coherentes en las jurisdicciones civil y penal, derivada de procesos judiciales paralelos, han provocado situaciones de desprotección para los niños y las niñas en todos los casos analizados.

El hecho de que, en los casos analizados, sea el padre el presunto agresor no ha extremado la diligencia en la adopción de medidas cautelares de protección adecuadas y

⁸⁵ Comité de Derechos del Niño. Observación General 13 sobre protección del niño contra la violencia (párr. 5) y Consejo de Europa. Directrices sobre Justicia adaptada a la infancia. Seguridad. Párr. 15

⁸⁶ Doc. de la ONU: CRC/C/ESP/CO/3-4 de 3 de noviembre de 2010; Párr. 62 d)

en todos los casos, una vez denunciados los hechos, las niñas y los niños han mantenido durante algún periodo el contacto con el denunciado, sin vigilancia.

Caso 1: En 2007 se produce la primera denuncia por parte del hospital. La madre pide orden de protección, pero el juzgado de instrucción la deniega y meses después archiva el procedimiento. Durante los tres años siguientes, a pesar del rechazo cada vez mayor de la niña, la madre es obligada a cumplir con el régimen de visitas ordinario y con pernocta decretado en el ámbito civil. En febrero de 2010 ante evidencias físicas que requieren la intervención del hospital, éste cursa una nueva denuncia y la madre vuelve a solicitar orden de protección para la niña y que se suspendan las visitas. El juzgado deniega la orden de protección y se produce la inhibición a favor de otro juzgado que acuerda el sobreseimiento provisional de la causa. En abril de 2010, cuando aún no se ha archivado el segundo procedimiento penal, el organismo autonómico de protección de la infancia realiza una “propuesta de mejora” para la situación consistente en declarar a la niña en desamparo y otorgar el acogimiento a los abuelos maternos, imponiendo un régimen de visitas muy limitado a ambos progenitores. A pesar de que la niña se oponía a ser separada de su madre, al ver ésta que era la única manera en la que podía proteger a la niña del contacto con el denunciado, firma voluntariamente la cesión de la tutela a la comunidad autónoma. Sin embargo, la medida inicialmente provisional se convierte en definitiva con el apoyo del juzgado de familia y, al cierre de este informe, en septiembre de 2012, madre e hija permanecen separadas y con un régimen de visitas restrictivo.

Caso 2: En 2007, tras la sospecha de abusos sexuales hacia la niña de cuatro años, el hospital denuncia ante el juzgado y la madre solicita medida de protección. El juzgado de instrucción no dictó medida cautelar de protección y tarda seis meses en iniciar la investigación. El examen forense de la niña se produce un año después de los hechos denunciados. Durante ese año, el régimen de visitas entre la niña y el denunciado continúa siendo el ordinario y con pernocta. A pesar de que los síntomas de la niña se incrementan (rechazo al padre, dolores de cabeza, dolor de estómago, pesadillas e incontinencia urinaria), la madre siguió cumpliendo con el régimen de visitas pautado, ya que el abogado le aconsejó que de lo contrario podrían interpretar que existía manipulación materna. Cuando, por fin, se produce el examen forense, un año más tarde, en este se aprecia que el padre presenta conductas de riesgo para la niña (reconoce que habitualmente se baña desnudo con la niña y que en alguna ocasión ésta le ha tocado el pene). A partir de este informe, el juzgado dicta una orden

de protección con suspensión del régimen de visitas. Esta medida permanece vigente cuatro meses, ya que el juzgado que la acuerda se inhibe a favor de otro juzgado. El nuevo juzgado, ante la petición del denunciado, revoca la orden de protección sin escuchar ni a la niña y ni a la madre. Más de un año después de asumir la competencia sobre el caso, decide el sobreseimiento provisional de la causa. Actualmente la niña tiene 9 años y, a pesar de su rechazo, sigue cumpliendo el régimen de visitas amplio.

La Ley de Enjuiciamiento Civil establece el denominado principio de prejudicialidad penal, esto es, la suspensión del pleito civil cuando la decisión de un tribunal penal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil⁸⁷. Este principio también es recordado por la Fiscalía General del Estado en la citada Circular 3/2009 que refiriéndose a los pleitos de derecho de familia, afirma que **“cuando el presunto delito se ha cometido dentro de la familia del menor, la posibilidad del resolver el conflicto familiar difícilmente puede operar hasta tanto haya recaído sentencia o auto de sobreseimiento firme”**⁸⁸.

Precisamente porque generalmente los procesos de familia son iniciados por los denunciados resulta importante analizar si se ha respetado el citado principio de prejudicialidad penal, cuya trascendencia en términos de protección de los niños y niñas víctimas de presuntos abusos sexuales es indudable. El principio de prejudicialidad penal tiene como finalidad detener temporalmente la toma de decisiones civiles que puedan ser incompatibles con las garantías de protección de las víctimas de un delito. La falta de observación de este principio afecta a todo tipo de víctimas, pero resulta especialmente preocupante cuando su conculcación puede implicar la desprotección de menores de edad.

El análisis de casos ha identificado actuaciones judiciales contrarias al citado principio que vulneran el deber de suspender el pleito civil hasta la firmeza de la decisión en el orden penal.

Caso 4: El noviembre de 2011 la niña confía a la madre el relato de los presuntos abusos sexuales sufridos por parte del padre. Esto es comunicado por la madre al equipo psicosocial del juzgado de familia a través de un fax, así como al propio juzgado de familia a través de un escrito por el cual la madre interpone demanda de medidas cautelares de protección. La madre también presenta una denuncia ante la Policía Nacional. Mientras se tramita la denuncia, en diciembre de 2011, el juzgado de familia dicta una resolución en la que, tras desestimar la petición de medidas cautelares, exhorta a la madre a cumplir el régimen de visitas acordado en la sentencia de divorcio *“con apercibimiento de*

⁸⁷ Art.40.2. de la Ley de Enjuiciamiento Civil

⁸⁸ Circular 3/2009 de la FGE, pp. 16 y 17

proceder al cambio de custodia en caso de que las visitas y estancias con el padre no se reanuden". En otro auto, de enero de 2012, también anterior al sobreseimiento provisional de la causa penal, el juzgado de familia acuerda imponer a la madre una multa de 500 euros por cada mes que no entregue a la niña al padre para el restablecimiento de las visitas.

En todos los casos analizados el juzgado de instrucción acuerda un sobreseimiento provisional de la causa, por entender que no resulta debidamente acreditada la perpetración del delito (art.641 LECr). Pero en ninguno de los casos se produce un sobreseimiento libre que procedería cuando *"no existen indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa"* (art. 637 de la LECr).

Preocupa que, frente a un sobreseimiento provisional, los juzgados de familia en varios casos (especialmente, casos 2, 3 y 4) reaccionen como si se tratara de un sobreseimiento libre, y adopten, con gran rapidez, decisiones en materia de visitas y guarda y custodia que han podido producir situaciones de desprotección en los niños y las niñas afectadas. A pesar de que el Código Civil faculta al juzgado de familia a establecer medidas cautelares de protección cuando advierte la posibilidad de perjuicio o daño para el niño o la niña, y en todos los casos los juzgados conocen la existencia de material probatorio que alerta de riesgos, preocupa la falta de cautela con la que han actuado varios juzgados de familia. Sirva como ejemplo la decisión del juzgado de familia en el siguiente caso, que fue revocada un año después por la Audiencia Provincial.

Caso 3: Una vez archivada la denuncia en 2008 y confirmado el sobreseimiento de la causa penal en apelación, el juez de familia conoce dos nuevos informes médicos y psicológicos que acreditan indicios de abuso sexual. A pesar de ello decide ampliar el régimen de visitas y permitir las visitas fuera del punto de encuentro familiar. Durante el régimen de visitas, vigente durante ocho meses, los niños volvieron a relatar graves conductas sexuales, que ya implicaban al hijo pequeño, que describió todo tipo de tocamientos e introducción de objetos por el ano. La Audiencia Provincial acogió las pretensiones de la madre y acordó restringir la celebración de las visitas al Punto de Encuentro Familiar. A pesar de que se hubiera dictado un sobreseimiento provisional en el orden penal, a juicio de este tribunal, la actuación del juez de familia debía regirse en base al "principio de precaución cuando hay probabilidad de daño".

En los casos analizados, ante las demandas de los padres las resoluciones de los juzgados de familia han tendido a primar el contacto e incluso la convivencia entre el niño o la niña y el padre. En un caso, el cambio de guarda y custodia a favor del padre podría estar próximo (Caso 2) y en otro, el juzgado ha amenazado a la madre con que, si la niña no

reanuda el contacto con el padre, se podrá proceder al cambio de guarda y custodia (Caso 4). En el Caso 1 no parece próxima la adopción de esta medida principalmente porque el propio padre no ha insistido en solicitarla, tras la declaración de desamparo de la niña.

Entre los casos analizados, únicamente se ha identificado una actuación especialmente diligente que merece un comentario. En el Caso 3 el padre de los niños ha solicitado hasta en tres ocasiones la guarda y custodia, la última a raíz del sobreseimiento provisional de la causa abierta tras una de las denuncias de 2011. En esta ocasión el juzgado de familia, lejos de actuar con el automatismo identificado en otros juzgados, ha decidido practicar todo tipo de diligencias y examinar todas las pruebas existentes desde que, en 2008, se interpusiera la primera denuncia por presuntos abusos sexuales. Esta exhaustiva documentación ha llevado al juez a practicar, entre otras diligencias, la de escuchar a todos los profesionales ajenos al juzgado que realizaron intervenciones de algún tipo con los niños, algunos de los cuales nunca testificaron en sede penal. Al cierre de este informe el proceso civil aún no había concluido pero la actuación del juez de familia ya puede presentarse como una forma de abordar este procedimiento que refleja un auténtico compromiso con los derechos y la protección de los niños implicados en el mismo, más allá del alcance de la resolución concreta que finalmente adopte.

Déficits en la valoración judicial de la prueba y en su argumentación

En este punto del recorrido emprendido por las presuntas víctimas de los casos analizados es preciso recordar que pese a la denegación de algunas pruebas solicitadas por las representantes legales de los niños y las niñas, en general los juzgados de instrucción cuando dictaron el auto de sobreseimiento provisional disponían de material probatorio con indicios suficientemente graves como para continuar la investigación. Esta afirmación conduce a situar el foco del análisis en la valoración judicial de la prueba y a responder las siguientes preguntas para el análisis:

- ¿Existe en los autos de sobreseimiento una motivación suficiente que permita ofrecer información sobre el peso que han tenido las diferentes pruebas y la valoración que el juez hace de las mismas?
- ¿En qué argumentos se basa el juez para decretar el sobreseimiento provisional? ¿Qué peso tienen los informes periciales forenses en la falta de credibilidad de las víctimas y en las decisiones, en este caso de sobreseimiento provisional, tomadas por los jueces? ¿Qué valoración se hace de otro tipo de pruebas periciales de servicios públicos o privados?
- ¿Cómo se tiene en cuenta la versión que el propio niño o niña hace de los hechos? ¿En qué argumentos se basan principalmente las dudas sobre la credibilidad del testimonio de las niñas y los niños?
- ¿Qué impacto tienen en esta valoración los juicios de valor sobre las conductas de los progenitores?

El Tribunal Supremo ha reiterado en diversas sentencias que la responsabilidad en cuanto a la valoración de la prueba recae fundamentalmente en el juez de instancia, quien preside la práctica de las diligencias garantizándose con ello el principio de “inmediación”. El Alto Tribunal⁸⁹ ha establecido tres criterios que debería reunir esta valoración de la prueba realizada por el juez de instancia en el dictado de una sentencia condenatoria:

1. Que el tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración.
2. Que el material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos.
3. Que los razonamientos a través de los cuales alcanza el juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba.

En todos los casos analizados existe un importante volumen de material probatorio lícitamente obtenido y válido a efectos de acreditar los hechos, fundamentalmente aportado o solicitado por la representación legal de los niños y las niñas y, a pesar de ello, se ha decretado el sobreseimiento provisional en todos los procedimientos iniciados. Pero en los autos de sobreseimiento provisional se evidencian deficiencias sustanciales en términos de valoración de la prueba y de motivación de las resoluciones.

Falta de motivación suficiente

La Ley Orgánica del Poder Judicial establece que *“los autos serán siempre fundados y recogerán en párrafos separados los hechos, los fundamentos jurídicos y el fallo”*⁹⁰.

En dos de los casos analizados (Caso 1 y Caso 3) se han identificado varios autos sin una mínima concreción fáctica que permita identificar los detalles del caso y sin motivación. Se trata de “autos tipo” que no han sido ni siquiera mínimamente adaptados al contenido del caso. Esta práctica resulta preocupante, ya que supone el incumplimiento de uno de los deberes más elementales de un juez de instrucción: motivar las decisiones de sobreseimiento y archivo provisional. Pero además es contraria a los más elementales deberes de protección de los derechos de los niños y las niñas frente a la violencia, que exige una mayor diligencia en la instrucción de los procesos y en la argumentación acerca de su archivo.

⁸⁹ STS 5062/2012 de 5 de julio, Fundamento Jurídico I

⁹⁰ Art.248,2 Ley Orgánica del Poder Judicial

Asunción acrítica del contenido de los informes periciales forenses y falta de valoración de otras pruebas periciales

En los casos analizados se ha identificado que los juzgados de instrucción tienden a asumir el contenido de los informes periciales forenses desde una posición acrítica acerca de la metodología y el contenido. Ya se ha expuesto en apartados anteriores la preocupación sobre la falta de rigor en la elaboración de estos informes por parte de los equipos técnicos, que no obstante son asumidos por los jueces y fiscales sin cuestionamiento alguno.

El propio Tribunal Supremo es claro al afirmar que *“la credibilidad del testimonio de la víctima nunca puede dejarse única y exclusivamente a la valoración del perito. Conforme a nuestras leyes procesales, ni es ése el papel del perito ni tampoco puede el juez abdicar de la fundamental labor que le está encomendada por el artículo 741 LECr. (...) Sin perjuicio de destacar la valiosa aportación de estos profesionales, también sobre esta cuestión ha de afirmarse un valor siempre subordinado al resultado de la valoración del resto de elementos de prueba. Los datos que se obtienen de su participación son siempre de carácter complementario, claramente secundario en relación con la declaración de la víctima e incluso con otros datos de corroboración periférica”*⁹¹.

Contrariamente a lo indicado por el Tribunal Supremo, en los casos analizados se constata la práctica de los jueces de instrucción de situar la prueba pericial forense en un lugar privilegiado respecto a otras pruebas, incluido el propio contenido del testimonio del niño o la niña o los informes elaborados por otros profesionales especializados, cualificados y cercanos a los hechos.

Además, dado que la realización de los informes de los equipos adscritos a los juzgados corre a cargo de profesionales a los que la ley no exige especialización relacionada con psicología infantil y, menos aún, con abuso sexual infantil, su asunción acrítica por parte del juez resulta aún más preocupante.

Respecto a los informes elaborados por otros peritos ajenos a la Administración Pública se ha identificado una suposición de partida que los considera subjetivos y faltos de rigor. Esto ha implicado que, en todos los casos analizados, estas pruebas, cuando se admiten, sean desacreditadas en base al prejuicio mencionado y las resoluciones judiciales de sobreseimiento provisional ni siquiera entren a valorar su contenido. Esta presunción abarca incluso a informes realizados por especialistas en la materia de reconocido prestigio nacional e internacional (Caso 2 y Caso 4).

En los casos analizados, esta presunción ha llevado a los juzgados de instrucción a desechar sin motivar varias pruebas fundamentales para esclarecimiento de los hechos.

Caso 2: El juez de instrucción basa el auto de sobreseimiento provisional en los argumentos aportados por un informe, ya mencionado, realizado por una psicóloga del equipo psicosocial del

⁹¹ STS 2298/2012 de 26 de marzo de 2012 (FJ 5)

juzgado, a pesar de que ésta actúa sin la debida colegiación, no se pronuncia sobre lo solicitado y elabora un diagnóstico sobre cuestiones no solicitadas.

El juez no se pronuncia sobre el contenido incriminador de otras pruebas. La más contundente de ellas, el único análisis de credibilidad del testimonio de la niña realizado por un experto en psicología infantil, acreditado docente universitario, que confiere una alta credibilidad al relato y concluye que *“no es posible que la niña se haya inventado de manera continua la manipulación de los genitales a la que la somete su padre. La versión que ofrece fiabilidad es la de que su padre la manipuló los genitales con el extremo de un objeto parecido a un bolígrafo, hasta una profundidad de máximo 4 centímetros, y también para introducirla un pañuelo de papel. Esta manipulación de (el padre) de los genitales de la menor indica lo peligroso que es permitir que la menor permanezca a solas con su padre.”*

Además, describe a la niña como *“absolutamente disfuncional para su edad”* y opina que su conducta *“puede ser compatible con la existencia de un síndrome de Estocolmo en la menor, corroborado por el hecho de que tras pasar un breve periodo de tiempo con el padre, se adapta perfectamente a él, y le expresa cariño. Así, aunque reconoce en la entrevista que su padre le metió en la vagina un objeto en forma de cuchillo, o que la introdujo un pañuelo de papel “para reírse”, es decir, es consciente de que su padre la utiliza, realiza acciones que ella desaprueba, y le rechaza por ello (además del rechazo por agredir físicamente a su madre, cuestión que ella presencié) mantiene esa dualidad de vinculación hacia el padre”*.

Como ya se ha indicado, en ninguno de los autos existe mención a las pruebas practicadas a instancia de parte salvo para desacreditar a sus autores por el hecho de ser propuestos por la parte acusadora. Esto podría ser interpretado como una vulneración de los requisitos de valoración de la prueba, ya que los razonamientos a través de los cuales el juez de instancia alcanza su convicción deben ser *“debidamente expuestos”* y suficientes desde el punto de vista *“racional”* y *“lógico”* para sostener su decisión.

Prejuicios acerca de la credibilidad de los principales testigos

Entre los casos documentados figuran los testimonios de niños y niñas que, a pesar de la temprana edad, relatan expresamente los presuntos abusos sexuales sufridos. Incluso, en dos casos (Caso 3 y Caso 4), un niño de seis años y una niña de cinco exponen su relato sobre los presuntos abusos sexuales delante del juez, y de cerca de media docena de operadores judiciales, y piden literalmente ser creídos. Sin embargo, entre las decisiones judiciales analizadas una mayoría se apoya en el argumento de falta de credibilidad de los niños y niñas afectados, sin una motivación consistente.

Caso 3: El juez funda el sobreseimiento provisional en el argumento de que los hechos no han quedado acreditados *“ni siquiera indiciariamente”*, sin hacer ninguna referencia al contenido de la exploración judicial del niño realizada siete meses antes. En esta sesión, cuyo contenido no es valorado por juez, el niño que afirmó que *“su padre le tocó el pene y eso le desagradó. No le apetece ir mañana con su padre (...) su deseo es que su padre no le hiciera cosas desagradables (...) La primera vez fue en el salón hace mucho tiempo, tres años, él tenía cuatro. De la última vez, se acuerda: fue en el sofá. (...) el viernes le tocó el culo. Estaban solos. El segundo día le tocó algo más”*.

Caso 4: El juez de instrucción sí valora el contenido de la diligencia de exploración judicial a la niña de cinco años en el auto de sobreseimiento provisional. En este caso sorprende la contundencia con la que el juez sustrae cualquier posibilidad de verosimilitud al testimonio de la niña que relató los presuntos abusos sexuales con gran profusión. El juez prefiere ceñir el grueso de su argumentación a sus *“impresiones”* durante la exploración para concluir que el testimonio de la niña *“no es nada creíble, es más parece inducido por la madre, con la que convive, haciendo manifestaciones impropias de una niña de su edad y en momentos en que nada se le pregunta al respecto, como pudo ser el que en un momento determinado de su exploración, y por propia iniciativa, refiriera muy seria que antes preferiría morirse que estar con su papá...”*. El juez argumenta la falta de credibilidad del relato de la niña, además de en sus propias impresiones, en las conclusiones del informe realizado por el equipo *“psicosocial”* adscrito al juzgado de familia que considera el testimonio es *“escueto, reducido e inducido por la madre”*, sin aportar pruebas concluyentes de dicha inducción.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el argumento de *“incredibilidad”*⁹² de los testigos debe basarse en dos argumentos fundamentales, que podrían resumirse del siguiente modo:

- a) Las propias características físicas o psico-orgánicas, su grado de desarrollo y madurez, así como la no existencia de ciertos trastornos mentales o enfermedades que puedan incidir en la credibilidad del testimonio.
- b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad.

⁹² STS de 23 de septiembre de 2004, ROJ STS 5895/2004 (Fundamento Jurídico I)

En todos los casos analizados, el juzgado de instrucción decide no dar crédito al testimonio de los niños y las niñas, bajo dos argumentos tomados de los informes de los y las peritos adscritos al juzgado: la falta de consistencia del relato del niño o la niña (contradicciones y otros factores) y, sobre todo, el argumento de que existe una inducción materna. Sin embargo, en ninguno de los casos se acredita la concurrencia de ninguno de los dos motivos señalados por el Tribunal Supremo para apreciar la “incredibilidad”.

En relación con el descrédito del testimonio de los niños y las niñas por presentar contradicciones y otras características propias de la narración de una persona de temprana edad, el Tribunal Supremo en una reciente sentencia confirma el argumento de una sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia que afirma que *“es lógico que haya contradicciones, pues, si no las hubiera su testimonio sí que sería altamente sospechoso ya que resulta impensable o irracional que una niña que comienza a contar lo que le sucedía siendo bastante pequeña, y con todo lo que ha sufrido, realizara declaraciones coincidentes”*⁹³. En los casos documentados ya se ha hecho referencia a la preocupación que suscita el hecho de que varios informes periciales y, fruto de ellos, las decisiones judiciales de sobreseimiento provisional, no evalúen el testimonio de los niños y las niñas de acuerdo al desarrollo evolutivo del niño o la niña concreta, teniendo en cuenta las diferencias en las capacidades de memoria, atención, control de la información, comprensión del tiempo y de los conceptos de verdad y mentira.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el segundo motivo de “falta de credibilidad” (móviles espurios) ha de ser debidamente acreditado, también en casos de testigos menores de edad. Que el testigo de cargo sea menor de edad no puede presuponer la consideración de testigo “influenciable”. Es preciso probar tal influencia⁹⁴.

En los casos analizados, buena parte de las pruebas periciales buscan información sobre las relaciones del niño o la niña, a menudo preguntándoles respecto a su madre y su padre en clave de preferencia. En la valoración judicial se encuentra cierta subjetividad en el manejo de esta información, especialmente sobre el afecto y el rechazo de los menores de edad hacia sus progenitores. Cuando el niño o la niña no rechaza abiertamente al progenitor denunciado por abusos sexuales, este dato es manejado como un argumento de peso de cara a dictar el sobreseimiento provisional de la causa, lo cual sirve también de argumento para considerar la instrumentalización de la denuncia por parte de la madre. Este argumento se utiliza incluso cuando existen evidencias físicas de los posibles abusos sexuales (Caso2).

Pero cuando el rechazo de la niña o el niño hacia el padre es evidente (Caso 3 y Caso 4) no se profundiza para buscar la razón de dicha actitud, sino que se utiliza esta información como argumento que prueba los efectos de la manipulación de la madre sobre el niño o la niña. Máxime cuando, como sucede en los casos referidos, al ser preguntados en clave de “preferencia” éstos deciden elogiar a sus madres.

⁹³ STS 26 de abril de 2012, ROJ: STS 3122/2012 (Fundamento Jurídico 2)

⁹⁴ Ver STS citada en la nota al pie anterior: FJ 2

Preocupa el automatismo y la falta de profundidad con la que se pretende vincular la falta de credibilidad del niño o la niña y la manipulación materna, tanto en los casos de rechazo como en los que la presunta víctima refleja afinidad o afecto hacia el denunciado. La complejidad del abuso sexual infantil debería enseñar que no existen resultados matemáticos, sobre todo cuando se trata de casos de niñas y niños de tan corta edad en los que el presunto autor es el padre. Más allá de las respuestas, debería analizarse la reacción de los niños y las niñas hacia los adultos de su entorno que podrían ser responsables de tan graves agresiones tomando todas las cautelas y posibles respuestas e investigando con la máxima diligencia cualquiera de las posibles hipótesis.

En el apartado de “barreras de partida” se analiza el efecto que ha podido tener en los casos analizados la advertencia de máxima cautela frente a denuncias de abusos sexuales en el contexto de una separación o divorcio, realizada por cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo y otras fuentes como la Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado. Si estas advertencias tenían como finalidad que los jueces y fiscales extremaran la cautela y la diligencia en el esclarecimiento de los hechos, en los casos analizados parecen haber propiciado todo lo contrario.

Varias de las decisiones judiciales de sobreseimiento provisional del procedimiento penal se basan en dos elementos que no necesariamente son pruebas irrefutables de “instrumentalización de la denuncia”:

- Los niños y niñas en las exploraciones muestran mejor relación y más afecto hacia la madre que hacia el padre. En algunos casos, incluso se acredita un rechazo muy destacable hacia el padre (Caso 4) o el niño declara que estaría más a gusto con su padre si no le hiciera cosas desagradables (Caso 3).
- Existe un pleito en los juzgados de familia en el que el padre y la madre de la presunta víctima litigan por el régimen de visitas y/o por la atribución de la guarda y custodia.

En general, el argumento común que se utiliza para desacreditar el testimonio de las madres de las presuntas víctimas —testigos de referencia fundamentales y a menudo la persona a la que el niño o la niña le confía por vez primera de manera explícita la experiencia de abusos sexuales— es la existencia de una crisis de pareja. Resulta preocupante que la confirmación de que entre el padre y la madre de la presunta víctima existe un litigio en el juzgado de familia sea suficiente para que el juzgado de instrucción “etiquete” el contexto de “crisis familiar” y proceda a devaluar la credibilidad de la denunciante y testigo de referencia principal.

Caso 2: Los motivos aducidos por el magistrado en el auto de sobreseimiento provisional son literalmente copiados del auto por el que denegó la orden de protección en septiembre de 2010 sin escuchar a la niña ni a la madre (“incredibilidad subjetiva” de la madre por el contexto de conflicto vivido con el padre, interpretando en contra de la credibilidad de la madre el proceso de familia iniciado por el padre en su petición de la guarda y custodia al verse denunciado;

contradicciones de la menor; falta de confirmación clara por parte de los facultativos). A estos motivos únicamente se añade un último párrafo en el que el juez de instrucción afirma que *“tales argumentos no han sido desvirtuados en la instrucción”* y acoge los pronunciamientos del informe psicosocial (al que ya se ha hecho mención por su falta de rigor) y afirma que *“se observan claros signos de manipulación materna”*. Y concluye pidiendo que, una vez firme el sobreseimiento, se abran diligencias penales contra la madre por *“denuncia falsa”*. Actualmente el auto está recurrido en apelación ante la Audiencia Provincial.

Por último, cabe señalar algunas decisiones judiciales basadas en el análisis pormenorizado de la conducta de las madres, abundando en elementos que apoyen la tesis de la instrumentalización de la denuncia de abuso sexual. Un ejemplo en este sentido lo constituye el auto de sobreseimiento provisional de la causa penal (Caso 4) iniciada tras la denuncia presentada por la madre de una niña de cuatro años cuando ésta le relata los presuntos abusos sexuales sufridos a manos del padre un año atrás. Uno de los argumentos utilizados por el juez para acordar el sobreseimiento provisional es la distancia temporal entre los hechos denunciados (2010) y la presentación de la denuncia (2011), sin tomar en consideración el testimonio de la madre que afirma que la niña le transmitió que no lo había comunicado antes por temor a no ser creída. En una reciente sentencia del Tribunal Supremo, ya citada, el recurrente utilizaba, entre otros, el mismo argumento para tratar de desacreditar la denuncia presentada por la madre de la víctima. Ante lo cual el Alto Tribunal es tajante al afirmar que *“está fuera de dudas que el paso del tiempo no produce, por sí solo, el debilitamiento súbito del valor incriminatorio de las pruebas...”*⁹⁵.

5.4. IMPACTO DE LA FALTA DE INVESTIGACIÓN EN LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS

“Se evidencia que la recuperación emocional del menor no empieza hasta la resolución del caso. Uno de los más importantes factores de estrés de los testigos infantiles es el tiempo que transcurre entre los hechos y la resolución del caso por la Justicia”

Fiscalía General del Estado. Circular 3/2009

“Seguimos adelante con la lucha, pero no es posible evitar pensar en la pérdida que supondría tener que dejar de nuevo a los niños en las manos del abusador. Es un escenario que aún no soy capaz de digerir, a pesar de ser bastante probable y temporalmente muy próximo”.

*Madre de dos niños de uno de los casos analizados.
Correo electrónico recibido por Save the Children en julio de 2012.*

⁹⁵ STS 26 de abril de 2012, ROJ: STS 3122/2012 (Fundamento Jurídico 2)

El artículo 39 de la Convención establece que *“los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de abuso”*. A pesar de esto, el sobreseimiento provisional ha supuesto un obstáculo de gran envergadura en la búsqueda de una respuesta adecuada a los casos analizados en este informe. También existe preocupación por el impacto que pueda tener el auto de sobreseimiento provisional tanto en la repetición de los presuntos abusos sexuales como en las dificultades de las niñas y los niños para su recuperación psicológica.

Preocupación por la posible repetición de los presuntos abusos sexuales y por las dificultades de recuperación

Como ya se ha apuntado, en los casos analizados, una reacción común por parte de todos los denunciados ha sido la reclamación de un régimen de visitas más amplio y, en tres casos, la solicitud de atribución de la guarda y custodia. En tres de los casos analizados (Caso 2, Caso 3 y Caso 4), la decisión judicial sobre el cambio de custodia a favor del padre está pendiente de resolución, así como los recursos frente al sobreseimiento provisional de la causa penal. Entre las representantes legales de las niñas y los niños existe temor a que las decisiones en el ámbito civil, apoyadas en el sobreseimiento provisional dictado en el orden penal, establezcan la obligación de contacto (e incluso de convivencia) entre presuntas víctimas y agresores.

La Convención sobre los derechos del niño de Naciones Unidas en su artículo 39 establece de forma precisa que *“la recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”*. En los casos analizados, la incertidumbre respecto a las posibilidades de nuevo contacto con el denunciado (incluso la posible convivencia con él), no resulta el contexto más adecuado para la recuperación, más aún cuando el sobreseimiento dictado en el orden penal es “provisional” y no “libre”. Es decir, no quedando descartada la existencia de los abusos.

En el Caso 1 la declaración de desamparo de la niña alejó al denunciado de su hija, pero también lo hizo respecto a la madre, con quien la niña mantenía un vínculo calificado como sano por parte de los expertos. La privación de esta relación ha sido experimentada por la niña como una pérdida. Actualmente, la ampliación de las visitas entre la madre y la niña, que convive con los abuelos maternos, abre nuevas perspectivas de normalización de la relación. Sin embargo, la niña, que cuenta ya con seis años, sigue demandando la convivencia con su madre, que según los informes tiene capacidad suficiente para desempeñar esta tarea. En este caso, el juzgado, al decidir separar a la niña de su madre en un contexto difícil como es el proceso de investigación por presunto abuso sexual, habría actuado contrariamente a lo establecido por el Comité de Naciones Unidas en su Observación General nº 7 sobre los derechos del niño en la primera infancia, que insta a los Estados a observar

que “los niños pequeños son especialmente vulnerables a las consecuencias adversas de las separaciones debido a su dependencia física y vinculación emocional con sus padres o tutores. También son menos capaces de comprender las circunstancias de cualquier separación”⁹⁶.

La responsabilidad por los perjuicios derivados de la multiplicidad de exámenes

En todos los casos, tras el primer sobreseimiento provisional se han vuelto a realizar nuevos exámenes, bien porque las madres hayan querido obtener más pruebas ante la persistencia de la sospecha de los abusos cometidos, o bien porque se hayan producido nuevas evidencias psíquicas y físicas al mantenerse el contacto con el presunto agresor. En varios casos documentados los juzgados reprochan a las madres ser las responsables de la “revictimización” derivada de la continua exposición de los niños y las niñas a diferentes pruebas. Es cierto que, como recuerda el Comité de los derechos del niño en la Observación General n° 12 “el niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos. El proceso de “escuchar” a un niño es difícil y puede causar efectos traumáticos en el niño”⁹⁷. Sin embargo, parece clara la relación de esta dinámica con la deficiente instrucción realizada por los juzgados. Ya que, si se hubiera procedido a investigar diligentemente y de manera exhaustiva los hechos, desde los primeros indicios, muy probablemente el número de exámenes realizados hubiera sido considerablemente menor.

El efecto dañino de no ser creído

Una de las madres entrevistadas por Save the Children transmitió preocupada en la entrevista que, tras la exploración judicial en la que su hija no se sintió bien tratada y percibió que no se la creía, ésta llegó a decirle: “*mamá, quiero que se mueran papá y el juez*” (Caso 4). Según la literatura especializada en abuso sexual infantil, uno de los factores que parecen intervenir de un modo decisivo en la recuperación psicológica de una niña o un niño víctima, es el reconocimiento de lo vivido, sentirse creído y no desmentido. Como señala Echeburúa⁹⁸ para proteger a los niños y las niñas de manera adecuada, es imprescindible tener en cuenta la importancia de las consecuencias derivadas de la revelación del abuso sexual, ya que la reacción del entorno desempeña un papel fundamental para el bienestar del niño o la niña. Este autor afirma que el apoyo parental —dar crédito al testimonio del niño o

⁹⁶ Comité de Derechos del Niño, Observación General n° 7, Doc. de la ONU: CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006, párr:18

⁹⁷ Comité de los derechos del niño, Observación general N° 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado. Doc. de la ONU: CRC/C/GC/12, de 20 de julio de 2009, párr:24

⁹⁸ E. Echeburúa y P. del Corral. Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia. Cuad. Med. Forense 2006; 12(43-44): 75-82

niña y protegerlo— es un elemento clave para que las víctimas mantengan o recuperen su nivel de adaptación general después de la revelación. Y, en este sentido, concluye que *“probablemente la sensación de ser creídos es uno de los mejores mecanismos para predecir la evolución a la normalidad de los niños víctimas de abuso sexual”*⁹⁹.

Ninguno de los relatos de los niños y las niñas de los casos analizados ha merecido crédito por parte de jueces, fiscales y la mayoría de los peritos judiciales que han intervenido en sus casos. Esta puede ser una traba añadida en su proceso de recuperación, ya que más importante que el número de exámenes practicados es el grado de empatía que el niño o la niña percibe y el reconocimiento de su experiencia.

5.5. PRINCIPALES RESULTADOS DEL ANÁLISIS DE RECURSOS DE LOS SOBRESSEIMIENTOS ANTE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

Como se indica en la presentación en el apartado de metodología, la base para el análisis de la respuesta de la Administración de Justicia ante estas denuncias son los casos documentados. Para complementar este trabajo se ha realizado un vaciado y análisis de 65 autos¹⁰⁰ de diferentes secciones penales de las Audiencias Provinciales resolviendo recursos de apelación relativos al sobreseimiento de causas penales por abuso sexual infantil.

Los resultados del análisis de estos autos permiten corroborar algunas de las preocupaciones que se extraen del análisis de casos. Como ejemplo, las secciones de las Audiencias Provinciales, que tienden a confirmar los autos de sobreseimiento dictados en instrucción, hacen suyos argumentos como la manipulación paterna o materna (mayoritariamente materna) o la corta edad de la víctima para dudar de la credibilidad del relato de los presuntos abusos sexuales. El análisis de las resoluciones judiciales también refleja el escaso cuestionamiento del Ministerio Fiscal respecto a las decisiones de sobreseimiento en procesos penales en los que las presuntas víctimas son menores de edad.

De los 65 autos de las secciones penales de las Audiencias Provinciales dictados en el último año y medio en respuesta a recursos de apelación en materia de sobreseimiento de causas penales por abuso sexual infantil, son mayoría los que confirman el archivo (un 61,53%) frente a los que revocan el sobreseimiento y mandan reanudar la investigación (38,46%).

⁹⁹ Ibidem, p.82

¹⁰⁰ Como se recoge en la metodología, estas 65 resoluciones son todas las publicadas en el buscador CENDOJ, dictadas por las Audiencias Provinciales en respuesta a recursos de apelación frente a autos de sobreseimiento en causas por abusos sexual infantil, entre el 1 de enero de 2011 y el 30 de junio de 2012.

Los principales argumentos esgrimidos para confirmar el sobreseimiento en las citadas resoluciones son a) la influencia o inducción materna, b) la falta de credibilidad, c) la edad y d) la existencia de informes psicológicos que descartan el abuso sexual. También se aducen otros motivos, tales como el contexto de conflicto familiar, la existencia de versiones contradictorias o la afirmación genérica de no apreciar indicios de la comisión delictiva.

PRINCIPALES CAUSAS DEL SOBRESEIMIENTO (*)		
Causa	Nº de sentencias que la alegan	% sobre el total de sentencias
Influencia / Inducción del padre o madre	11	17%
Falta de credibilidad	7	11%
Edad	9	14%
Forma de llamar la atención	2	3%
Contexto de conflicto familiar	2	3%
Consentimiento de la víctima	1	2%
Versiones contradictorias	3	5%
Informes físicos y psicológicos que niegan el abuso	9	14%
De forma genérica, falta de indicios o de soporte probatorio	5	8%

(*) En la mayor parte de los autos se mencionan varias causas.

Resulta preocupante que la corta edad de la víctima de los presuntos abusos sexuales sea uno de los principales motivos para decretar el sobreseimiento en sentencias con fundamentación de menos de un folio de extensión, sin más motivación que un párrafo en el que se contienen argumentos como que *“del informe del médico forense se deduce la imposibilidad de determinar la existencia de un abuso sexual”* o que *“no se puede determinar la veracidad de la denuncia teniendo en cuenta la edad de la menor”*¹⁰¹. La escasa edad de la víctima también es uno de los principales motivos alegados en otras dos resoluciones, en una de las cuales se trata de una niña de 7 años edad. El tribunal concluye que se fundamentó correctamente el sobreseimiento porque *“era difícil discernir hasta qué punto se hablaba de conductas sexuales inadecuadas o de abuso sexual, ya que la madurez cognitiva de la menor dificultaba diferenciar la finalidad de dichas conductas”*¹⁰². Se han identificado otros ejemplos en los que destaca la corta edad de la niña o el niño como motivo para desacreditar su testimonio, y por tanto, para archivar el caso. Una sección de la Audiencia Provincial de Barcelona confirma el sobreseimiento porque en *“el informe psicológico realizado sobre la citada menor, se concluye que no es suficientemente competente para prestar un testimonio válido sobre los hechos denunciados”*¹⁰³; y una sección de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria aplica el mismo criterio bajo

¹⁰¹ Audiencia Provincial de Madrid; Sección 5; Auto número 1602/2012, de 12 de abril de 2012. ROJ: AAP M 5262/2012

¹⁰² Audiencia Provincial de Madrid; Sección 17; Auto número 106/2012, de 23 de enero de 2012. ROJ: AAP M 2027/2012

¹⁰³ Audiencia Provincial de Barcelona; Sección 3; Auto número 802/2011, de 29 de noviembre de 2011. ROJ: AAP B 7309/2011

el argumento de que *“el resultado del examen psicológico de la menor difícilmente puede servir, según enseña la experiencia y la sana crítica, para apoyar la sospecha de abuso sexual, dada la muy corta edad de la misma, que de suyo deriva en la práctica imposibilidad para su evaluación, tal y como destaca el informe de la psicóloga forense”*¹⁰⁴.

Los datos de este análisis confirman también que el Ministerio Fiscal, en los recursos de apelación ante autos de sobreseimiento, no sostiene una posición proactiva en términos de impulso de la investigación. Más bien, al contrario. De las 65 resoluciones recurridas en el periodo analizado, el Ministerio Fiscal aparece en 49 de ellas, en las cuales su posición mayoritaria es de confirmación del sobreseimiento (63,26%) y sólo en 18 casos (36,73%) pide que se siga investigando.

Entre los casos en los que el Ministerio Fiscal se opone al recurso contra el auto de sobreseimiento destaca el proceso penal por presuntos abusos sexuales hacia una niña de 4 años, cuyo testimonio había sido calificado de altamente creíble por los peritos intervinientes. La Audiencia Provincial revoca el auto recurrido y ordena reabrir la investigación¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria; Sección I; Auto número 36/2011, de 27 de enero de 2011. ROJ: AAP GC 70/2011

¹⁰⁵ Audiencia Provincial de Guadalajara; Sección I; Auto número 243/211, de 5 octubre de 2011; ROJ: AAP GU 280/2011

VI. CONCLUSIONES

Los casos analizados reúnen una importante base de evidencias (físicas y psicológicas) de abuso sexual, incluido el testimonio directo de la niña o niño afectados. Además todos los niños y niñas acuden o han acudido a terapias en centros públicos o privados como víctimas de abuso sexual. A pesar ello, las denuncias presentadas —bien por las madres o por personal sanitario— para tratar de esclarecer los hechos han sido archivadas sin haber llevado a cabo una investigación exhaustiva sobre los mismos. Las niñas y los niños afectados tenían una edad muy temprana (entre diecisiete meses y cuatro años) en el momento de identificarse los indicios de abuso sexual que dieron lugar a la primera denuncia. En el momento de realizar esta investigación habían transcurrido entre 2 y 5 años, según el caso, desde que la Administración de justicia archivara la primera denuncia. Save the Children ha reconstruido el itinerario de búsqueda de protección y justicia seguido por las representantes legales de estas niñas y niños y ha identificado diez obstáculos comunes en el camino de estas presuntas víctimas de abuso sexual para la obtención de una tutela judicial efectiva.

1.

En los casos analizados se identifica falta de medios adecuados para garantizar el derecho de los niños y niñas a ser escuchados. En general, las pruebas periciales y las exploraciones judiciales realizadas por parte de los equipos técnicos de los juzgados se reducen a una entrevista (una sola sesión, en ocasiones muy breve) y rara vez se utilizan otras técnicas, como el dibujo o los juegos para obtener el testimonio. A lo largo de los procesos judiciales de los casos analizados se detectan ejemplos de contextos inadecuados, falta de tiempo, técnicas no idóneas y, en algún caso, experiencias revictimizantes y poco respetuosas en la recogida del testimonio. Preocupa también que, a pesar de que en todos los casos existen resoluciones judiciales contrarias a la opinión de los niños y niñas afectadas, en ninguno de ellos constan resoluciones con una motivación adicional y una explicación expresa de por qué la adopción de una decisión que difiere de lo expresado por el niño o a la niña afectada.

2.

Respecto a la obligación de determinar el “interés superior del niño” y adecuar las medidas judiciales al mismo, preocupa que las decisiones judiciales adoptadas en los procesos penales apenas incorporan en su motivación la determinación del “interés superior del niño”. En los autos de sobreseimiento provisional no se expone la imprescindible ponderación de derechos en juego, a la vista de que la presunta víctima es una persona menor de edad.

En las resoluciones dictadas en procesos de derecho de familia, algunas de ellas sí hacen una mención abstracta al principio del “interés superior del niño”, sin que en la propia resolución se revele la ponderación realizada. Otras resoluciones permiten observar que los criterios de ponderación utilizados no cumplen los requisitos establecidos en los instrumentos internacionales. La mayor parte de las resoluciones de los juzgados de familia, una vez iniciado el proceso penal por abusos sexuales, se orientan a primar la restauración y “normalización” de la relación paterno-filial de niñas y niños con sus padres denunciados, frente a su protección como posibles víctimas, sin atender a que la protección es un derecho absoluto, y no lo es la preservación a toda costa de la relación paterno-filial, que está sujeta a la condición de que sea beneficiosa para el niño o la niña.

3.

Preocupa que no se esté garantizando el cumplimiento de dos obligaciones de índole general: la celeridad de los procesos penales que afectan a niños y niñas y la especialización del conjunto de profesionales que intervienen en los mismos. Se han identificado casos en los que los plazos en la instrucción y otras diligencias relacionadas con el ejercicio de los derechos de las víctimas (asignación de abogado de oficio, exámenes periciales, resolución de recursos de reforma) se han dilatado de forma injustificada, lo que ha podido afectar a las posibilidades de protección de los derechos de las niñas y los niños. También preocupa que, a pesar de la claridad de los instrumentos internacionales al respecto, la falta de normativa interna permita que la formación especializada del conjunto de profesionales que tramitan estos casos sea básicamente voluntaria.

4.

En relación estrecha con la falta de garantías de especialización de los peritos adscritos a los juzgados, en todos los casos analizados se han identificado prácticas profesionales que podrían incumplir los requisitos de rigor, tacto y respeto, con consecuencias importantes para el acceso a la justicia de los niños y las niñas. Entre los principales problemas detectados en los informes periciales analizados destacan fallos importantes de rigor; tales como: no adecuar las pruebas practicadas al objetivo del examen pericial; utilizar técnicas inadecuadas y en varios casos traumáticas para la niña o el niño; no presentar en el informe los datos obtenidos en las pruebas practicadas; no adaptar las conclusiones a dichos resultados; y no valorar las respuestas del niño o la niña de acuerdo a sus características evolutivas y a los síntomas que pueden acompañar al abuso sexual infantil. Preocupa, así mismo, la falta de cauces efectivos de evaluación y rendición de cuentas respecto a la actuación de este colectivo de profesionales.

5.

Preocupa la notable falta de impulso al proceso penal y la investigación de estos casos dentro del sistema judicial. Todos los casos analizados cuentan con evidencias físicas y/o psicológicas de lesiones indicativas de haber podido sufrir un abuso sexual recogidas en informes médicos y psicológicos. En todos ellos existe más de una denuncia presentada

por centros de salud o por las propias madres y las niñas y los niños afectados han relatado —dos de ellos incluso delante del propio juez de instrucción— los abusos sexuales presuntamente sufridos. A pesar de lo cual, ninguno de los procedimientos penales iniciados ha concluido con la apertura de juicio oral. Todos los procedimientos han sido sobreseídos provisionalmente por no encontrarse suficientemente justificada la apertura de un proceso penal para el esclarecimiento y, en su caso, condena por la comisión del delito denunciado. Preocupa que este sobreseimiento provisional no haya sido el resultado de una investigación exhaustiva para determinar los hechos. Por ejemplo, en ninguno de los casos en los que los niños y las niñas relatan los abusos sexuales en sede judicial, relato de cuya credibilidad se duda en base a impresiones que no tienen en consideración aspectos elementales del desarrollo evolutivo de los niños y niñas, se pone en marcha una búsqueda de otras pruebas que pudieran corroborar esta versión. También preocupa la denegación por parte del juzgado de instrucción de pruebas pertinentes para la investigación, solicitadas en tiempo y forma. Incluso en dos de los casos la denegación motivada por considerar las pruebas “innecesarias” se realiza en el mismo auto en el que el juez acuerda el sobreseimiento provisional “por falta de acreditación de los hechos denunciados”.

Preocupa así mismo la aparente pasividad del Ministerio Fiscal en el impulso del procedimiento y en la propuesta de actividad probatoria. Del análisis de los casos se desprende que el rol del Ministerio Fiscal está lejos de ser un acicate para la instrucción, tanto en términos de impulso del procedimiento penal como en la propuesta de pruebas o en el apoyo de las diligencias solicitadas por la acusación particular. En ninguno de los casos analizados se observa que los fiscales hayan actuado conforme a lo que establece la Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado respecto al sobreseimiento de la causa. No consta que la Fiscalía haya recurrido ninguno de los autos de sobreseimiento provisional dictados por los juzgados de instrucción en los casos analizados, pero tampoco ha justificado su acuerdo con el archivo según los requisitos de la citada norma interna. El análisis de la jurisprudencia sobre abuso sexual infantil avala este dato, ya que la mayoría de los recursos de apelación que solicitan que se siga investigando no cuentan con el apoyo del Ministerio Fiscal.

6.

Pese a la claridad del mandato general de protección de los niños y las niñas que contiene el ordenamiento jurídico español, en los casos documentados se han dictado escasas medidas cautelares para su protección, especialmente cuando el denunciado es el padre de las presuntas víctimas, tanto en la jurisdicción civil como en la penal y, en los casos en los que se han acordado, han tenido una escasa duración. El hecho de que sea el padre el presunto agresor no ha extremado la diligencia en la adopción de medidas de protección y en todos los casos, una vez denunciados los hechos, las niñas y los niños han sido expuestos en algún periodo al contacto con el denunciado, sin vigilancia.

También se han identificado resoluciones de los juzgados de familia que podrían comprometer la protección de los niños y las niñas. El análisis de casos ha identificado

actuaciones judiciales contrarias al principio de “prejudicialidad penal”, que conculcan el deber de suspender el pleito civil hasta la firmeza de la decisión en el orden penal. También preocupa que, frente al sobreseimiento provisional dictado en el orden penal, los juzgados de familia en varios casos reaccionen como si se tratara de un sobreseimiento libre, y adopten, con gran rapidez, decisiones en materia de visitas y guarda y custodia que han podido dar lugar a situaciones de riesgo para los niños y las niñas afectadas (ya que el sobreseimiento provisional no descarta que se haya producido el abuso sino la insuficiencia de base probatoria sobre la que desarrollar el proceso). Ello, a pesar de que el Código Civil faculta al juez para establecer medidas cautelares de protección cuando advierte la posibilidad de perjuicio o daño para el niño o la niña, con independencia del resultado del proceso penal.

7.

Existe preocupación por el impacto que pueda tener el auto de sobreseimiento provisional, tanto en la posible repetición de los abusos sexuales como en las dificultades de los niños y niñas para su recuperación psicológica. Entre los propios niños y niñas y sus representantes legales existe temor a que las decisiones civiles de los juzgados de familia, apoyadas en el sobreseimiento provisional dictado en el orden penal, establezcan la obligación de contacto (e incluso de convivencia) entre presuntas víctimas y agresores.

Ninguno de los relatos de los niños y las niñas de los casos analizados ha merecido crédito por parte de jueces, fiscales y la mayoría de los peritos judiciales. Habida cuenta de que uno de los factores que parecen intervenir en la recuperación psicológica de una niña o un niño abusado sexualmente, es el reconocimiento externo de lo vivido, preocupa que esta falta de crédito pudiera ser una traba añadida en sus procesos de recuperación.

8.

Respecto a la valoración judicial de la prueba y la motivación del archivo de las actuaciones, existe preocupación porque se han documentado autos judiciales en los que se acuerda el sobreseimiento provisional de la causa, a través de “autos tipo” que no han sido ni siquiera mínimamente adaptados al contenido del caso. En los autos que sí exponen la valoración de la prueba realizada existen serias deficiencias detectadas que pueden tener impacto en la obtención de justicia para las víctimas.

Respecto a los informes periciales, los juzgados parecen asumir acríticamente los informes elaborados por los peritos adscritos al juzgado, sin “valorar” su contenido como un medio de prueba más. Esta asunción acrítica —que no valoración— resulta aún más preocupante si se considera que la realización de estos informes corre a cargo de profesionales a los que la ley no exige especialización relacionada con psicología infantil y, menos aún, con el abuso sexual infantil. Por contra, respecto a los informes elaborados por peritos ajenos a la Administración Pública, incluidos algunos especialistas reconocidos internacionalmente, se ha identificado una presunción de partida que los considera subjetivos y faltos de rigor. En todos los casos analizados estas pruebas, cuando se admiten, son desacreditadas con base en la presunción mencionada y el juez ni siquiera entra a valorar su contenido.

Las resoluciones judiciales analizadas no dan crédito al testimonio de los niños y niñas (testigos directos) en ninguno de los casos analizados, bajo el argumento de que existe una inducción materna para la denuncia. Sin embargo, en ninguno de los supuestos se acredita la concurrencia de ninguno de los dos motivos de “incredibilidad” tasados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

9.

La temprana edad de las víctimas no parece haber sido en los casos analizados un acicate para la utilización de técnicas específicas y el desarrollo de mayores capacidades por parte de la Administración de justicia y sí una desventaja añadida para este colectivo de víctimas. Se ha detectado una falta de medios materiales y humanos para obtener los relatos y opiniones de niños y niñas en edades tempranas, lo que puede afectar a las posibilidades de protección y justicia de este sector de la población. Preocupa que “la temprana edad” sea un argumento utilizado por los y las jueces para dudar “*per se*” de la credibilidad del testimonio de las víctimas y utilizado por los peritos para justificar la imposibilidad de obtener relatos coherentes relacionados con los abusos sexuales. De la jurisprudencia de las audiencias provinciales se desprende que la corta edad de la supuesta víctima de abusos sexuales es uno de los principales motivos para confirmar el sobreseimiento en autos cuya fundamentación no sobrepasa la extensión de un folio.

10.

Preocupa que cuando el denunciado como presunto autor de los abusos sexuales es el padre, en el ámbito de una pareja en crisis (separación o divorcio), exista una presunción de partida sobre falta de veracidad, o instrumentalización de la denuncia, generalmente por parte de la madre. Lo cual introduce, precisamente en estos casos enormemente difíciles de probar, la carga añadida de tener que demostrar la credibilidad de los hechos denunciados, más allá de lo que sucede con cualquier otro tipo de delito. El debido respeto al principio de “presunción de inocencia” debería ir ligado a una investigación exhaustiva por parte del juzgado de instrucción. Porque a pesar de que evidentemente a nadie se le puede condenar sin pruebas, los juzgados incumplen su obligación cuando archivan la denuncia sin investigar de forma diligente, impidiendo con ello el esclarecimiento de los hechos. Preocupa que la citada presunción de falta de veracidad pueda estar obstaculizando la investigación de estos presuntos delitos de abusos sexuales sospechados o incluso verbalizados por niños y niñas. En varios de los casos documentados las madres entrevistadas afirman que sus abogados les recomendaron abandonar el litigio en la vía penal para no exponerse a un diagnóstico de Síndrome de Alienación Parental (SAP) o “manipulación materna” y a su probable consecuencia en vía civil: un cambio de guarda y custodia a favor del padre y presunto agresor.

También preocupa que ningún juzgado, ni de instrucción ni de familia, haya relacionado la posibilidad de los abusos sexuales con los indicios de violencia de género sufrida por las madres en tres de los casos analizados.

VII. RECOMENDACIONES

Para eliminar los diez obstáculos identificados, Save the Children considera urgente realizar modificaciones legislativas y una serie de mejoras institucionales necesarias para garantizar la plena aplicación en la Administración de Justicia española de los principios y medidas previstas en los instrumentos internacionales y europeos que configuran el estatuto de las víctimas menores de edad en los procesos judiciales y que obliga a los Estados a la protección efectiva de los niños y las niñas frente a la violencia sexual. En este marco de actuación, Save the Children aconseja la puesta en práctica de las siguientes recomendaciones:

- Aprobar **una normativa que reconozca y promueva de manera expresa los derechos de los niños y las niñas en los procesos judiciales**, en particular en los procesos penales en los que son víctimas o testigos, e igualmente en los procesos civiles donde un juez es quien tiene que determinar el régimen legal de las relaciones paterno-filiales. Los pilares de esta revisión normativa deberían ser: el pleno respeto a la dignidad de los niños y las niñas y su protección frente a toda fuente de revictimización en los procesos.
- Asegurar **la adecuada preparación y especialización de profesionales y metodologías adecuados** para la obtención del testimonio de niños y niñas, incluyendo aquellos en su primera infancia (0-8 años). Es preciso cambiar la lógica que atribuye a la temprana edad del niño o la niña las dificultades que imposibilitan la obtención de un testimonio válido para el proceso penal. Urge identificar las lagunas existentes y acometer la necesaria especialización (profesional y metodológica) para garantizar que la obtención del testimonio de las víctimas de temprana edad sea realizada con las técnicas más adecuadas en términos de rigor, tacto y respeto.
- Promover **la denuncia de este tipo de delitos** desde los primeros indicios. Mejorar la coordinación de las instancias sanitarias y educativas con la Administración de Justicia e instar a otras entidades (Puntos de Encuentro Familiar; centros de atención a la infancia, centros escolares, entre otras) a denunciar y a informar con prontitud y rigor de posibles indicios de abuso sexual infantil.
- Garantizar **el asesoramiento e información especializada** sobre sus derechos y la forma de hacerlos valer durante el proceso judicial dirigida a los y las representantes legales de los niños y las niñas que pongan en conocimiento de la policía o la Administración de Justicia un caso de abuso sexual infantil.

- Implementar **un turno de oficio de asistencia letrada especializada** en atención a niñas y niños víctimas de violencia, incluida la violencia sexual.
- Asegurar **la especialización y la rendición de cuentas de los y las peritos adscritos a la Administración de Justicia**. Dada la labor fundamental de estos y estas profesionales, en este tipo de procesos deberían existir requisitos de acceso y formación continua que garanticen su especialización en psicología evolutiva y en diagnóstico y tratamiento del abuso sexual infantil. También se deberían establecer cauces de evaluación periódica y mecanismos de rendición de cuentas para casos de mala praxis.
- Promover **la formación y actualización** sobre derechos de los niños y las niñas y las obligaciones del Estado frente a la violencia **entre los jueces y los fiscales** que actúan en pleitos de derechos de familia y en juzgados instrucción. A este colectivo funcional se le debería impartir, así mismo, una formación básica sobre psicología evolutiva y abuso sexual infantil, como herramienta fundamental para la valoración crítica de las pruebas proporcionadas por los expertos en estos procesos.
- Garantizar **el derecho de los niños y las niñas a ser escuchados** y a participar en los asuntos que les afectan. Este es un derecho fundamental cuya efectiva realización abre la puerta a la de todos los demás derechos de los que son titulares. Por ello, la Administración de Justicia debería poner todos los medios al alcance para garantizarlos conforme a las exigencias que emanan de las directivas y normas internacionales.
- Protocolizar **la determinación del “interés superior del niño”** por parte de las autoridades judiciales, de modo que para la fundamentación de una decisión concreta se deba responder a la serie de requisitos previstos en los instrumentos internacionales y europeos (por ejemplo, los establecidos en las Directrices del Consejo de Europa sobre justicia adaptada a la infancia). Esta protocolización no sólo evitaría los márgenes de subjetividad en la interpretación de tan elemental principio, sino que facilitaría la comprensión de la decisión por parte de las personas afectadas.
- Establecer guías para la adopción de medidas y precauciones que garanticen **la no repetición de las agresiones a través de la aplicación de medidas de protección judicial** (tanto en el orden civil como en el penal) para los niños y las niñas presuntas víctimas de abuso sexual, especialmente si el denunciado es su padre, madre o cuidador primario.

- Garantizar **la máxima prioridad en la investigación judicial de estos delitos**, así como el impulso de la misma en este tipo de procedimientos en los que un sobreseimiento podría acarrear consecuencias irreparables para las niñas y los niños afectados. El contexto de pareja en crisis, lejos que promover respuestas preconcebidas, debería motivar una profunda investigación de las relaciones familiares sobre las que deba decidirse en sede judicial. Se debería profundizar expresamente en las razones que motivan el rechazo de los niños y las niñas hacia sus padres, así como en otros posibles antecedentes, como la existencia de una relación de violencia de género entre el padre y la madre.
- Evaluar **la puesta en práctica de las indicaciones de la Circular 3/2009** por parte de los fiscales que interviene en procesos penales por abuso sexual infantil. La información recabada plantea la importancia de revisar la actuación de los fiscales, agentes clave en estos procesos en términos de impulso procesal e investigación y garantes del cumplimiento de la legalidad en los procesos así como del respeto a lo largo de los mismos y en su resolución del interés superior de los niños o las niñas implicados.

ANEXO: RESUMEN DE LOS CASOS

Antes de acudir a Save the Children, las madres de los niños y las niñas de los casos documentados en este informe habían denunciado la falta de diligencia en la protección de sus hijos e hijas ante la Fiscalía General del Estado, el Consejo General del Poder Judicial y el Defensor del Pueblo, entre otras instancias. Este es el resumen de los casos analizados, de acuerdo con su testimonio y la documentación presentada.

Todos los nombres que aparecen en el resumen de casos son nombres ficticios.

Caso I:

ALICIA

Alicia es una niña de 6 años que nació con problemas de salud, que le hicieron requerir respiración asistida y una alimentación especial. En abril de 2006, con la edad de 3 meses, su madre, que sufría agresiones a manos de su marido y padre de Alicia, decide separarse. Tras la separación, denuncia las agresiones sufridas, muchas de las cuales se habían producido en presencia de la niña, pero no logra obtener una sentencia condenatoria. Durante años ha acudido a un centro de atención a mujeres que enfrentan violencia de género, para recibir tratamiento psicológico.

El proceso de divorcio del padre y la madre de Alicia se llevó a cabo sin acuerdo ante el juzgado de violencia sobre la mujer. La sentencia atribuyó la guarda y custodia a la madre de Alicia y estableció un régimen de visitas ordinario entre el padre y la hija, cuando el proceso penal por violencia de género aún no había concluido. El maltrato de género se siguió produciendo en los momentos de entrega y recogida de la niña en el marco de las visitas parentales.

Con 17 meses de edad, en junio de 2007, al regresar de un fin de semana con el padre, la madre de Alicia advierte, al intentar bañarla, que la niña se resiste a ser desnudada y se queja. Al quitarle la ropa observa dos hematomas en ambas piernas y un enrojecimiento en la vagina. Decide llevarla a Urgencias Hospitalarias. Una vez allí, el médico, alarmado por la sospecha de maltrato a la niña, decide ponerse en contacto con el juzgado y el médico forense acude al Hospital. Tras examinar a la niña, el propio médico forense advierte a la madre de la gravedad de los indicios y le aclara que van a abrirse diligencias penales. La madre se persona como parte en el proceso y pide orden de protección para su hija. Tras la comparecencia en el juzgado de instrucción, al día siguiente de la denuncia, el Juez deniega las medidas cautelares de protección, y la madre no vuelve a saber nada más hasta pasados varios meses, que su abogado le comunica que el caso ha sido sobreseído por falta de indicios de delito.

Al no establecerse ningún tipo de medida de protección, la niña es obligada a cumplir el régimen de visitas establecido en la sentencia de divorcio, a pesar del creciente rechazo que muestra hacia el padre. También a raíz de la denuncia comienza a intervenir la entidad pública de protección de menores de la Comunidad Autónoma. Esta institución, lejos de promover el esclarecimiento de los posibles abusos sexuales a la niña, advierte a la madre de que si sigue denunciando al padre podría perder la custodia de la niña. A pesar de que las denuncias son presentadas por un Hospital, y no por la madre, esta institución enmarca la actuación de la madre en la lógica del “conflicto parental” y considera que su actividad en el proceso penal alienta aún más ese conflicto que perjudica gravemente a la niña. Esta advertencia es el motivo por el que la madre de Alicia no recurre el auto de sobreseimiento provisional dictado por el juzgado de instrucción.

El Hospital, por su parte, considera que los indicadores de sospecha de abusos sexual son tan claros en el caso de Alicia, que la deriva a un programa de atención especial para niños y niñas abusados/as sexualmente que se desarrolla el propio centro hospitalario.

Durante tres años, Alicia sigue la terapia en el centro hospitalario. A la vez, a pesar de su cada vez más expreso rechazo, debe mantener el contacto con el padre en base al régimen de visitas fijado en la sentencia de divorcio, lo que incluye pernoctas quincenales.

En febrero de 2010, cuando Alicia ya ha cumplido cuatro años, al regreso de las visitas con el padre presenta un fuerte dolor vaginal y dificultades para orinar, ante lo cual madre decide llevarla a Urgencias y el Hospital vuelve a diagnosticarle "eritema y erosión vaginal" y hace constar en el informe que *"la niña, al ser preguntada, manifiesta que su padre le ha metido el dedo en el "pepe" (la vagina)"*. Ante tales evidencias, el Hospital llama al Médico Forense quien, tras explorar a la niña, le comunica a la madre que va a denunciarlo al juzgado de instrucción, que abrirá diligencias.

Se inicia un proceso de investigación y la madre es llamada por la policía para declarar como testigo. Sin embargo, y a pesar de la acumulación de indicios, el juzgado de instrucción se inhibe a favor de otro, y éste a su vez a favor de un tercero, el cual, sin practicar más diligencias, decide acordar el sobreseimiento provisional de la causa. La madre de Alicia, personada de nuevo como acusación, tampoco recurre este sobreseimiento por considerar que podría suponer una mayor desprotección hacia la niña, ya que por parte de la entidad pública de protección de menores de la Comunidad Autónoma se hacen cada vez más explícitos los comentarios de reproche acerca de la posibilidad de que los relatos de la niña puedan obedecer a la manipulación materna.

En abril de 2010, mientras todavía se desarrolla la investigación derivada de la segunda denuncia, la entidad pública de protección de menores de la Comunidad Autónoma ofrece a la madre y al padre un "plan de mejora temporal" consistente en declarar a la niña en situación de desamparo, asumir provisionalmente este organismo su tutela y otorgar la guarda temporal a los abuelos maternos, teniendo tanto el padre como la madre un régimen de visitas progresivo para comunicarse con la niña. La madre de Alicia afirmó a Save the Children haber firmado este plan, que parecía ser temporal, como último recurso para proteger a su hija. Según relata: *"yo renuncio a ella porque me garantizan que, si yo no la veo y no la tengo, él tampoco, y considero que es la única forma de protegerla"*.

A pesar del expreso deseo de la niña de volver a convivir con su madre y de los informes realizados por la entidad pública de protección de menores de la Comunidad Autónoma, que confirman la capacidad de la madre para ejercer esta función, en octubre de 2010 el citado organismo público decide hacer definitiva esta medida. Desde abril de 2010, el régimen de visitas de Alicia con su padre y su madre se circunscribe a breves espacios en el Punto de Encuentro. Sin embargo, el padre durante un tiempo pudo seguir manteniendo amplio contacto con la niña, ya que convive con los abuelos paternos, a los cuales en un principio se les concedió pernocta. Esta situación de desprotección duró varios meses y fue modificada cuando una funcionaria de la entidad pública de protección

de menores de la Comunidad Autónoma acudió al domicilio y observó que la niña no tenía cama propia y que la compartía con el padre.

Tras más de dos años sin convivir juntas, y ante la negativa del Organismo público de atención de revertir la declaración de desamparo de la niña, la madre de Alicia recurrió al Juzgado de Familia para lograr recuperar la patria potestad y la convivencia con la niña que, ya con seis años, manifiesta *“¿por qué me quitan a mi madre sin preguntarme a mí?”*. Adjuntaba a la demanda informes psicológicos y de la escuela que dejan constancia del sufrimiento que supone para la niña la separación de la madre.

En mayo de 2012, el juzgado de familia confirmó la declaración de desamparo dictada, aduciendo que *“entre el padre y madre existe un grado tal de conflicto que no pueden anteponer los intereses de la niña a sus litigios”*. Ni la Administración, ni el juzgado de familia han tomado en consideración que existen datos objetivos de violencia de género contra la madre (la sentencia absolutoria por falta de pruebas deja constancia de graves indicios en este sentido) y que las dos denuncias por abuso sexual no fueron interpuestas por la madre, sino por un Hospital Público apoyado por el informe del médico forense.

En el momento de la entrevista, la madre de Alicia afirmaba que ella ya no cree que vaya a volver a denunciar los abusos sexuales porque actualmente lucha por recuperar la patria potestad y la convivencia con su hija, como la propia niña reclama y necesita. Considera que denunciar implicaría otorgar más motivos para que, tanto el organismo de atención como el juzgado de familia, alimenten sus sospechas de *“manipulación materna”* y *“conflicto parental”*.

Caso 2:

RAQUEL

Raquel es una niña de 9 años. Su madre sufrió violencia de género por parte de su padre desde los primeros meses de su embarazo. Tras su nacimiento, las amenazas del padre hacia la madre se centran en que, si rompe la relación matrimonial, le impedirá ver a su hija. En mayo de 2006, cuando Raquel cuenta con 3 años de edad, su madre decide huir del domicilio acompañada de su hija a casa de sus padres. Raquel ha manifestado en entrevistas posteriores que recuerda las agresiones de su padre hacia su madre, y relata una ocasión en la que su padre cogió por el cuello a su madre mientras ella lloraba sin saber qué hacer. Tras la separación, la madre de Raquel denuncia la violencia de género, pero el juzgado lo califica de *“peleas mutuas”* y no sanciona al padre. Actualmente, la madre de Raquel sigue un tratamiento de recuperación como víctima de violencia de género en un centro especializado de gestión municipal.

Tras la separación, el padre de Raquel desaparece durante seis meses, en los que no se pone en contacto ni con la madre ni con la niña. Cuando reaparece, presenta una denuncia contra la madre de Raquel por dificultar las visitas con la niña. La denuncia es archivada. A partir de noviembre de 2006 comienzan las visitas en un régimen ordinario de fines de semana alternos y dos tardes semanales.

Según los informes y el relato de la madre, desde los primeros meses, la niña comienza a mostrar descontento con las visitas, y manifiesta no estar a gusto con su padre, pese a lo cual la madre continua llevándola. En marzo de 2007, cuando la niña no ha cumplido aún los cuatro años, al regresar del fin de semana de visitas con el padre, aparece con las braguitas manchadas de un líquido de color que podría ser sangre y quejándose de dolor en la vagina, por lo que la madre acude con ella al Hospital. Una vez allí la niña es diagnosticada de vulvovaginitis y relata a los facultativos que le atendieron que *“se debía a que su padre le había metido algo como un cuchillo”* en la vagina. El hospital informa a la madre que no ha sido capaz de analizar el líquido encontrado porque un error en la toma de la muestra invalida el resultado.

Tras la sospecha de abusos sexuales, el Hospital denuncia ante el juzgado de instrucción pero éste —que no dicta ninguna medida cautelar de protección— tarda seis meses en iniciar la investigación. El examen forense de la niña se produce un año después de los hechos denunciados. Durante ese año el régimen de visitas ordinario y con pernocta siguió vigente y el rechazo de la niña a relacionarse con el padre iba en aumento. La niña enfermaba a menudo (dolores de cabeza, dolor de estómago), tenía pesadillas e incontinencia urinaria. La madre siguió cumpliendo con el régimen pautado y, cuando la niña no estaba enferma, la siguió entregando al padre, ya que el abogado le aconsejó seguir cumpliendo el régimen de visitas porque de lo contrario podrían interpretar que existía manipulación materna en la denuncia de abusos. El examen pericial, solicitado por el juzgado en octubre de 2007 y realizado por la Clínica Médico Forense en febrero de 2008, reveló que si bien el relato de la niña no parecía del todo probable, era claro que el padre presentaba conductas de riesgo para la niña (reconoce ante las peritos que habitualmente se baña desnudo con la niña y que en alguna ocasión ésta le ha tocado el pene). También afirmaba este informe que la conducta paterna parecía ir dirigida a hacer daño a la madre. El él se reconoce la existencia de un maltrato hacia la niña, si bien el contenido sexual no se confirma, y se alerta de que el padre, en varias ocasiones en la entrevista, falta a la verdad. Este informe recomienda la suspensión cautelar de las visitas del padre con la niña o, en su defecto, las visitas vigiladas.

A la vista del informe pericial, en marzo de 2008, el Juez de instrucción acuerda una orden de protección con suspensión de las visitas paterno-filiales para, posteriormente, inhibirse a favor del juzgado de instrucción donde debieron cometerse los hechos (el del domicilio del denunciado). Tras el cambio de juzgado, el denunciado recurre la medida de protección que, cuatro meses después de ser dictada, es la revocada por el nuevo juzgado sin oír ni a la niña ni a la madre. El juez acuerda un régimen de visitas semanales (todos los sábados del año) supervisadas en un Punto de Encuentro Familiar. Según refiere la madre, para la niña este régimen de visitas tuvo un gran impacto, porque además de acudir

obligada a relacionarse con su padre, le supuso la privación de vacaciones durante los dos años y medio que estuvo vigente.

Sin desarrollar actividad probatoria alguna, el juzgado de instrucción que asume la competencia decide dictar el sobreseimiento provisional de las actuaciones. Este archivo es recurrido por la madre de Raquel, que aporta un nuevo informe de un perito especializado que valora un alto nivel de credibilidad en el relato de la niña. En este informe se advierte que *“el padre de Raquel ha realizado manipulaciones en la vagina de Raquel en varias ocasiones, introduciendo objetos en la misma, produciendo en ocasiones dolor a la niña”*. En enero de 2010 la Audiencia Provincial confirma el sobreseimiento. Tras lo cual, el padre y la madre son derivados por el juzgado de familia a un servicio de “mediación familiar”, sin reparar que en parejas en las que existen indicios de violencia de género no cabe la mediación.

Tras la confirmación del sobreseimiento, y a pesar del informe negativo de la fiscal del caso, que se opone al régimen de vistas con pernocta, el juzgado de familia, amplía las visitas hasta llegar a un régimen aún más amplio que el ordinario (cuatro días cada quince, con pernocta).

En septiembre de 2010, a la vuelta de una de las primeras visitas con pernocta, la niña —ya con siete años— relata que su papá *“le ha tocado el pepe”* y presenta dolor y enrojecimiento en la zona genital. La madre la lleva al Hospital, donde la niña vuelve a relatar a los facultativos los abusos sexuales sufridos. Motivo por el cual, el Hospital elabora un parte médico por *“sospecha de abuso sexual”* y la madre vuelve a personarse en el procedimiento como acusación y pide orden de protección para la niña. Sin embargo, el juzgado de instrucción deniega la orden de protección solicitada sin escuchar a la niña ni a la madre. Ocho meses después de la denuncia, ordena al equipo psicossocial adscrito al juzgado que realice un examen sobre la credibilidad del testimonio de la niña. El examen se produce siete meses después de ser ordenado por el juez. Inicialmente, el juzgado plantea su solicitud a la Clínica Médico Forense, lo cual es recurrido por el padre, que logra que no sea esta Clínica la que informe, sino el “equipo psicossocial”. Una psicóloga (sin colegiación, y que acumula denuncias por mala praxis) realiza un informe en el que trata una cuestión distinta a la solicitada (no valora la credibilidad del testimonio de la niña respecto a los abusos sexuales, sino las relaciones paterno-materno-filiales). La falta de rigor de este informe, puntualmente demostrada por un especialista en la materia en un informe que figura en el expediente judicial, se basa principalmente en el uso de pruebas no adecuadas a la finalidad del examen propuesto pero, sobre todo, en la subjetividad que refleja su contenido. La psicóloga llega a pronunciarse sobre la procedencia de un cambio de guarda y custodia a favor del padre e incluso, sobre *“la falsedad”* de la denuncia presentada.

Esta es la única prueba recabada por el juzgado de instrucción, además de las que se acompañaron a la denuncia. Sin practicar ninguna prueba más, un año y cuatro meses después de la denuncia (enero de 2012), el juzgado de instrucción acuerda archivar la causa. Los motivos aducidos por el magistrado en el auto son literalmente copiados del

auto por el que deniega la orden de protección en septiembre de 2010 (“ausencia de incredibilidad subjetiva” de la madre por el contexto de conflicto vivido con el padre; contradicciones en el testimonio de la niña y falta de confirmación clara por parte de los facultativos del Hospital, al afirmar que *“el relato de la niña es creíble, que es creíble hasta cierto punto una niña de 7 años”*). A estos motivos únicamente se añade un último párrafo en el que el juez de instrucción afirma que *“tales argumentos no han sido desvirtuados en la instrucción”*. Además, se adhiere a los pronunciamientos del informe del equipo “psicosocial”, destaca que *“se observan claros signos de manipulación materna”* y utiliza el dato de los sobreseimientos anteriores como indicador falta de veracidad. El auto concluye ordenando que, una vez firme el sobreseimiento, se abran diligencias penales contra la madre de Raquel por “denuncia falsa”.

La madre de Raquel ha recurrido el auto de archivo ante la Audiencia Provincial y, al cierre del informe, el tribunal aún no se había pronunciado. También ha denunciado a la psicóloga del equipo “psicosocial” por mala praxis deontológica. Ante esta queja, la Consejería de Justicia de la Comunidad Autónoma ha derivado a la madre al Colegio Oficial de Psicólogos como órgano competente para denuncias relacionadas con la deontología profesional. Este Colegio profesional, sin embargo, ha confirmado que, al no estar colegiada la profesional, no puede actuar al respecto.

Actualmente, continua vigente el régimen de visitas amplio entre la niña y el padre. Según informa la madre, a pesar de la falta de evidencias físicas, siguen produciéndose incidentes de desprotección y maltrato del padre hacia la niña. Pero su abogado le recomienda no seguir denunciado, ya que corre el riesgo de dar más motivos a la teoría de la “manipulación materna” y terminar propiciando un cambio de guarda y custodia a favor del presunto agresor.

Al cierre de este informe, estaba pendiente la resolución del juzgado de familia ante la nueva demanda de guarda y custodia presentada por el padre. La madre de Raquel expresa a Save the Children su miedo a que este cambio se pueda producir; ya que el padre ha aportado un informe del servicio de “mediación familiar” al que tuvo que acudir obligada por el juzgado, que concluyó con un diagnóstico de posible “SAP o manipulación materna”.

Caso 3:**JESÚS Y PABLO**

Jesús y Pablo son dos hermanos de siete y cinco años respectivamente. En 2008, cuando Jesús tenía tres años y Pablo uno, sus padres se separaron conservando la madre la guarda y custodia. De mutuo acuerdo, el padre y la madre deciden fijar para el padre un régimen de visitas progresivo, cuya ampliación se vaya produciendo a medida que los niños crezcan. En un primer momento este régimen incluía todos los fines de semana, sin pernocta por la corta edad del hijo menor, y dos tardes semanales.

Ya en el primer año de las visitas, en 2008, la madre de los niños comenzó a observar en el hijo mayor un comportamiento extraño, que en un principio atribuyó al impacto de la separación. Pero, al consultarlo con una psicóloga, ésta le alertó de que comportamientos con una carga sexual tan explícita en un niño de tan corta edad podían ser reflejo de una práctica inadecuada por parte de algún adulto del entorno. La madre en un primer momento no sospechó del padre de los niños, a quien manifestó sus preocupaciones. Pero, a raíz de la persistencia del comportamiento de Jesús y de comentarios explícitos en los que éste refería abusos, en junio de 2008 decide llevarle a una psicóloga especializada en análisis del testimonio de menores de edad. En varias sesiones, el niño fue revelando tanto un rechazo hacia la figura paterna, como una serie de juegos sexuales que el padre le había enseñado.

Es entonces cuando la madre de los niños pone la situación en conocimiento del Servicio Público de Salud de la Comunidad Autónoma y solicita un psicólogo especializado para el tratamiento de Jesús. Esta entidad pública le ofrecía cita para ver al niño y comenzar el tratamiento tres meses más tarde. La madre de Jesús requería una respuesta más pronta, así que solicita a la psicóloga que le había alertado de los posibles abusos sexuales que redactara un informe, que presenta al juzgado de instrucción junto a la denuncia por la sospecha de abusos sexuales. A la vez, la madre toma la decisión de no llevar más a los hijos al domicilio paterno para las visitas, hasta que el juzgado se pronunciara sobre una posible suspensión del régimen de visitas, o acordara una restricción de dicho régimen.

En octubre de 2008, el juzgado de familia acuerda medidas provisionales en el procedimiento de divorcio según las cuales las vistas entre padre e hijos debían realizarse en un Punto de Encuentro Familiar (PEF), y de forma supervisada. El padre recurre esta resolución y solicita la atribución de la guarda y custodia, o la custodia compartida, y, en su defecto, un régimen de visitas ordinario y con pernocta. La Audiencia Provincial desestima el recurso y confirma las visitas supervisadas en el PEF, por encontrarse pendiente el procedimiento penal por abusos sexuales.

En el plano penal, en la primera denuncia, interpuesta en julio de 2008, la madre solicita como medidas de protección e investigación: la suspensión de la patria potestad del padre respecto a los hijos, el registro del domicilio paterno y de su centro de trabajo,

por si pudiera existir material relacionado con los abusos sexuales (el niño manifestaba que, a veces, había una cámara) y el examen de Jesús por el equipo forense del Instituto de Medicina Legal. De estas medidas, el juzgado de instrucción únicamente acuerda el examen del niño por parte del Instituto de Medicina Legal, realizado por un forense sin especialización en psicología infantil ni en abuso sexual que, tras una sola sesión, concluye que ha sido imposible valorar la credibilidad del niño porque, dada su corta edad, éste no ha hablado de los abusos. El 4 de diciembre de 2008 el juzgado de instrucción, sin practicar ninguna prueba más, dicta auto de sobreseimiento provisional y archiva el procedimiento argumentando que no existen indicios que puedan acreditar los abusos sexuales denunciados. El Fiscal muestra su conformidad con esta decisión.

En 2009, la madre de los niños acude a la Guardia Civil aportando nuevos indicios de abusos sexuales producidos en las visitas realizadas en el PEF. Este centro emite un informe, a petición del juzgado de instrucción, en el que argumenta la normalidad de la relación entre padre e hijos durante las visitas. También se aporta en esa ocasión un informe clínico realizado por el psicólogo especializado en psicología infantil del Hospital Público Materno Infantil que trata a Jesús desde 2008. En este informe, el citado profesional describe relatos del niño sobre los abusos sexuales sufridos, que en su mayor parte considera “verosímiles”. A pesar de la información contenida en este informe, el juzgado de instrucción decide no practicar más pruebas y, en mayo de 2009, dicta auto de sobreseimiento provisional. El Fiscal, al igual que en el primer sobreseimiento, solicita esta medida de archivo con el argumento de que el psicólogo afirma que *“en el momento actual no se deduce una vivencia traumática en el niño”*, obviando la segunda parte de la frase del profesional que continúa afirmando que *“Esto no es un indicador de que no pueda adquirir este carácter en un futuro cuando el niño resignifique, en momentos posteriores de su desarrollo, sus actuales circunstancias biográficas”*.

La madre recurre este segundo sobreseimiento ante la Audiencia Provincial y, en diciembre de 2009, el tribunal dicta una resolución de un folio y medio de extensión con escasa motivación, que confirma la decisión del juzgado de instrucción.

En 2010, apoyándose en los autos de sobreseimiento del juzgado de instrucción, confirmados por la Audiencia Provincial, el padre vuelve a solicitar la custodia de los niños (o en su defecto la custodia compartida) y, de no acordarse esta medida, el establecimiento de un régimen de visitas ordinario.

Ante esta petición, la madre aporta un nuevo informe del psicólogo del Hospital Público Materno Infantil que trata a Jesús en el que se constatan nuevos indicios de abusos sexuales, y se acredita el rechazo absoluto del niño a las visitas no supervisadas. A pesar de lo cual, en diciembre de 2010, el juzgado de familia acuerda la ampliación y flexibilización del régimen de visitas. La base para este cambio es un informe del Instituto de Medicina Legal en el que se recomienda “normalizar” la relación paterno-filial a través de un régimen progresivo de visitas, que concluya en visitas con pernocta. Esta decisión judicial implicó que, desde diciembre de 2010 hasta septiembre de 2011, las visitas no se desarrollasen en el PEF. En esta fecha se hace efectiva la decisión de la Audiencia Provincial

que admite el recurso de la madre y acuerda que las visitas vuelvan a realizarse en PEF, en presencia de familiares del padre.

Durante los meses en los que las visitas se producen sin supervisión los dos hermanos vuelven a relatar graves abusos sexuales, que ya implicaban a Pablo, el hijo pequeño, que describe tocamientos e introducción de objetos por el ano.

La madre interpone en este periodo cuatro nuevas denuncias (2011), con informes de pediatría, que en el caso de Pablo incluían fisuras anales. En una de las denuncias se recoge el relato de Jesús, el hijo mayor, quien describe que *“estaban él, su hermano y su padre desnudos, que a él también le había puesto crema en el ano y luego le había introducido el mismo palo por el ano, que su padre le había chupado por todo el cuerpo y que le había obligado a chuparle a él, que su padre le había mandado que le tocara el culo, pero lo que más asco le había dado es que su padre le había obligado a chuparle el pene”*.

Uno de los juzgados que investigan las denuncias solicita otro informe al psicólogo del Hospital Público Materno Infantil que, desde 2008, trata a Jesús. El profesional, en este informe, tras realizar una descripción de la evolución del niño en los últimos tres años, afirma que presenta síntomas compatibles con el abuso sexual (encopresis o incontinencia fisiológica, e hipersexualización, por ejemplo). Tras recibir esta prueba, el juez realiza una exploración del niño con presencia del Fiscal, Abogado defensor y una psicóloga del Instituto de Medicina Legal en la que el niño, a pesar de lo inadecuado del entorno, manifiesta de manera explícita estar siendo abusado y relata los hechos. Sin embargo, el juez de instrucción sin practicar más pruebas, se inhibe en el juzgado sobre el que habían recaído denuncias anteriores. Este juez solicita al Instituto de Medicina Legal un “examen de la credibilidad” del testimonio de los dos niños, que es realizado por una profesional que no consta que tenga especialización en abuso sexual infantil. Tras una sola sesión, conducida con una metodología que no invitaba a los niños al testimonio espontáneo y que pudo ser revictimizante, sobre todo para el hijo mayor, la forense concluye poniendo en duda la credibilidad del relato de los niños.

Por su parte, el informe del médico forense sobre las lesiones anales de Pablo descarta que estén relacionadas con posibles abusos sexuales, porque no hay escoriaciones. Según este profesional *“lo lógico sería que (el niño) se hubiera resistido”* ante los abusos sexuales, lo que haría aparecer escoriaciones en el ano, que no existen en el caso de Pablo.

Los dos juzgados de instrucción encargados de investigar los hechos deciden dictar autos de sobreseimiento provisional, en noviembre y diciembre de 2011. En ninguno de ellos se valoraron las manifestaciones realizadas por Jesús en la exploración judicial, en las que, ya con seis años, relata los abusos sexuales sufridos y pide que se le crea.

En marzo de 2012 el padre solicita por tercera vez un cambio de guarda y custodia a su favor o una ampliación del régimen de visitas. Esta cuestión está actualmente pendiente de resolución por parte del juzgado de familia. El juez de familia en esta ocasión ha decidido

practicar todas las pruebas necesarias para obtener una convicción lo más certera posible de cara al interés de los dos niños. Desde esta convicción, el juez de familia está admitiendo medios de prueba fundamentales (pericial del psicólogo de Jesús y de la pediatra de los dos niños, por ejemplo) que la madre no ha logrado que se admitan y se tengan en cuenta en ninguno de los procedimientos penales iniciados por abusos sexuales. Al cierre de este informe, el citado juzgado aún no había dictado la resolución, pero la diligencia con la que está actuando supone ya una práctica que es preciso reconocer positivamente.

Caso 4:

ALMUDENA

Almudena es una niña de 6 años. Ya antes de nacer, en enero de 2006, su madre sufrió violencia de género (física, psicológica y sexual) a manos de su pareja, el padre de Almudena. Tras su nacimiento, las agresiones se hicieron más habituales, motivo por el cual, la madre decide separarse. Almudena fue testigo de la violencia de género que sufría su madre, incluyendo agresiones e insultos durante la convivencia y, después, en los intercambios derivados del régimen de visitas. El padre, cuyo deseo también era romper la relación de pareja, interpone la demanda de divorcio.

En el primer año tras la separación (2007), la madre de Almudena promovió el mantenimiento de la relación padre-hija, incluso cediendo su domicilio para la realización de las visitas, ya que el padre carecía de un domicilio adecuado. A la vista de esta carencia y, dada la corta edad de la niña, el juzgado de familia fijó (primero, provisionalmente y, más tarde, en sentencia de divorcio) un régimen de visitas de varios días a la semana y fines de semana alternos sin pernocta, salvo en las vacaciones.

Con motivo de las visitas, el padre de Almudena continúa agrediendo a la madre. Por este motivo, y a pesar de que inicialmente nunca quiso denunciarle, ésta interpone una denuncia en la que relata los más de diez años de agresiones y solicita una orden de protección, que le es concedida en abril de 2009. A pesar de esta situación, la madre de Almudena continúa promoviendo la relación entre la niña y el padre, hasta el punto de contratar a dos personas para realizar las entregas de la niña, evitando ella el contacto con el padre. Según la madre de Almudena, estas dos personas, al igual que su familia, son testigos del carácter violento del padre y de las reacciones de miedo y rechazo de la niña hacia el padre.

A raíz de la concesión de la orden de protección se establece que las entregas y recogidas de la niña en las visitas se realicen a través de Punto de Encuentro Familiar (PEF). La orden de protección queda sin efecto en enero de 2010, debido al sobreseimiento

provisional del procedimiento por violencia de género. Pese a lo cual, la madre Almudena continúa a día de hoy siendo tratada por la psicóloga de un servicio municipal de apoyo a este tipo de víctimas lo cual es conocido, a través de informes de este servicio, por el juzgado de instrucción y ante el juzgado de familia. Como víctima presencial de la violencia de género, Almudena es derivada también a un recurso público para el tratamiento de niños y niñas de parejas en las que existe violencia de género, pero al cesar la orden de protección, no llegan a tratarla.

Desde el primer año, tras la separación, la niña muestra un rechazo cada vez mayor a encontrarse con su padre. Este rechazo, que contrasta con el incentivo de la madre para que se produzcan las visitas, se manifiesta en un principio a través de dolencias físicas. Enferma muy a menudo, con afecciones respiratorias (bronquitis, neumonía), cutáneas (dermatitis) y gastrointestinales, especialmente antes o durante las visitas. Pero conforme la niña va creciendo, comienza a expresar de forma verbal su negativa a encontrarse con su padre, porque *“es malo y me hace daño”*. A pesar de que el rechazo de la niña se va incrementado a lo largo de 2009, la madre sigue cumpliendo en todo momento con el régimen de visitas, lo que le hace enfrentarse a la niña en los momentos previos a la entrega al padre, ya que cada vez expresaba con más vehemencia el rechazo paterno. En esos momentos, Almudena llega a agredir a la madre, a autoagredirse, y a realizar otros comportamientos que dan cuenta de un gran malestar.

En las vacaciones de Semana Santa de 2010, Almudena es obligada a viajar con su padre. A la vuelta del viaje, ya en el PEF, la niña manifiesta a su madre *“me duele el culito”*, haciendo referencia a la zona vaginal, y al llegar al domicilio y bañarla, Almudena reitera *“mamá, me duele mucho”*. Al ver la madre el aspecto que presentaba la vulva (enrojecida, inflamada, como con restos adheridos), la lleva al Hospital, donde diagnostican a la niña una vulvitis. Al ser preguntado por la causa, el facultativo que la atiende afirma que puede ser debido a la suciedad y le receta una crema y antibióticos. A pesar de que esta afección es uno de los indicadores de abuso sexual, desde el Hospital no se realiza ningún otro tipo de actuación ni tampoco se analiza la sustancia adherida a la zona genital.

La madre de Almudena sigue llevando a la niña al PEF para las visitas, pero comienza a sospechar del trato del padre hacia la niña. De modo que, con el informe médico y en base a las quejas de la niña, pide a su abogada que realice un escrito por el que ponen en conocimiento los hechos ante el juzgado de familia encargado del divorcio y las medidas paterno-filiales. El juzgado de familia no toma ninguna medida al respecto, ni deriva la denuncia a los juzgados de instrucción del partido judicial. Y, tras un juicio celebrado tres meses después de la comunicación de los hechos, decide no establecer ninguna medida de protección a favor de la niña, e insta a la madre a que la entregue al padre para pasar su parte de las vacaciones de verano.

La madre decide continuar cumpliendo con las visitas y acude al PEF para entregar a la niña. Pero, una vez en el PEF, Almudena sufre un ataque de ansiedad y durante alrededor de dos horas llora y grita que no quiere ir con el padre, no siendo convencida en ningún momento para que cese en su rechazo. Al llegar la hora de cierre del PEF, la niña se

mantenía en su intención, motivo por el cual la madre decide llevársela de vuelta a casa. Una conocida que acompañaba a la madre fue testigo de este episodio. A la salida del PEF, la madre acude al juzgado de guardia para que evaluaran a Almudena, por miedo a que el padre le denunciara por incumplimiento del régimen visitas, también habla con su abogada y con la policía, cuyos agentes la tranquilizaron afirmando que “eso no era ningún delito”.

En los meses siguientes (finales de 2010), el rechazo de la niña a ver al padre se incrementa hasta el punto de padecer trastornos del sueño (es medicada contra el insomnio en un Hospital Infantil —en el que tampoco se actúa en base al protocolo de sospecha de abuso sexual infantil— con gotas para dormir), se esconde y tiene crisis nerviosas cuando la madre le dice que va a llevarla con el padre. Tampoco acude al colegio debido al estado psicológico en el que se encuentra, a los insomnios y al miedo de encontrarse allí con el padre. En una de estas crisis de ansiedad, en la que la niña llega incluso a golpearse contra el suelo, interviene el servicio de emergencias, incluido el Servicio psicológico, que recoge en su informe la consideración de posibles secuelas a raíz de un maltrato. Los informes sanitarios son aportados por la madre ante el juzgado, tanto de familia, como de instrucción.

A raíz del rechazo de Almudena hacia su padre, en 2010 la madre la lleva a una psicóloga infantil, perito forense, que tras evaluar a la niña concluye que presenta “*indicios racionales de maltrato y sufrimiento infantil severo*”. Esta psicóloga, que sigue tratando a la niña en la actualidad, realiza un informe aportado por la madre al juzgado. En él diagnostica a la niña “*indicios racionales de maltrato severo y sufrimiento por parte del padre*”. También fue aportado al juzgado de familia y al juzgado de instrucción el informe del Servicio de atención a niños y niñas maltratadas de un Hospital Público, que concluye que Almudena presenta indicadores compatibles con el maltrato: trastornos en el control de esfínteres, enfermedades psicósomáticas, crisis de ansiedad y episodios de vulvitis.

Desde que, en octubre de 2010, la niña tuviera que ser asistida por el servicio de emergencias, la madre decide no volver a llevarla al PEF. Tampoco acude al Colegio, siendo asistida por una profesora particular proporcionada por la Consejería de Educación para niños con problemas, a la vista de los informes sobre el posible abuso sexual de la niña. En esa fecha, la madre vuelve a solicitar la suspensión del régimen de visitas, como medida cautelar de protección para la niña. Sin embargo, a principios de 2011 el padre de Almudena interpone una demanda de ejecución forzosa del régimen de visitas, solicitando, además, la guarda y custodia de la niña. A raíz de esta demanda, el juzgado de familia solicita informes al equipo “psicosocial” del propio juzgado, al PEF y al CAF (Centro de Atención a la Familia). Pero deniega la admisión del informe de la psicóloga que evaluó a la niña en 2010, que lleva más de dos años tratándola y que se ha convertido en una de sus figuras claves de apoyo.

En este periodo el padre de Almudena interpone una denuncia contra la madre por desobediencia, al no entregarle a la niña para las visitas.

En 2011 se trata el caso de Almudena en una “mesa del menor” a la que asisten los/as profesionales del CAF y el PEF, del centro escolar de la niña, así como la psicóloga clínica

que trata a la niña y la psicóloga del servicio municipal de apoyo a víctimas de violencia de género, que asiste a la madre. En esta reunión se concluye que Almudena debe ser tratada por su terapeuta de confianza, sin más intervenciones terapéuticas, y que ella marcará los tiempos para posibles visitas vigiladas con el padre.

Al equipo “psicosocial” del juzgado de familia, se le envían todos los informes profesionales (médicos, psicológicos y sociales) existentes hasta la fecha, pero el juzgado no celebra vista oral para la ratificación de los mismos. Tampoco admite la prueba pericial y testifical propuesta por la madre de Almudena.

El 12 de noviembre de 2011, Almudena relata a su madre los abusos sexuales sufridos por parte del padre, a través incluso de dibujos, lo cual es puesto en conocimiento del equipo psicosocial adscrito al juzgado de familia inmediatamente por parte de la madre a través de un fax. También se interpone demanda de medidas cautelares de protección ante el juzgado de familia. La madre también acude, acompañada por el abuelo materno de Almudena, al Servicio de Atención a la Familia de la Policía Nacional (SAF) e interpone una denuncia y solicitud de orden de protección para la niña. Acompaña a la denuncia todos los informes médicos y psicológicos realizados sobre la niña, así como una lista de testigos. Varios testigos propuestos acuden a declarar al SAF llamados por la policía.

El juzgado de instrucción asignado por reparto, al ver todas las pruebas, manda detener al padre y dicta una orden de protección (con suspensión del régimen de visitas y alejamiento de 500 metros) a favor de la niña. Sin embargo, tras practicar estas diligencias se inhibe a favor del juzgado de instrucción del mismo partido judicial que conocía una denuncia anterior interpuesta por el padre contra la madre por “desobediencia”, al no llevarle a la niña para las visitas ante las sospechas de abuso y el rechazo de la propia niña.

El juzgado de instrucción competente, tras recibir el caso, decide citar a la niña (con cinco años en ese momento) a una exploración judicial en presencia de la Fiscal, del abogado defensor, de la abogada de la acusación y de una psicóloga de la Clínica Médico Forense. La niña relata los abusos sexuales sufridos y pide protección, pero la reiteración de las preguntas realizadas y lo inadecuado del entorno produce un impacto traumático, que termina escondiendo la cabeza debajo del abrigo y negándose a continuar. A pesar de las dudas del juez sobre la credibilidad del testimonio de la niña, no ordena ninguna prueba pericial forense ni ningún examen de la credibilidad del testimonio, y decide hacer suyo el informe realizado por el equipo “psicosocial” del juzgado de familia con motivo de la demanda de ampliación del régimen de visitas y las medidas cautelares civiles, que vinculaba el rechazo de la niña hacia su padre a una posible manipulación de la madre.

Con base en este informe, en el comportamiento retraído de la niña al finalizar la exploración, y en expresiones de la niña que califica como “*impropias de su edad*”, en enero de 2012 el juez de instrucción dicta un auto de sobreseimiento provisional. La Fiscal también interesa el sobreseimiento. Contra este auto la madre interpone recurso de apelación, que actualmente está pendiente de resolución.

El 20 de diciembre 2011, cuando el juzgado de instrucción aún está recabando algunas pruebas, el juzgado de familia dicta una resolución en la que, tras afirmar que no procede decretar las medidas cautelares solicitadas por la madre para la protección de la niña, le exhorta a cumplir el régimen de visitas acordado en la sentencia de divorcio *“con apercibimiento de proceder al cambio de custodia en caso de que las visitas y estancias con el padre no se reanuden”*. Así mismo, el juzgado de familia, conmina a la madre a que *“cese igualmente de forma inmediata de someter a la menor a exploraciones psicológicas y tratamientos terapéuticos, llevando a la menor al Centro de Atención a la Infancia (de competencia municipal), sin delegación a ningún otro profesional”*. La madre ha recurrido a la Audiencia Provincial esta resolución, sin que hasta la fecha haya recaído resolución. En enero de 2012, el juzgado de familia dicta otro auto imponiendo a la madre de Almudena una multa de 500 euros mensuales, *“en tanto persista el incumplimiento del régimen de visitas”*.

Tras el sobreseimiento, y ante la base de evidencias que no parece ser observada por los juzgados, la madre de Almudena encarga a un psicólogo forense de prestigio internacional el análisis de los principales informes contradictorios existentes en la causa. Este profesional pone en duda, en su informe, la metodología y proceso de obtención de conclusiones del informe realizado por el equipo *“psicosocial”* del juzgado de familia. Con base en este examen experto, la madre de Almudena denuncia a la psicóloga de dicho equipo *“psicosocial”* por falta de rigor y subjetividad en su informe. El examen experto, entre otras consideraciones, manifiesta su sorpresa ante la falta de pruebas psicológicas sobre el padre y presunto agresor, lo que contrasta con la betería de test y otras pruebas realizadas sobre la madre. El experto concede mayor objetividad y profesionalidad a otros informes ajenos a la Administración de justicia, y concluye que *“existen indicios de un sufrimiento severo de la menor derivada de la relación con el padre”*. Por último, recomienda un estudio protocolizado de credibilidad de la niña, a raíz de lo cual, la madre, también costeándoselo de su bolsillo, encarga, en febrero de 2012, un informe pericial a un gabinete experto en psicología forense y abuso sexual infantil para conocer el grado de credibilidad del relato de la niña. Este informe atribuye al testimonio de la niña un elevado grado de credibilidad y observa indicadores de abuso sexual y maltrato.

Estos informes son enviados al juzgado de familia, que reacciona afirmando que no aportan ninguna novedad y, en marzo de 2012, dicta un nuevo auto rechazando la tercera solicitud de medidas cautelares para la niña. Esta resolución ha sido recurrida en apelación. La Audiencia provincial ha fechado la vista oral previa a la resolución del recurso para mayo de 2013.

En la semana en la que Save the Children entrevistó a la madre y procedió a documentar el caso (mayo de 2012), ésta recibía la noticia de la inadmisión a trámite por parte del Tribunal Constitucional del recurso de amparo que presentó contra el auto del juzgado de familia, sobre ejecución del régimen de visitas pedido por el padre, que inadmitía varias pruebas importantes propuestas que aportaban indicios fundamentales sobre los abusos sexuales.

Actualmente, a instancias del juzgado de familia, Almudena, su madre y su padre, están siendo valorados por el Centro de Atención a la Infancia del municipio en el que residen.

En la entrevista con Save the Children la madre de Almudena expresaba una gran preocupación por la incierta situación en la que se encuentra la niña que, diagnosticada de “estrés postraumático” por la psicóloga que la trata, precisa una estabilidad y una protección básica para su recuperación. Almudena, tras confiar a su madre los abusos sexuales sufridos, le pide a menudo que no vuelva a desprotegerla, y que no la lleve con su padre. Sin embargo, actualmente, las resoluciones del juzgado de familia que obligan a la madre a reanudar las visitas, encuentran como único freno el recurso de apelación presentado y el hecho de que el sobreseimiento provisional aún no sea firme.



POR SOLIDARIDAD
OTROS FINES DE INTERÉS SOCIAL

MADRID

Plaza Puerto Rubio, 28
28053 Madrid
T: 91 513 05 00
F: 91 552 32 72

ANDALUCÍA

C/ Miguel Cid, 42
41002 Sevilla
T: 954 21 96 43
F: 91 552 32 72

C/ Boabdil, 1 - 1º B
18001 Granada
T: 958 22 57 25
F: 91 552 32 72

CATALUÑA

C/ Aragó, 386
08009 Barcelona
T: 93 310 52 00
F: 91 552 32 72

COMUNIDAD VALENCIANA

Avenida del Puerto, 267 - Puerta 7
46011 Valencia
T: 96 395 09 31
F: 91 552 32 72

EUSKADI

C/ Manuel Iradier, 22 - Entreplanta - Of. 1
01005 Vitoria-Gasteiz
T: 945 13 43 68
F: 91 552 32 72



www.savethechildren.es