

ABUSO SEXUAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

INDICE

CAPÍTULO I

1.1 DEFINICIONES INTERNACIONALES

1.2 LOS DERECHOS DEL NIÑO EN RELACION CON EL PROCESO LEGAL

CAPÍTULO II

RESUMEN DE LOS PROBLEMAS (VER INFORME SOBRE SAN MARTIN) DE LA VÍCTIMACIÓN SECUNDARIA POR EL PROCESO LEGAL Y RECOMENDACIONES

CAPÍTULO III

RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS

1) LA INVESTIGACION POLICIAL

2) MEDICOS LEGISTAS Y FORENSES

FISCALES

4) MAGISTRADOS Y JUECES

5) ESTRATEGIAS MODELO Y MEDIDAS PRACTICAS

6) EQUIPOS MULTIDISCIPLINARIOS

7) ESQUEMAS DE PROTECCIÓN DE TESTIGOS Y EL ROL DE LAS ONG

BIBLIOGRAFIA

CAPÍTULO I

1) DEFINICIONES INTERNACIONALES

La Convención sobre los Derechos del Niño define un niño como “*todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*”¹

De esta manera, una persona será considerada un niño hasta la edad de 18 años, a menos que él o ella se convierta en adulto legal antes, de acuerdo a la ley nacional. En el Perú la mayoría de edad se alcanza a los 18 años. Sin embargo la subcategoría de “adolescente” debe tenerse en cuenta. La definición de “adolescente” puede variar de cultura en cultura, pero se considera adolescentes a las personas entre 10 y 18 años de edad².

Mientras que la normativa internacional no hace una clara distinción entre niños y adolescentes, en la legislación nacional se refleja una obvia distinción en la separación de la ley y las sanciones con respecto a los crímenes sexuales contra niños y adolescentes y también frente al tratamiento que reciben del sistema legal.

Aquí parece existir una extendida creencia en el campo judicial por la cual, mientras menores sean los niños, más grande es la posibilidad de que el niño o la niña haya sido corrompido. En contraste, se piensa que mientras mayor sea la niña, mayor es la posibilidad de que haya participado a voluntad o actuado como agente provocador. Sin embargo, la evidencia proveniente de la investigación clínica no apoya verdaderamente este enfoque. Las niñas mayores, con mayor conciencia del significado de una relación incestuosa, por ejemplo, pueden sufrir emocionalmente tanto como los niños menores. También se muestra que mientras más cercana es la relación entre la víctima y el perpetrador, más graves son las consecuencias.

¹ Parte I, Artículo 1, Convención Sobre Los Derechos de Niño

² Sexual and Gender-Based Violence, UNHCR

Frecuentemente sólo existe la posibilidad de sanciones más fuertes cuando la víctima es un niño pequeño.

Nosotros sostenemos aquí que los crímenes sexuales contra los niños y adolescentes deberían ambos ser considerados con la misma seriedad y tratados de acuerdo a esto.

La Convención de los Derechos del Niño define el abuso sexual en términos muy generales. Es necesario buscar en suplementarias organizaciones internacionales para obtener definiciones más precisas y operativas. De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud el abuso sexual de los niños es:

“involucrar a un niño en una actividad sexual que el o ella no comprenden enteramente, sobre la cual es incapaz de dar un consentimiento informado, o para la cual el niño o niña no está preparado y no puede dar consentimiento, o que viola las leyes o tabúes sociales. El abuso sexual de los niños se evidencia por esta actividad entre un niño y un adulto o con otro niño quien por su edad o desarrollo tiene una relación de responsabilidad, confianza o poder. Actividad que intenta gratificar o dar satisfacción a las necesidades de otra persona. Esto puede incluir pero no se limita a: inducir u obligar a un niño en una actividad sexual ilegal, el uso de un niño con fines de explotación en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales, el uso de un niño con fines de explotación en espectáculos y materiales pornográficos.”³

Semejante conducta cae bajo la categoría de abuso general o maltrato

“resultando en daño actual o potencial a la salud, supervivencia, desarrollo o dignidad del niño en el contexto o relación o responsabilidad, confianza o poder.”⁴

“Actividad Sexual” es un término muy general. El tradicional énfasis en la penetración vaginal o anal ha sido restrictivo y de poca ayuda, así como estrecho, tal como se muestra

³ Defining Child Maltreatment, Organización Mundial de la Salud

⁴ *ibid*

en el rasgo predominante de las investigaciones sobre la penetración como evidencia del abuso sexual de los niños. De acuerdo a agencias nacionales e internacionales y grupos profesionales que tratan el abuso sexual de los niños, éste puede incluir una amplia variedad de actos sexuales que incluyen lenguaje sexual, exposición de partes sexuales o exposición a actos sexuales, voyeurismo, contactos sexuales entre un niño y otra persona en los cuales la amenaza, el soborno u otros trucos son utilizados para lograr que el niño participe en la actividad, cualquier actividad coercitiva o forzada que involucre a un niño, pornografía de niños y alentar o promover la prostitución de niños.

El contacto sexual entre un niño y otro individuo es considerado como abusivo si la otra persona (el ofensor) se encuentra en una posición de autoridad, o es mucho mayor o más maduro o utiliza la fuerza, coerción, manipulación o utiliza engaños para inducir al niño a participar de esa conducta.

La Alta Misión para Refugiados de las Naciones Unidas define el abuso sexual de niños como *“cualquier acto donde un niño es utilizado para gratificación sexual. Cualquier interacción / relación sexual con un niño.”* Esta puede ser perpetrada por *“alguien de confianza del niño, incluyendo padres, hermano, un miembro de la familia extendida, amigo o extraño, profesor, persona adulta, protector o cualquiera que lo tenga bajo su cuidado, cualquiera en posición de poder, autoridad y control sobre el niño”⁵.*

Lo que es propiamente claro de estas definiciones es el énfasis en las relaciones de poder...el abuso de poder es el contexto primario para el abuso sexual de un niño. *“abuso es el mal uso del poder, a través del cual el perpetrador toma control o ventaja del abusado, usando y causando daño físico o psicológico, o a través del miedo a que se produzca ese daño. El abuso impide a las personas tomar decisiones libres y las fuerza a comportarse contra su voluntad”⁶.*

El preámbulo a la primera consulta pública del Buró Internacional del Tribunal para los Derechos del Niño en abuso sexual, enfatizó la vulnerabilidad y la carencia de poder de los

⁵ p16, “Sexual Violence: Types of Sexual and Gender Based Violence”, Capítulo 1, Sexual and Gender-Based Violence against Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons, UNHCR

⁶ ibid

niños como grupo, comparado con los adultos⁷. Se buscó en las estructuras de género, clase, raza que conducen a las inequidades sexuales y a la mayor vulnerabilidad de ciertos grupos de niños.

El abuso sexual no conoce límites de clase social, raza o género, pero las condiciones de pobreza y desintegración social, de desempleo y violencia doméstica hacen a los niños más susceptibles de ser objeto del abuso.

Hay similitudes entre el discurso feminista sobre violencia sexual contra las mujeres y contra los niños, así como sobre la posición de los niños y las mujeres en la sociedad. Una perspectiva de los niños como objeto, no como individuos, existe en todo el mundo que ignora los derechos de los niños.

Tampoco es que solo la perspectiva feminista considere el abuso sexual, ya sea contra mujeres y niños, como un acto de violencia perpetrado por los más fuertes contra los miembros más débiles de la sociedad,

“Los abusos sexuales son actos de violencia contra niños y adolescentes porque constituyen transgresiones contra los derechos humanos y la libertad sexual. En estos casos la sexualidad no es sólo un medio de reproducción humana o placer con relaciones bilaterales y legítimas. Por el contrario esto se manifiesta en sí mismo como un instrumento de perversión, compulsión y cohesión, por lo tanto ilegal y es un acto contra la dignidad⁸”

Sin minimizar la experiencia de muchos varones víctimas de abuso sexual contra los niños, se reconoce que la mayoría de víctimas son niñas. Es por lo tanto importante considerar las implicaciones de lo previsto en la Convención de Belén Do Para, la cual considera los temas de abuso sexual tanto para mujeres y niñas. La Convención se aplica a todas las

⁷ Buró Internacional para los Derechos de los Niños

⁸ Barbosa, Helen, ECPAT “Family Perspective: Social and Economic Origins, Causes and Prevention and Care in Brazil”

mujeres sin consideración de edad, y el Artículo 9 declara que los Estados Partes dan una consideración especial a la vulnerabilidad de mujeres “menores de edad” que son objeto de violencia. El preámbulo declara que *“la violencia contra la mujer es una ofensa contra la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres.”*

El Artículo 1° define la violencia contra las mujeres como *“cualquier conducta, basada en el género, que causa muerte o daño físico, sexual o psicológico, o sufrimiento a la mujer sea en la esfera pública o privada.”* El Artículo 2° clarifica adicionalmente que la violencia contra la mujer incluye violencia sexual:

(a) que ocurra dentro de la familia o unidad doméstica o al interior de cualquier otra relación interpersonal...incluyendo, entre otras, violación, golpizas y abuso sexual.

(b) que ocurra en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona, incluyendo, entre otros, violación, abuso sexual...”

(c) que sea perpetrada o permitida por el Estado o sus agentes sin consideración de donde ocurra.”

La **UNHCR** y las agencias ejecutoras han expandido esta definición para incluir específicamente “abuso sexual de niños” en la sección (a) y han agregado que la *“violencia sexual, incluyendo...abuso se refiere a cualquier acto, intento o amenaza de naturaleza sexual que resulte, o es probable que resulte en daño físico, psicológico o emocional”*⁹.

La violencia sexual es vista de una forma de violencia basada en el género y, nuevamente, el abuso de poder como un componente clave, es enfatizado:

*“La violencia sexual y basada en el género está largamente enraizada en relaciones de poder desiguales. Esto perpetúa y permite la violencia al interior de la familia, la comunidad y el Estado”*¹⁰.

⁹ Sexual Violence: Types of Sexual and Gender- Based Violence”, Chapter 1, Sexual and Gender-Based Violence against Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons, UNHCR

¹⁰ ibid

El abuso sexual ocurre frecuentemente en la casa y es visto como una forma de violencia doméstica. Una escuela de pensamiento argumenta que la violencia doméstica constituye tortura o crueldad, un tratamiento degradante e inhumano, o un castigo bajo el Convenio Internacional sobre Los Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Degradantes, Inhumanos y Crueles. Esto depende de la severidad de la violencia y las circunstancias dadas que puedan generar responsabilidad estatal. Se ha señalado que esto involucra los cuatro elementos que constituyen la tortura:

- (a) El causar dolor severo, ya sea mental o físico
- (b) Que sea intencionalmente inflingida
- (c) Para propósitos específicos y
- (d) que incluya alguna forma de participación oficial, ya sea activa o pasiva.

Los partidarios de este argumento señalan que la violencia doméstica sea tratada como una forma de tortura, y cuando es menos severa, como enfermedad. Se deriva de lo dicho que el abuso sexual de los niños y adolescentes en el ámbito doméstico, estando incluido en la categoría de violencia doméstica, podría ser considerado una forma de tortura. Si el Estado es percibido en falta, en su labor de proteger al niño en este ámbito, al condonar tácitamente la conducta, al mantener un sistema legal y administrativo que perpetúa la impunidad y fracasa en su intervención, podría ser considerado responsable¹¹.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 define la violación” y *cualquier otra forma de violencia sexual de comparable gravedad como un crimen contra la humanidad*¹²”. La Resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas enfatiza la responsabilidad de los Estados para terminar con la impunidad de los crímenes contra la humanidad, incluyendo la violencia sexual y otras formas de violencia contra mujeres y niñas.

¹¹ Combating Domestic Violence: Obligations of the State, Radica Coomaraswamy, UN Special Rapporteur on Violence against Women

¹² Estatuto de Roma del la Corte Penal Internacional 1998

2) LOS DERECHOS DEL NIÑO EN RELACION CON EL PROCESO LEGAL

La violencia sexual y basada en el género tiene un efecto devastador en el desarrollo de la salud mental y física de los niños y adolescentes. Esto a menudo conduce a la existencia de adultos vulnerables o afectados que pueden a su vez crear patrones familiares disfuncionales. Las mujeres que han sufrido abuso cuando niñas pueden fracasar en protegerse a sí mismas y a sus propios niños frente a nuevos abusos sexuales, mientras los hombres pueden convertirse en abusadores sexuales.

Los niños que han sido abusados sexualmente pueden convertirse en sexualmente promiscuos como adolescentes y adultos en tanto su sexualidad e imagen corporal ha sido distorsionada por el abuso que han sufrido. Esto también impactó en otras áreas criminales y en la sociedad. No es coincidencia que la mayoría de las prostitutas haya sido abusada sexualmente cuando niñas por un miembro de la unidad familiar.

La violencia doméstica en la casa y el abuso sexual de niños están a menudo ligados. Esto es negativo para el desarrollo y fortalecimiento de la sociedad, y sus consecuencias deben ser entendidas por la policía y por todos aquellos involucrados en el proceso judicial. La Convención Interamericana enfatiza la igualdad de derechos de todos y la importancia de la protección estatal hacia los niños. El preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño menciona la Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño de 1924 y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 apoya estos derechos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama que la niñez está sujeta al cuidado y asistencia especial, como señalan los artículos 23 y 24 del Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos y el artículo 10 del Convenio Internacional Sobre Derechos Culturales, Sociales y Económicos.

La Declaración de los Derechos del Niño declara *“que el niño dada su inmadurez física y mental necesita protección y cuidado especial, incluyendo adecuada protección legal”*. Los conceptos más importantes que introduce la Convención de los Derechos del Niño se relacionan con el valor del respeto a la inherente dignidad del niño. Cada

niño es un significativo y valioso miembro de la sociedad y merece ser tratado con respeto y dignidad¹³. Y deben ser tomadas todas las acciones que tomen en cuenta “los mejores intereses del niño¹⁴” como consideración primordial.

La Convención de Belén Do Para señala que los derechos de la mujer, entre otros, incluyen “*el derecho a que su integridad moral, mental y física sea respetada*” y “*el derecho a que su inherente dignidad de persona sea respetada...*”¹⁵”

Se señala asimismo el derecho a la igualdad en la protección ante la ley y “*el derecho para accionar de manera simple y rápida antes las cortes competentes para la protección contra los actos que violen sus derechos*”¹⁶.

Bajo la Convención de los Derechos del Niño, el niño tiene derecho a la igualdad frente a la ley¹⁷ y el derecho a la protección frente al proceso legal¹⁸ y al Estado y el derecho a la seguridad frente al abuso emocional, mental, psicológico y físico¹⁹.

Adicionalmente, los niños y las niñas tienen derecho a la información, el derecho a participar en el proceso legal, a expresar sus concepciones y opiniones y contribuir en las decisiones que afectan sus propias vidas, incluyendo aquellas tomadas en el proceso judicial²⁰. Se colige entonces que el niño tiene también el derecho a ser tratado como un testigo capaz. También el niño tiene el derecho a un desarrollo armonioso y a un estándar de vida adecuado a su crecimiento físico, mental, espiritual, moral y social²¹.

En los casos en que un niño ha sufrido traumas deben tomarse todas las medidas para volver a un desarrollo normal. El concepto de la responsabilidad del Estado se ha desarrollado para reconocer que los estados tienen una obligación de tomar acciones

¹³ Preámbulo, Convención Sobre Los Derechos de Niño

¹⁴ Artículo 3(1) *ibid*

¹⁵ Artículo 4, Convención de Belem do Para

¹⁶ *ibid*

¹⁷ Preámbulo, Artículo 2, Convención de los Derechos del Niño

¹⁸ *ibid*

¹⁹ Artículo 19, *ibid*

²⁰ Artículo 12, *ibid*

²¹ Artículo 6, *ibid*

preventivas y punitivas cuando las violaciones de derechos son perpetradas por actores privados en la familia o en la comunidad.

Si se puede mostrar que la administración del sistema judicial y la exigibilidad de la ley discriminan a los niños víctimas de abuso sexual, que son niñas en su mayoría, entonces el Estado puede ser responsable de violar los estándares internacionales de derechos humanos sobre la igualdad. La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las mujeres requiere que todos los Estados Partes; *“sigan por todos los medios apropiados y sin demora una política para eliminar la discriminación contra las mujeres”*²² la que incluye la tarea de *“tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo las legislativas, para modificar o abolir leyes existentes, regulación o costumbres y prácticas que continúen con la discriminación contra las mujeres.”*²³

El artículo 7° de la Convención Belem Do Para confiere el derecho para definir al Estado como responsable y buscar un remedio si éste falla en sus tareas.

El artículo 19° de la Convención de los Derechos del Niño enfatiza que es responsabilidad del Estado proteger al niño de todas las formas de abuso:

“ Los Estados Partes deberán tomar medidas apropiadas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para proteger al niño de todas las formas de violencia física o mental, lesiones o abuso, negación o tratamiento negligente, maltrato o cualquier forma de explotación, incluyendo abuso sexual, mientras los niños se encuentran bajo el cuidado de los padres, tutores o cualquier otra persona.”

El artículo 34° de la Convención de los Derechos del Niño señala:

“Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular,

²² Convención Sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra las Mujeres

²³ Artículo 2, ibid

todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;*
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;*
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.”*

El Capítulo III, Artículo 7° de la Convención Belén do Para señala que:

“Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;*
- c) incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;*

e) establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios par asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y

g) adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esa Convención.”

Este concepto de “debida diligencia” es una doctrina importante ya que establece que el estado tiene una responsabilidad de ejercitar la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar las violaciones a la ley internacional y pagar una justa compensación.

Este concepto puede ser apreciado en el proceso de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el caso *Velásquez Rodríguez*, en el cual la Corte solicitó al gobierno que;

“tome las acciones necesarias para prevenir las violaciones de los derechos humanos y el uso de los medios a su disposición para llevar a cabo una investigación seria de las violaciones cometidas en dentro de su jurisdicción, para identificar a aquellos responsables, para imponer las penas y asegurar a las víctimas una adecuada compensación²⁴.”

Por lo tanto, el hecho de que existan leyes que penalizan y prevén sanciones para el abuso sexual de los niños no es en sí mismo suficiente, el gobierno debe efectivamente asegurar que tales incidentes sean verdaderamente investigados y penalizados. Esto es particularmente relevante para el Perú que ha ratificado todos los instrumentos necesarios pero que en muchos casos el abuso sexual de niños queda sin sanción penal.

²⁴ Párrafo 174, Velásquez Rodríguez Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1988

CAPÍTULO II

RESUMEN DE LOS PROBLEMAS (VER INFORME SOBRE SAN MARTIN) **DE LA VÍCTIMACIÓN SECUNDARIA POR EL PROCESO LEGAL Y** **RECOMENDACIONES**

De la revisión de 30 procesos penales por el Delito Contra la Libertad Sexual en su modalidad de Violación Sexual de Menores de Edad, en la localidad de Moyobamba, se ha logrado identificar serias deficiencias en la tramitación de los mismos, tanto en el ámbito policial como judicial²⁵

Se observa en los procesos, que la etapa de la investigación policial para este tipo de delitos es sumamente breve, lo que no garantiza un adecuado recojo de elementos indiciarios que podrían ser insuficientes para que el Ministerio Público formule denuncia²⁶ y asimismo, para que el Juez pueda abrir instrucción²⁷.

En otros casos, si bien la investigación policial se extendió a casi un mes, las pruebas que se acompañaron al atestado siguen siendo las mismas. Es decir, un mayor número

²⁵ Estos procesos corresponden a Procesos en Ejecución de Sentencia en los dos Juzgados Especializados en lo Penal de Moyabamba, Procesos en Reserva en la Sala Mixta, Procesos ya fenecidos que se encuentran en el Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de San Martín, y los procesos penales en los que la Asociación Paz y Esperanza ha intervenido.

²⁶ A pesar que 25 casos fueron investigados por la policía en menos de 10 días, se observa que de éstos, 13 se investigaron en un solo día.

²⁷ Generalmente los atestados van acompañados solamente de la declaración de los menores agraviados, del presunto responsable y del examen médico legal.

de días que toma la policía para realizar la investigación de una denuncia por violación sexual a menores de edad, tampoco estaría garantizando una eficiente y efectiva investigación preliminar, lo que también estaría revelando es una insuficiente preparación o capacitación técnica especializada en la institución policial para llevar a cabo una delicada e importante tarea como ésta.

En lo referente a las pruebas que, como ya se dijo, de manera insuficiente recaba la policía durante la investigación del delito, también se cometen irregularidades en el recojo de éstas. Por ejemplo, las preguntas realizadas a los menores agraviados son impertinentes e inoportunas, distorsionándose así el objeto de la investigación. Así tenemos que entre las interrogantes formuladas están las que buscan indagar sobre la experiencia sexual de la víctima, pregunta que creemos atenta contra su integridad moral y psicológica, y que además la revictimiza.

El Fiscal de Familia en el ámbito policial carece de un rol más protagónico. El Fiscal debiera garantizar que toda investigación policial en este tipo de casos que venimos analizando, contenga un examen psicológico del menor agraviado, sin embargo, se observa que en la mayoría de los casos no existe esta evaluación, documento que resulta importante para determinar el grado de afectación real que ha sufrido la víctima y así adoptarse los mecanismos necesarios para una adecuada protección.

Otra deficiencia que se observa en la actuación del Fiscal está al momento en que éste participa de la declaración escrita del menor agraviado. Se suelen formular preguntas innecesarias e impertinentes que el Fiscal no cuestiona o se opone. Asimismo, existen declaraciones en las que a pesar que aparece consignada la presencia del Fiscal, genera serias dudas sobre la real presencia de éste por el tipo de preguntas que se formulan al menor agraviado, o donde el Fiscal si bien aparece firmando la declaración, no formula pregunta alguna que contribuya al esclarecimiento de los hechos.

Otra falencia, de estos procesos es que muchas veces la declaración de los menores agraviados fue tomada sin presencia de un abogado defensor. Asimismo, en otros casos

tampoco estuvo presente al menos un familiar que acompañe al menor al momento de la declaración. Esto revela la falta de garantías para una debida investigación, incumplimiento de la ley, y el recorte al derecho de defensa.

También debemos notar que el sólo acompañamiento de un familiar al momento que el menor agraviado brinda su declaración sin contarse para ello con presencia o asesoría de un abogado defensor, no resulta debida garantía para una eficiente investigación. Por ello tanto jueces y fiscales coinciden en afirmar que es necesaria la presencia del abogado defensor para el menor agraviado durante la investigación policial.

Es importante tener en cuenta que además de garantizarse la presencia de un abogado en la declaración tanto del menor agraviado como del investigado, resulta necesaria la real presencia del Representante del Ministerio Público a fin de que las diligencias realizadas tengan el debido valor probatorio.

No se trata sólo del fracaso del gobierno peruano en llevar a cabo sus labores básicas en la protección de los niños y administrar justicia para las víctimas de abuso sexual sino que el sistema legal agrega desventajas y produce daño en las víctimas de abuso sexual.

De la investigación llevada a cabo se desprende que las prácticas al interior del sistema legal contribuyen a generar daño en el menor agraviado.

La victimización secundaria se refiere a la victimización que ocurre no como efecto directo del acto criminal, sino a partir de la respuesta de las instituciones e individuos frente a la víctima. La victimización secundaria e institucional es más obvia dentro del sistema de justicia penal. Otras instancias que entran en contacto con la víctima pueden causar victimización secundaria, degradando y dañando a la víctima en su dignidad.

Las técnicas intrusivas de investigación de la policía y las actitudes impertinentes e insensibles, así como el tratamiento impropio de la víctima por parte de los médicos

legistas deben ser afrontados. Actitudes intimidantes, ofensivas, opresivas y el interrogatorio repetitivo de los abogados durante el proceso legal debe modificarse.

Aquellos responsables por el orden del proceso de la justicia penal y sus procedimientos deben revisarlos y tomar en consideración la perspectiva de los niños víctimas, actuando en el mejor interés de ellos en todo momento y permitir el ejercicio de sus derechos y el respeto de su dignidad.

La esencia del abuso de poder es que es cometido por aquellos de los cuales se espera una labor de protección. Las cortes se convierten en el contexto en el cual sufre abuso adicional en el caso de mujeres víctimas que encuentran prejuicios adicionales e intimidación. Por ejemplo, los intentos de dañar la credibilidad de la testigo a través del cuestionamiento a su historia sexual (implicando que si ella es sexualmente activa es más probable que haya consentido el alegado abuso sexual) deben ser erradicados. Semejante actitud no toma en consideración el horror que significa el abuso sexual y el hecho de que éste es un acto de violencia con efectos devastadores en la víctima. Muchas sobrevivientes del abuso sexual manifiestan que el proceso fue peor que la violación o el asalto sexual lo que indica cuán traumático puede ser el proceso para las víctimas y como ellas deben ser protegidas de actitudes y prácticas dañosas.

El caso de una niña que fue obligada a someterse a cuatro exámenes médicos contra su voluntad, por orden del juez titular, demuestra de una manera chocante que la niña víctima puede ser violada nuevamente por el proceso judicial.

El artículo 39° de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala que los Estados Partes *“deberán tomar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social del niño víctima de...cualquier forma de negligencia, explotación o abuso; tortura o cualquier otra forma de trato cruel, inhumano o degradante. Esta recuperación y reintegración deberá producirse en un entorno que fomente la salud, la autoestima y la dignidad del niño.”*

El trato hacia el niño por parte del sistema legal, desde la investigación inicial hasta el juicio, en la mayoría de casos viola todos los derechos del niño conferidos por la legislación internacional y se encuentra en fuerte conflicto con la promoción de una recuperación física y psicológica.

Si la justicia es percibida como parte de este proceso de recuperación entonces es ilógico que el proceso judicial continúe degradando y dañando a la víctima e impida su recuperación, al inflingir traumas adicionales que son innecesarios y completamente evitables.

Semejante trato impide que los niños y sus familias reporten delitos sexuales, bajo el sentimiento probable de que existe suficiente sufrimiento, o que el niño o niña no serán tomados en serio. Se requiere de sanciones a la policía o al staff medico por las infracciones y el fracaso para llevar a cabo sus labores de acuerdo con las directivas y la ley, y con la debida diligencia.

Debería crearse una legislación que proteja a los testigos vulnerables, en la cual los niños son considerados automáticamente testigos vulnerables. El Buró Internacional recomendó que *“las cortes deben ser severas con los individuos que abusan de su poder (incluyendo jueces y oficiales de policía) humillando, insultando y en otras circunstancias desacreditando el testimonio del demandante en materia de abuso sexual²⁸.”* Así como una mayor protección debe ofrecerse a los testigos y víctimas.

La creación de una Carta del Testigo y la Víctima²⁹ es una manera de poner en claro los derechos de una víctima entre los profesionales del derecho y los encargados de exigir el cumplimiento de la ley y asegurar que las víctimas y sus familias sean informadas de sus derechos y que ellos tienen el derecho a recurrir (apelar) cuando esos derechos son violados.

²⁸ Buró Internacional para del Derechos de los Niños

²⁹ “Justice for Child Victims and Witnesses of Crime: Guidelines for implementation”, Buró Internacional para los Derechos del Niño

Para cambiar las actitudes negativas que perpetúan la injusticia y dañan las prácticas al interior del sistema legal, todos los profesionales que tratan con niños víctimas de abuso sexual desde la policía hasta los médicos legistas, fiscales, magistrados y jueces deber recibir entrenamiento en las siguientes áreas:

1. La comprensión el impacto, consecuencias y trauma que producen los delitos contra los niños
2. Medidas especiales y técnicas para asistir al niño víctima o testigo en el sistema de justicia penal.
3. Técnicas de entrevistado y otras que minimicen cualquier trauma al niño mientras que maximizan la cantidad y calidad de la información del niño
4. La mejor forma de presentar la evidencia y llevar a cabo el interrogatorio a un niño testigo, así como el aprendizaje de las habilidades de comunicación apropiadas
5. Incesto
6. Violencia doméstica
7. El impacto psicológico del abuso sexual en un niño y cómo esto puede afectarlos durante los interrogatorios y la entrega de evidencias.
8. El impacto dañino en los niños de las demoras en el proceso legal.
9. Temas de género
10. Prejuicios y conceptos erróneos acerca de la sexualidad de los niños
11. Sensibilidad cultural y temas de interculturalidad
12. Instrumentos de derechos humanos relevantes para los derechos de los niños
13. Guías y practicas profesionales que sean relevantes

(Esta lista no es exhaustiva)

El artículo 8 de la Convención de Belén Do Para señala que *“Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:*

Fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del

personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer, el gobierno con la asistencia de ONG's necesita desarrollar una clara estrategia para tratar con el abuso sexual de los niños. La formación de un Comité Interministerial para supervisar la cooperación intersectorial en los niveles nacionales y provinciales es necesario y debe instruirse a las regiones para priorizar la implementación de dicha estrategia. Convenios y Protocolos intersectoriales deberán incorporarse a la legislación e incrementar la responsabilidad de las regiones.

- (a) El proceso legal deberá contar con un sistema de vía rápida para los casos que involucren niños para darles prioridad en la programación de los juzgados, la investigación policial, y la preparación de los casos debería finalizarse en un tiempo definido. El derecho automático de un niño que es víctima a representación legal gratuita en casos civiles es vital. No puede haber igualdad ante la ley cuando a las víctimas se les niega el acceso a un defensor de oficio debido a falta de fondos.*
- (b) Ayuda financiera para las víctimas y sus familias para trasladarse a los juicios y cualquier gasto relacionado con el proceso debería ser considerado.*
- (c) El Tribunal Internacional para los Niños recomienda una política de seguridad social, con especial ayuda para las personas que son víctimas de abuso sexual, a través de la prevención especializada y servicios de protección. En los casos donde el padre es el abusador y es necesario reubicarlo en relación a la familia, un sistema de servicio social deberá establecerse para proveer compensación auxiliar a la esposa y los niños, respetando así el derecho del niño a una vida familiar.*
- (d) Un período definido para finalizar e implementar tanto las Directivas Guía y las recomendaciones deberían establecerse para asegurar que se lleven a cabo.”*

CAPÍTULO III

RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS:

1) LA INVESTIGACION POLICIAL

El conocimiento de abuso sexual de niños debe ser siempre tomado seriamente e investigado a cabalidad. Los reclamos al respecto deben recibir atención inmediata y todo esfuerzo necesario debe llevarse a cabo para entrevistar a los testigos e identificar al presumible ofensor. La evidencia debe ser cuidadosamente reunida y protegida para evitar contaminación o pérdida. Por ejemplo, la evidencia médica forense debe ser almacenada cuidadosamente junto con las fotos y otras pruebas y todas las entrevistas recogidas tanto por escrito y preferiblemente en cintas de audio. El uso inmediato de la prueba de ADN debería ser promovida para facilitar la persecución legal en caso de violación.

Un número suficiente de policías se necesita para investigar y recoger evidencia. La policía debe asegurar su cooperación con la fiscalía a lo largo de la investigación y el proceso judicial. Ellos también deben cooperar con otros grupos que estén asistiendo en la protección del niño. Las entrevistas con la víctima deben ser conducidas por un oficial que haya recibido entrenamiento en la tarea de tratar con jóvenes víctimas de abuso sexual. Si es posible, una mujer entrenada en estos menesteres debería estar disponible para víctimas femeninas, para facilitar la divulgación de detalles íntimos. Las entrevistas deberían ser grabadas en video o por lo menos en casetes de audio desde el inicio. Esto produce un recuento exacto y da también claves no

verbales. Proyectos pilotos con la policía utilizando un solo entrevistador y un video tape debería iniciarse.

Debería ser entendido por la policía que entrevistas reiteradas refuerzan el trauma del abuso, por lo que esto debe ser balanceado con la comprensión que la entrega de información sobre el abuso es un proceso complejo y puede tomar muchas sesiones con el niño. La continuidad del mismo oficial en el caso mejora la calidad de la evidencia por lo que el oficial debería trabajar en conjunto con la familia cuando sea apropiado.

Un procedimiento estandarizado de entrevista y la definición de protocolos que respeten los derechos humanos deberían establecerse tanto para las entrevistas y los procedimientos de investigación en casos de delitos sexuales.

Las entrevistas deben llevarse a cabo en ambientes informales, preferiblemente en una sala que tenga sus propias facilidades médicas o que esté al menos cerca del hospital. Este tipo de salas existe en varios países y tienen un ambiente amable con los niños, cuando se trata de entrevistas que van a ser grabadas en video a niños testigos y víctimas, alejados de un ambiente de tipo policial. Dichas salas están a menudo ubicadas dentro de zonas residenciales y están confortablemente amobladas. Los niños se pueden relajar y tener a su disposición juguetes, libros o televisión antes de la entrevista. Están equipadas con equipos de grabación de video y facilidades para los exámenes médicos para el trabajo forense con las víctimas de abuso a niños.

Mientras se entrevista niños que pueden haber sufrido de abuso sexual, el policía a cargo de la entrevista deberá tener en cuenta que el interrogatorio deberá ser conducido de tal manera que no contribuya a un trauma emocional de la víctima. Las personas jóvenes son capaces de proveer información exacta y útil, pero entrevistas pobremente manejadas pueden hacer difícil, sino imposible, la obtención de información y averiguar qué ocurrió, si acaso.

El objetivo de la entrevista es obtener información no contaminada. El primer tema no es si el niño está mintiendo o no. La entrevista debería ser conducida en una habitación confortable. El niño no debe ser entrevistado en presencia de miembros de la familia a menos que sea muy pequeño y distraído y pida la presencia de un miembro de la familia que se encuentre allí (no el sospechoso de abuso.) Un tono neutral y amistoso debería utilizarse durante la entrevista y debería evitarse presión o coerción para que se ofrezca una respuesta deseada. El oficial a cargo de la entrevista debería permanecer calmado y no mostrar irritación. El entrevistador debe empezar por establecer una relación con la joven víctima, tomando conocimiento de su nivel de desarrollo y capacidades y estableciendo sus expectativas con respecto a lo que puede ocurrir en la entrevista. Preguntas neutrales sobre la edad, la escuela y amigos deberían hacerse antes de discutir los eventos alrededor del abuso alegado. El niño debería ser informado desde el inicio que es aceptable responder a cualquier pregunta con un “no sé”. La meta es alentar al niño/adolescente a ofrecer una narración y un recuento libres, realizando preguntas no dirigidas y de final abierto, por ejemplo “cuéntame sobre tu padre” para obtener información sobre el incidente. Preguntas de tipo “Sí o no” solo deben ser usadas para clarificar detalles. Frases que inviten a la respuesta deberían ser utilizadas para obtener más detalles, Ej. “Entonces qué pasó...” o “cuéntame todo lo que recuerdas sobre eso.” Esto puede tomar un tiempo largo para obtener información útil, pero la información obtenida probablemente esté menos contaminada. El oficial a cargo de la entrevista debe ser paciente e ir al ritmo de la víctima y no interrumpirla con preguntas. El oficial a cargo de la entrevista debe ser consciente de sus propios prejuicios acerca de lo ocurrido.

Finalmente preguntas reiterativas deben evitarse y el entrevistador debe saber cuando detener la entrevista y ser sensible a las necesidades de la víctima.

2) MEDICOS LEGISTAS Y FORENSES

Los profesionales que conducen los exámenes deberían estar específicamente entrenados para trabajar con niños y víctimas de abuso sexual.

El entrenamiento para enfermeras forenses debería ser tomado en cuenta para incrementar el grupo de trabajadores de la salud en esta área. Todos los esfuerzos deberían llevarse a cabo para ofrecerles a las mujeres víctimas la opción de ser atendidas y examinadas por doctoras, en la medida que se trata de niñas que han sido abusadas por hombres y que pueden sentir como traumático un examen llevado a cabo por un doctor. Debe evitarse a toda costa la retraumatización de la víctima. La opinión y dignidad del niño deberían ser respetadas en todo momento.

Los exámenes deberían ser tomados sólo con el consentimiento del niño. *“Nunca forzar, ejercer coacción, restricción o infundir temor a un niño que se resiste a pasar por un examen o una entrevista. La restricción, la fuerza, coerción y manipulación son parte a menudo del abuso sexual, y si es utilizado por aquellos que desean ayudar, solo se elevará la ansiedad y temor del niño, y empeorará el impacto psicológico del abuso³⁰.”*

Si un examen anal o genital es demasiado traumático para el niño, una limpieza externa puede llevarse a cabo. Nuevos exámenes deben ser evitados a cualquier costo.

Los médicos legistas deben seguir un protocolo durante el examen y deberían entender y entender los instrumentos básicos de derechos humanos y tener presente sus propias obligaciones profesionales para asegurar una conducta imparcial y profesional durante los exámenes y que los prejuicios propios no afecten su conducta.

³⁰ UNHCR guideline for interviewing child victims of sexual abuse

El staff medico debería probar y tomarse un tiempo para discutir los procedimientos con el niño antes de proceder a ellos. Para los niños menores esta puede ser la oportunidad para familiarizarse con el equipo que se va a utilizar. *“Además de crear un ambiente seguro y confiable, preparar al niño para el examen y alentar sus preguntas sobre cualquier preocupación que tenga o tema que el niño no entienda durante el examen”*³¹.

Deberían existir claras directivas y restricciones sobre el tipo de preguntas que le está permitido preguntar al doctor durante el examen. Tales preguntas deberían limitarse solo al evento ocurrido, esto es, “Quién, Qué. ¿Cuándo, Dónde?”. Cada intercambio de palabras entre el medico legista y el niño debería ser recogido por escrito y ser utilizado como evidencia policial. Especial cuidado deberá tenerse para evitar preguntas innecesarias e impertinentes que dañen la dignidad de la víctima, particularmente acerca de la historia sexual del niño. Tales profesionales también necesitan capacitación para el reconocimiento y alerta sobre síntomas ano genitales o conductuales que presente el niño durante el examen y que pueden ser indicios adicionales. La víctima debería tener derecho a un representante/ defensor que lo acompañe y el hospital debería propagar la existencia de tales servicios y proveer los números telefónicos de contacto donde sea necesario.

La evidencia médica incluyendo muestras de semen, fotografías o lesiones, y la documentación vinculada al trauma debería ser recogida y almacenada cuidadosamente, proceso que debe realizarse elevando los estándares actuales. Un “juego de herramientas” (kit) especialmente diseñado para el recojo de evidencia sobre abuso sexual en casos penales debería ser utilizado para mejorar la investigación policial. La cooperación con la policía es vital.

³¹ UNCHR guidelines for examining child victims of sexual abuse

3) FISCALES ³²

Los fiscales necesitan desempeñar un rol activo y supervisar el recojo de evidencia y monitorear el desarrollo del caso y trabajar en conjunto con la policía.

Los fiscales deben reconocer que los niños son particularmente vulnerables y por lo tanto debería hacer todo lo que esté en su poder para asegurar que las víctimas sean tratadas de una manera amable y sensible a lo largo del proceso administrativo y judicial, tomando en cuenta su edad, grado de madurez, y asegurando que ellos sean efectivamente protegidos.

Los fiscales deben asegurar que los derechos de todos los niños víctimas y los testigos sean respetados a través de cada una de las etapas del proceso, incluyendo:

1. El derecho a ser tratado con compasión y dignidad
2. El derecho a no ser discriminado sobre el supuesto de que es un niño, y
3. El derecho a ser tratado como un testigo capaz

Los fiscales deben asegurar que los derechos del defendido y el derecho a un juicio justo sean protegidos y respetados. Las consideraciones especiales que requieren los niños víctimas o testigos no disminuyen dichos derechos sino que mejorar el objetivo global de asegurar justicia.

Las tareas de manejo de casos y capacitación de fiscales deberían generar directivas para una mejor administración de casos que involucren niños víctimas y testigos. Al designar fiscales para este tipo de casos, el énfasis debería ponerse en:

³² Model Guidelines for the Effective Prosecution of Crimes Against Children, International Association of Prosecutors, Best Practice Series 2

La experiencia del fiscal con niños y la comprensión de las necesidades especiales de los niños.

En cualquier capacitación recibida por los fiscales debería hacerse un esfuerzo para establecer una continuidad en los casos de abuso sexual. Cuando es permitida en la jurisdicción, la continuidad supone asignar un fiscal en una etapa temprana quien permanece hasta el fin del caso. Los fiscales que ven casos que involucran niños como víctimas o testigos deberían recibir entrenamiento especializado para abordar estos casos, así como cursos regulares para refrescar estos contenidos y actualizaciones sobre los cambios en la ley los procedimientos.

Decisiones anteriores al juicio

En las decisiones anteriores al juicio donde los fiscales tienen criterio discrecional sobre si proseguir o no con la acusación, lo siguiente deberá ser considerado:

1. Los delitos contra los niños por su propia naturaleza deberían ser considerados como serios y, cuando exista suficiente evidencia, ser judicializados.
2. Cuando se considere cualquier alternativa a la judicialización del caso, los fiscales deberán proceder con cautela.
3. Los niños deberían ser considerados como capaces de narrar lo ocurrido y ser testigos creíbles.
4. Los fiscales deben considerar la protección del niño, incluyendo el riesgo de traumas adicionales y victimización.

Los fiscales deberán hacer una evaluación temprana sobre la capacidad del niño para ofrecer evidencia y apreciar el nivel desarrollo del niño. Esto puede suponer reuniones con el niño, revisión de los videos grabados y otra evidencia.

Los fiscales deben asegurar que todas las decisiones se hagan en la ocasión más temprana. Los niños deberían beneficiarse de la certidumbre. Cuando las víctimas o testigos puedan ser objeto de intimidación o amenaza, los fiscales deberán apuntar a la detención o condiciones apropiadas antes del juicio. Si el ofensor es un miembro de la familia se debería dar preferencia a la reubicación del sujeto antes que la del niño.

Los fiscales deberán llevar a cabo todos los esfuerzos para asegurarse que todo contacto entre el niño víctima y el ofensor sea evitado durante el proceso de investigación, persecución o juicio.

Preparación de los casos

Durante la preparación de los casos los fiscales deberían asegurar que los casos que involucren delitos contra niños tengan prioridad en la atención judicial y que innecesarias demoras sean evitadas en cada estadio del proceso.

Los fiscales deberían determinar cuando se requiere un experto o perito con respecto a la evidencia. Esto puede incluir no solo evidencia médica o psicológica o la referida a las dinámicas de la violencia hacia los niños o los efectos del abuso sexual de los niños.

Los fiscales deberían llevar a cabo todos los esfuerzos posibles para obtener un informe psicológico que establezca o verifique la evidencia producida por la víctima. En muchos casos que involucran delitos contra los niños, el testimonio de la víctima es vital y los fiscales deberían desarrollar técnicas que minoren el trauma de los niños y asegurar que el testimonio es confiable y de buena calidad a través de:

1. Evaluar la capacidad del niño para proporcionar evidencia
Apreciar la habilidad relevante del lenguaje y conceptual del niño

2. Entender las diferencias culturales, p.e. si el niño es quechua hablante y el impacto que esto puede tener en el testimonio.
3. Determinar si es necesario contar con un intérprete, los fiscales en conjunto con otras agencias relevantes, deberán asegurarse que los niños están preparados para asistir a un juzgado, familiarizándolos con el proceso penal y su rol dentro de éste. El fiscal debe asegurarse que los padres o tutores se mantienen informados acerca del progreso del procedimiento legal.

Procedimientos judiciales

Los fiscales deberían facilitar el desarrollo, disponibilidad y la utilización de procedimientos para colaborar con el testimonio del niño. Los fiscales deberían informarse de los procedimientos disponibles en su jurisdicción, consultar con el niño y ayudarlos a tomar una decisión informada sobre el uso de dichos procedimientos y solicitar a la corte con anticipación para que estos procedimientos se lleven a cabo en favor del niño durante el proceso judicial. Estos procedimientos pueden variar de una jurisdicción a otra, de acuerdo a la ley y costumbres y pueden incluir:

1. Permitir el uso de declaraciones del niño registradas en video como evidencia
2. El uso de circuito cerrado de televisión
3. Arreglos alternativos para la entrega de evidencia a través de pantallas y/o espacios protegidos
4. Permitir la presencia de una persona que apoye al niño o el abogado del niño, mientras éste entrega evidencia
5. Considerar el uso de un intermediario para asistir al niño testigo en la entrega de evidencia
6. Prohibir al demandado las repreguntas y el interrogatorio al niño en persona
7. Objetar el interrogatorio agresivo o impropio del niño por parte del abogado defensor del acusado o agresor
8. No permitir la presencia de público en el juzgado
9. Prohibición de la presencia de la prensa

10. Reducir la formalidad del salón del juzgado, como el uso de vestimentas formales.

Los fiscales acusadores buscarán sanciones correspondientes con la gravedad del delito y el daño causado y aconsejar a la corte, en los casos apropiados, de cualquier circunstancia agravante, lo que incluye si el caso involucra elementos de violación o abuso o si el acusado tenía una relación especial con el niño.

Se debe asegurar que la Corte tome en consideración la severidad del daño físico y psicológico experimentado por el niño. Esto puede incluir declaraciones orales o escritas sobre el impacto producido en la víctima.

La seguridad y el bienestar del niño es una consideración básica a la hora de evaluar lo actuado o sentenciar.

El testimonio de expertos o peritos puede necesitarse, por ejemplo, en casos de pedofilia. Al poner al servicio de los niños víctimas y testigos un equipo multidisciplinario, los fiscales deberían hacer un esfuerzo para adoptar un enfoque multidisciplinario y familiarizarse ellos mismos con los servicios disponibles para los niños, tanto de apoyo a las víctimas y consejo y asistencia en materia legal y económica, salud y servicios sociales. Ellos deberían tomar la iniciativa de asegurarse que la respuesta frente a los casos que involucran niños es coordinada y efectiva, y contactar a las autoridades correspondientes para obtener el bienestar y la seguridad del niño, cuando se piensa que el niño víctima o testigo necesita protección.

Cualquier necesidad especial del niño víctima o testigo debe ser considerada y los fiscales deberán facilitar el contacto con y hacer uso de las agencias relevantes.

Los fiscales deberían, junto con otras agencias en el sistema penal de justicia, periódicamente revisar y evaluar su rol en el sistema penal de justicia en asegurar la persecución efectiva de delitos contra los niños y la protección de los derechos de los niños, por ejemplo a través de reuniones bianuales.

4) MAGISTRADOS Y JUECES

Directivas y guías estrictas para la selección y capacitación de jueces y magistrados deberían existir.

Ellos deberían tener mayor responsabilidad por la no observancia de reglas disciplinarias por infracciones, y de manera permanente deben mejorar su capacidad en el control apropiado de sus jurisdicciones. Ellos deben alentar un proceso legal rápido para las víctimas de abuso sexual.

Ellos deben hacer que el juzgado tenga un ambiente más amable y menos intimidante. Los jueces deben tener siempre presente la edad y capacidad del niño, por ejemplo con respecto a la duración del interrogatorio y las preguntas de la parte acusada. El juzgado debe ser conciente de lo traumático que puede ser para un niño que ha sufrido de abuso sexual, el recuento y detalles del abuso sexual y que es particularmente intimidante para personas jóvenes.

Los jueces deben tener un rol activo durante el procedimiento y permanecer vigilantes a lo largo del mismo, interviniendo si el interrogatorio se torna agresivo, repetitivo, intimidante u ofensivo, o si el niño se cansa o distrae.

Los prejuicios al interior del sistema judicial deben ser abordados a través de una capacitación adecuada como se ha mencionado en este texto. La historia o actividad sexual no tiene relevancia y no debería ser tomada en consideración tanto en el interrogatorio como en la sentencia. La falta de evidencia médica no significa que el abuso no ocurrió. Fianzas y sentencias mínimas necesitan ser reconsideradas, siempre con los mejores intereses del niño como primera consideración.

5) ESTRATEGIAS MODELO Y MEDIDAS PRACTICAS

Las Estrategias Modelo y Medidas Prácticas Sobre la eliminación de la Violencia Contra la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer en el Campo de la Prevención del Delito y Justicia Penal solicita a los Estados revisar y evaluar sus política de sentencias para alcanzar los objetivos de:

1. Mantener a los ofensores como responsables de sus actos relacionados con la violencia contra la mujer
2. Detener la conducta violenta, tomando en consideración el impacto sobre las víctimas y sus familias.
3. Promover sanciones que sean comparables con la severidad del daño físico y emocional y el impacto de la victimización.
4. Incluye el uso de declaraciones sobre el impacto que se produce en la víctima.

Adicionalmente, jueces y magistrados deberían estar obligados a justificar su decisión de otorgar sentencias benévolas y las víctimas deberían tener el derecho de apelar la sentencia en una corte superior.

Los Jueces necesitan supervisar a los magistrados más efectivamente y ejercer disciplina sobre ellos frente a cualquier infracción. Las absoluciones debidas a falta de evidencia deberían ser investigadas y los jueces deben ser también ser supervisados en sus decisiones al dejar un caso y poner por escrito una explicación sobre las razones para tomar esta decisión.

La protección es necesaria para los jueces que pudieran ser removidos de sus puestos.

Personal entrenado debería existir en los juzgados que tratan con casos de abuso sexual y una capacitación general debería existir para todo el staff del juzgado.

Los funcionarios del juzgado deberían dar prioridad a los procesos judiciales de abuso sexual de niños. Se ha demostrado que la presencia de un especialista en la corte que sea imparcial y a disposición de los jueces y fiscales en los casos más complejos de

abuso sexual de niños incrementa las oportunidades de un resultado exitoso. Una especialista costeadado por el Estado, con un nivel de educación de maestría o un trabajador social clínico con buenos antecedentes en el campo del maltrato a niños ofrece un apoyo a los fiscales en casos de alto riesgo y lata exposición, así como apoyo para las víctimas y sus familias. Ellos trabajan directamente con los fiscales de los juzgados y reportan al jefe de la división de delitos sexuales. Ellos son destacados a pedido del fiscal, luego del inicio de la preparación del juicio o por una comisión del supervisor, después de la acusación y en casos de especial necesidad.

6) EQUIPOS MULTIDISCIPLINARIOS

La formación de equipos multidisciplinarios (EM) sólidos debería ser alentada en cada región y departamento del Perú para abordar tanto temas sociales y penales asociados con el abuso sexual de niños. Cada equipo necesita ser entrenado en evaluación del riesgo y técnicas de entrevistas con niños. Esto podría promoverse en reuniones de fiscales, a través de presentaciones y utilizando comunicados de prensa sobre el beneficio de utilizar un enfoque multidisciplinario para la evaluación del abuso puede ser ofrecido. Las ONG's pueden promover ideas sobre cómo los fiscales pueden iniciar un EM en sus respectivos distritos y compartir información y estrategias. Una promoción similar de los EM necesita ser alentada entre la policía y asegurar su cooperación, y las ventajas de este tipo de trabajo de cooperación deberán ser promovidas por los superiores de esta institución.

La capacitación para profesionales involucrados en la investigación y el procesamiento judicial del abuso de niños y su falta de atención como tema, debería llevarse a cabo y realizarse eventos de capacitación.

Las organizaciones profesionales en medicina, las judiciales, las de trabajo social, las agencias a cargo de la aplicación de la ley y el personal de apoyo a las familias, deberían seguir de manera obligatoria esta capacitación.

Especialistas nacionales e internacionales de las universidades, así como especialistas de ONG y universidades deberían ser invitados para compartir sus experiencias sobre el tema del abuso sexual de niños.

Los fiscales y la policía deberían ser invitados para compartir sus preocupaciones acerca de la investigación y persecución del abuso sexual de niños. Se necesita la provisión de financiamiento para ofrecer seminarios anuales de manera continua y sesiones de capacitación para explicar los cambios en la legislación. Estos EM pueden promover prácticas que reducen que reduzcan el trauma asociado con la participación en el proceso legal de los niños víctimas de abuso y proveer información sobre nuevos desarrollos al evaluar lo que están haciendo otros países en relación a los testimonio en video y otras técnicas y buenas prácticas.

El Artículo 8(i) de la Convención de Belén Do Para obliga a los Estados Partes a *“promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias y la ejecución de programas dirigidos a proteger a la mujer que es objeto de violencia”*

Unidades Regionales para Niños en abuso deberían establecerse para tratar niños que han sido sexualmente abusados.

7) ESQUEMAS DE PROTECCIÓN DE TESTIGOS Y EL ROL DE LAS ONG

Las ONG's pueden desempeñar un rol vital en promover reformas en el proceso legal y lograr una Carta de Testigos para proteger testigos vulnerables. Estas organizaciones pueden ofrecer educación a líderes comunales sobre derechos de los niños y abuso sexual y acerca de sus propias responsabilidades dentro de la comunidad para apoyar niños y mujeres. En zonas donde el acceso a los recursos legales es muy limitado, los líderes locales puede hacer seguimiento y recoger información específica relacionada al abuso y reportar luego a las ONG. (Nuevas Tácticas)

Abogar por las víctimas y apoyar los testigos es muy importante, ya que ayuda a la policía y los fiscales, tanto como a la víctima y su familia. Las ONG que asumen este rol de promoción pueden ofrecer el apoyo práctico y emocional que es vital para las víctimas y sus familias, desde el inicio de la investigación, durante y después del proceso.

Las ONG deberían colaborar con la corte y con otras agencias involucradas en la investigación del proceso y poner al niño en contacto con los servicios necesarios tales como el acceso a ayuda financiera, cuidados y protección, y asistencia legal gratuita. Las ONG pueden ofrecer una dirección en este camino y ser defensores de los niños, ayudarlos con el transporte al juzgado y acompañarlos a los exámenes médicos si fuera necesario. De manera ideal deberían ofrecer un servicio durante las 24 horas.

El gobierno deberá reforzar el trabajo conjunto con tales grupos y poner a disposición ayuda financiera puntual y recursos para las iniciativas locales y la labor de defensoría, así como a las unidades de protección a testigos y las ONG. En enfoque comprensivo es vital si el abuso sexual va a ser abordado efectivamente.

Las ONG pueden ofrecer información esencial para mejorar los servicios para las víctimas de abuso sexual. Pueden por ejemplo:

1. Investigar y evaluar los recursos de cada distrito del Perú para ayudar a la creación y puesta en funcionamiento de los EM.
2. Elaborar listas sobre los servicios existentes dentro del distrito para los coordinadores de víctimas, defensores contra la violencia doméstica, refugiados, otras ONG's y cómo llegar a ellas.
3. Crear sitios WEB para identificar servicios dentro de cada distrito del Perú y cómo acceder a ellos.
4. Revisar, evaluar y promover el fortalecimiento del actual estatuto de protección a los niños para víctimas de abuso sexual de niños.
5. Continuar la actual revisión de la legislación existente y nuevas propuestas en períodos anuales
6. Promover el establecimiento de un grupo de trabajo consistente y con conocimiento de fiscales y abogados defensores para un manejo efectivo de los casos civiles y penales de abuso sexual.
7. Promover la especialización en los distritos, alentándolos a la asignación de fiscales para manejar de manera específica la carga procesal de casos de protección de niños.
8. Obtener información sobre los recursos financieros disponibles para la capacitación de fiscales y otros profesionales del derecho.
9. Lograr que esté disponible la información relacionada con el apoyo y capacitación para los profesionales y personal a cargo del cumplimiento de la ley y staff de los juzgados.

El Artículo 8 (d) de la Convención de Belén Do Para señala que los Estados Partes *“proveen servicios apropiados y especializados para mujeres que han sido objeto de violencia, a través de agencias públicas y privadas, que incluyen refugios, servicios de consejería para todos los miembros de la familia de ser apropiado...”*

Hay una notoria ausencia de tales facilidades en el Perú y las ONG necesitan buscar fondos y presionar al gobierno para establecer tales facilidades. Reformas legales, una revisión del proceso legal y las instituciones legales no es suficiente por sí mismo. El

rol de las ONG va mucho más lejos. Es importante focalizar la intervención basada en la comunidad en casos de abuso sexual. Tanto el gobierno como las ONG precisan capacitar líderes comunales y a las propias comunidades acerca de este tema y sobre las formas de proteger a los niños, y de esta manera, reforzar la autoprotección y auto manejo de los derechos de los niños.

CAPITULO IV

1. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL SUSTANTIVA SOBRE VIOLACION SEXUAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES.

Nuestro Código de Niños y Adolescentes considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad; y adolescente desde los doce años hasta cumplir los dieciocho años de edad; de esta manera tenemos un instrumento que delimita la protección tanto de los niños como de los adolescentes hasta cumplida la mayoría de edad; teniendo en cuenta que además de los derechos inherentes a la persona humana, éstos gozan de derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo; como en el caso de los delitos de violación sexual tanto de los adolescentes mayores de catorce años, y de los niños y adolescentes menores de catorce años; cuya protección resultaría conforme al Código señalado – teniendo como bien jurídico protegido en ambos casos, su derecho al libre desarrollo.

Además, se señala, en el referido código, que los niños y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar; otorgándosele protección contra todo aquello que busque vulnerar estos derechos.

Para ello el Estado ha de garantizar el ejercicio de estos derechos protegidos por nuestras leyes, a través de sus poderes, mediante programas, políticas, acciones y medidas permanentes desarrollados por el Código de Niños y Adolescentes. Entre los programas que se proponen, *existe uno específico para niños y adolescentes maltratados o víctimas de violencia sexual*, mediante el cual se considera que se les brinde atención integral mediante programas que promuevan su recuperación física y psicológica; además recalca que el estado garantiza los derechos de la víctima en todos los procedimientos policiales y judiciales.

El delito de violación sexual de niños y adolescentes es un problema latente y complejo dado el grupo etéreo al que se alude, el bien jurídico que se afecta, y el daño que se causa a la convivencia social misma, por lo cual es necesario el trabajo de la población y la sociedad civil con miras a generar esfuerzos conjuntos a fin de prevenir la incidencia en este delito.

La violación sexual por si misma, afecta no solo la integridad física de la víctima, sino también su dignidad, derecho fundamental protegido constitucionalmente y que responde a la lógica de que *ninguna persona, sea cual fuere su raza, condición social o moral, su edad, su sexo, puede ser sometida contra su consentimiento, o asaltada en su buena fe mediante engaño, a trato sexual alguno, sin que ello no corra un interés de la vida en sociedad: la libertad sexual y la indemnidad sexual.*

La edad es un factor importante ya que va determinar el límite para la consideración del agravante del tipo básico de violación sexual, cuando se trata de una víctima mayor de catorce años, se considera que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, que se refiere a la toma de decisión de tener relaciones sexuales con quien uno decida (libertad sexual positiva) o decidir abstenerse de tener relaciones sexuales (libertad sexual negativa), ***¿Por qué el límite se considera a los catorce años?*** Porque nuestra legislación civil reconoce que a partir de los catorce años los adolescentes pueden ejercitar su libertad sexual; es decir, pueden contraer matrimonio, ya que para esta institución existe una edad legal (la de los hombres y mujeres mayores de dieciocho años) además de reconocer una edad biológica, que esta dada por la capacidad de los adolescentes para procrear (adolescentes entre catorce y dieciocho años).

1.1 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:

Sobre el concepto de *indemnidad sexual*, es posible encontrar divergencias al respecto, y hasta se le ha llegado a comprender con cierta connotación moralista. Por ello es necesario entender a la indemnidad sexual como el interés de tener un adecuado proceso de

formación y socialización, ya que cualquier práctica sexual con niños y adolescentes representa daño o un peligro de daño al normal del instituto genésico.

La indemnidad sexual sólo se hace aceptable como bien jurídico protector de los *intocables sexuales*, únicos individuos cuyas características de inmadurez y vulnerabilidad hacen legítima, la imposición garantista de determinada reglamentación específica en materia sexual, basado en el rechazo y la persecución penal de toda relación sexual que involucre a los sujetos protegidos (los niños y adolescentes), en el entendimiento de que las prácticas sexuales con éstos son lesivas y perturbadoras para los mismos. Demarcando el límite de *determinada parcela bio-psico-social*, como es la de la sexualidad humana, que el Estado deberá preservar de vulneraciones ilegítimas.

La *libertad sexual* representa el plano de la voluntad o el albedrío allanado, en tanto la *indemnidad sexual*, garantiza el derecho o la garantía jurídica de no sufrir atropello o trasgresión lesiva en la dimensión sexual protegida, apela directamente al puntual quebranto bio-psico-social -en que se constituye la sexualidad en su sentido lato que dicha esfera ha sufrido, a través de un acto de violencia. De esta manera, la *indemnidad sexual* como bien protegible calza plenamente con las aspiraciones victimológicas al que corresponde el delito de violación sexual de niños y adolescentes. En efecto, su implicación axiológica posee mayor eficacia victimológica que la que pueda aportar la consideración de la *libertad sexual* como valor conculcado en este delito.

1.2 TIPOS PENALES:

A. VIOLACION SEXUAL

En este primer tipo reseñado en el artículo 170 del Código Penal se comprende de manera genérica a todas las personas, pero de manera implícita a los mayores de catorce años, por lo cual tendríamos que comprender a los adolescentes entre catorce y dieciocho años a los

que a través de la violencia o grave amenaza se los obliga a tener acceso carnal u otro análogo.

Para la comisión de este ilícito penal se considera como bien jurídico a la Libertad Sexual, la cual protegería la libertad de decisión de los adolescentes para elegir tener relaciones sexuales o con quien tenerlas, como en el caso de los jóvenes y adultos.

La crítica a este primer tipo, que comprende a adolescentes, es el porque se exige la violencia o grave amenaza como elemento subjetivo; si tanto en el caso de violación sexual de los niños y adolescentes hasta los dieciocho años de edad se protege el mismo bien jurídico: la indemnidad sexual, como la protección del libre desarrollo de su sexualidad; entonces para todos los caso en los que estuvieran involucrados niños y adolescentes no se debiera exigir esta condición.

B. VIOLACION SEXUAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

Nuestro código Penal ha comprendido la violación sexual de niños y adolescentes en los artículos 173 y 173 A; considerando especial atención, ya que los sujetos pasivos de este tipo no poseen la noción de libertad sexual, entonces, la doctrina señala que la voluntad en este caso se encuentra viciada por su ausencia de discernimiento, se trata en realidad de una presunción de ausencia de voluntad, o una voluntad inmadura cuya decisión no puede ser valida; la determinación no procede con plena conciencia y por eso la ley se ve precisada a declarar presuntamente su incapacidad. Entonces, se considera delictuoso cualquier trato erótico que se efectúe con personas que no han alcanzado la madurez sexual, aun cuando hubiesen prestado su consentimiento, no porque se considere que su falta de madurez sexual llevo a que esa aceptación se tenga por no valida, sino porque el trato carnal en los impúberes repercute psicofisiologicamente en el desarrollo normal de la función sexual interna y externa.

De la revisión del primer párrafo del artículo 173 del texto anterior³³, teníamos como primer elemento del delito de violación sexual de niños y adolescentes - al dilema que ha

³³ A tenor del texto original del Código Penal de 1991

originado múltiples debates en la doctrina penal peruana - la interpretación de acto análogo. Un sector de la doctrina consideraba como acto análogo sólo las conductas que suponen penetración del miembro viril por el conducto anal. Como cuando señala Peña Cabrera, que “el acto sexual y el acto análogo son conductas que suponen acceso vía vaginal y anal, respectivamente; en consecuencia, la introducción in ore del miembro viril no llega a configurar el tipo penal. Solo la penetración realizada es conducta típica, siendo aquella cometida por medios artificiales o mecanismos un acto que no alcanza tipicidad”. Mientras, otro sector de la doctrina propuso extender el concepto de acto análogo a la penetración entre las piernas y la bucogenital.

Es precisamente esta última tesis la que ha primado para la reciente modificatoria del artículo en referencia³⁴, ya que, como desarrollaremos mas adelante, se han incluido nuevas conductas, que a la luz del derecho se encontraban en un limbo; y además se ha logrado aclarar de manera uniforme el texto original de nuestro Código Penal que ha reseñado este punto.

La normativa anterior solo beneficiaba a los agresores a fin de puedan auxiliarse de los vacíos que existían para que la punibilidad de su conducta sea atenuada, o para que sea considerada como una conducta menor gravedad.

Entonces, cuando nos referimos al acto análogo, presente en todos los tipos de violación del código, constituye una cláusula general que permite la interpretación analógica de modo que ahora debe considerarse como acto sexual tanto la practica contra natura como la bucogenital y las demás descritas en la norma.

Así, tenemos que el primer elemento de la violación sexual lo constituye la invasión al cuerpo de una persona, que haya ocasionado penetración, de cualquier parte del cuerpo de la victima, estableciéndose claramente que conductas deben ser consideradas violación; de esta manera se deja abierta la posibilidad de que se considere también violación sexual la penetración en el orificio anal o vaginal, con objetos.

³⁴ Ley 28251, publicada el ocho de junio del dos mil cuatro

Así también el último párrafo del artículo en mención señala como factor importante, no definido expresamente pero si comprendido, es el de la debilidad de la víctima, su vulnerabilidad debido a la edad (ser menor de catorce años) hace referencia a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, a la mayor debilidad de ciertas personas, a sus mayores dificultades para oponerse a ciertos designios de sus atacantes; si el agresor es consciente de la superioridad que ello le reporta, implica una mayor explotación de la vulnerabilidad de la víctima para materializar la agresión sexual, y ello se encuentra representado en el prevalimiento de una relación de superioridad o de parentesco, de la cual se prevale el culpable, ya que por si solos no añaden ni quitan nada, únicamente si se atiende a la mayor facilidad que para allanar obstáculos se derivan de ellos cuando son aprovechados pueden tener algún sentido de agravación (el parentesco solo debiera ser considerados en la medida en que entrañe una ventaja para el agresor, pues el parentesco, como tal, no es portador de un plus de injusto ni de culpabilidad).

2. ANALISIS DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL ADJETIVA SOBRE VIOLACION SEXUAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES.

El proceso, en la actualidad lejos de atender los requerimientos de la víctima, tiende a revictimizarla o desconocerle derechos que le son inherentes; se llega a olvidar que el proceso se inicia porque se ha lesionado un bien jurídico y a la vez se ha producido el agravio de una persona, o de un colectivo (en algunos delitos también se reconoce el agravio del Estado); de esta manera, entendiendo que en el derecho penal la acción es pública, se pretende hacer a un lado a la víctima, basándose en que el Estado le brinda tutela jurídica, olvidándose que el *estado no es la víctima*, razón por la cual, en los procesos muchas veces no se tiene en cuenta los intereses concretos de la persona que ha sufrido una agresión.

En los delitos sexuales, en particular, es la víctima la que se siente efectivamente ofendida y, al mismo tiempo, es el derecho penal el que le niega tal calidad. Ya que la idea de infracción en la norma estatal funda esta lógica e impide a la víctima decidir acerca de la existencia de un daño concreto a sus intereses. El resultado de esta forma de intervención coactiva de los órganos estatales es la exclusión de la víctima de su propio conflicto, es decir, la "expropiación del conflicto"

Desde antaño la práctica jurídica ha buscado negar o restringir la calidad de víctima a las mujeres³⁵, niños y adolescentes, que han padecido un acto de violencia sexual, formas que se vinculaban no sólo con la legislación que supuestamente las amparaba, sino, además y especialmente, con las decisiones judiciales. Y esta característica última es la que sigue rigiendo en los procesos, dadas las condiciones y tratos a los que son sometidas las víctimas, y no bastando con ello, esta desidia se va a ver expresada en las sentencias y fallos, los cuales muchas veces van a responder a criterios machistas y hasta moralistas.

El procedimiento penal basado en la persecución pública, en general, maltrata a la víctima del delito, pues no intenta satisfacer sus intereses concretos, sino cumplir con los intereses estatales de control social. En el caso de los delitos sexuales cuyas víctimas son niños y adolescentes, en cambio, *a este maltrato propio de la justicia penal se agrega otro que puede ser mucho más grave para la víctima: la revictimización*, que para ella significa la exposición a un proceso penal nada garantista para sus derechos.

Se podría pensar hasta en un ataque del propio proceso al que son sometidas, dadas las características de los procedimientos. Por que lo que sucede en nuestro procedimiento puede ser peor: los tribunales no cumplen con el papel pasivo que exige el principio de imparcialidad, razón por la cual actúa como principal acusador. Y si ello sucede, la percepción sobre el hecho de que el ataque venga desde el propio tribunal puede ser evaluada como mucho más injusta por parte de la víctima.

³⁵ No se trata de proteger la integridad física y la libertad de decisión de las mujeres en torno a lo sexual, sino que se trata de proteger un valor moral que trasciende a la mujer. El acto no es considerado reprochable porque ha sometido a la víctima, contra su voluntad, a una agresión sexual - es decir, porque ha provocado un daño grave a un ser humano-, sino, en todo caso, porque se ha visto afectado algún valor moral que trasciende a la (mujer) víctima concreta.

Si a esta circunstancia le agregamos el efecto traumático que puede significar la reconstrucción del suceso en el contexto de un juicio público -ámbito que no parece muy adecuado para realizar esta actividad sin efectos nocivos para la víctima-, comprenderemos claramente el significado de la afirmación de que la víctima de violación sea "revictimizada" en el procedimiento penal.

La desconfianza que las víctimas de agresiones sexuales sienten respecto de la justicia penal, por otra parte, no es utopía, sino una realidad que se manifiesta en el hecho incontrastable del número de denuncias respecto de este tipo de hechos. Y ello parte del propio contexto del proceso, ya que la distancia que existe entre el texto legal y la práctica judicial es un espacio que permite la tergiversación del sentido del texto.

Lo que se busca es pues que la víctima ocupe un lugar que le brinde oportunidades para plantear sus puntos de vista y sus intereses en el marco del proceso penal, es decir, de presentar al tribunal su propia percepción del conflicto. *“La participación de la víctima, por otra parte, ingresaría al procedimiento a la persona que más sabe acerca del papel que desempeñan los prejuicios y las valoraciones discriminatorias en la decisión del caso. De este modo, la exposición y discusión de esas variables, que ilegítimamente condicionan la resolución del caso, podrían constituirse en una buena estrategia para luchar en el escenario público y político del procedimiento penal contra las prácticas discriminatorias”*.

Es evidente que en este tipo de delitos (así como, en muchos otros) no se permite la reparación objetiva del daño causado, pues es imposible que el autor regrese la situación al estado anterior, sin embargo, desde la propia existencia del derecho penal admite una respuesta reparatoria de contenido simbólico, y cuando ello no es posible o no resulta adecuado, no excluye otro tipo de respuestas como la terapéutica; pero ello no debe excluir respuesta punitiva que se espera como sanción por el daño causado.

Como ya hemos señalado anteriormente, la aplicación del tipo penal previsto en el caso de niños y adolescentes esta dado en relación al bien jurídico protegido; para ambos casos será la indemnidad sexual, aun cuando se haya considerado en tipos diferentes (el grupo de adolescentes entre catorce y dieciocho años reencuentran considerados dentro del tipo

básico de violación sexual, pero señalado de manera específica como una agravante; mientras que los niños y adolescentes hasta los catorce años se encuentran protegidos por un tipo especial, denominado Violación Sexual de menores de catorce años, que además tiene sus propios agravantes).

En el caso de los procesos seguidos contra este tipo de delitos, notaremos especialmente, el abandono de lo reseñado por el Código de los Niños y Adolescentes – premisas señaladas al inicio del presente capítulo- Partiremos, considerando que inicialmente se había considerado que a nivel policial existiera *una policía especializada* que sería la encargada de auxiliar y colaborar con los organismos competentes del Estado en la educación, prevención y protección del niño y el adolescentes; entonces entenderíamos que dentro de las mismas dependencias de la policía pudiera existir esta unidad especializada, que se encargaría del trato con los niños y adolescentes que lleguen con denuncias de violación sexual, para lo cual debiera estar capacitada y sus integradas debieran cumplir además, con ciertos requisitos para poder coadyuvar el deber de este grupo: de velar por el cumplimiento de normas de protección de niños y adolescentes.

La misma situación se repite en caso del Instituto de Medicina Legal, ya que según se señala en el Código de los Niños y Adolescentes, este debiera contar con un servicio especial y gratuito para los casos en que se vieran involucrados niños o adolescentes, debidamente acondicionado en lugar distinto a los adultos, y que debiera contar con personal capacitado para trabajar con niños.

Así, entonces podemos entender porque muchas veces no se denuncian este tipo de casos, donde las victimas son niños o adolescentes; o porque habiendo denuncias estas no llegan a la culminación del proceso.

Si pensamos que muchas veces las comisarías son el punto de partida de los procesos de los procesos que se han de iniciar por estos delitos, y en la practica vemos que no existe un personal especializado en este tipo de casos, ni capacitado en el trato con niños o adolescentes; y si cuando son derivados al medico legista no son atendidos con un trato especial, ni se dan las condiciones necesarias para una adecuada atención ¿entonces que podemos esperar?

El procedimiento para los delitos de violación sexual ha sido objeto de singulares cambios en estos últimos años. Entre las modificaciones más importantes tenemos:

1. Tomando, nuevamente, como referencia el Código de los Niños y los Adolescentes apreciamos un mandato expreso del Estado para garantizar el respeto y protección de los derechos de los niños y adolescentes, criterio que también fue asumido expresamente por los procedimientos establecidos por la ley 27 055, para este tipo de delitos, así, entonces, se señala que *El Estado tiene el deber de garantizar el respeto de los derechos de la víctima en todos los procedimientos legales y judiciales.*
2. Los delitos de violación sexual se encuentran sujetos a un procedimiento sumario, salvo los casos de violación de menores de catorce años y la figura agravada, que se encuentran sometidos al procedimiento ordinario. Es decir, los casos de esta índole deben tener una fase reservada de investigación (la instrucción) y una etapa en la que a través de la oralidad y la inmediación los magistrados van ha buscar certeza de la comisión del ilícito (el juzgamiento).
3. La investigación preliminar, la acusación fiscal y el proceso judicial de los delitos contra la libertad sexual serán reservados preservándose la identidad de la víctima, bajo la responsabilidad del funcionario o magistrado que lleva la causa.
4. El examen médico legal de la víctima, será practicado previo consentimiento de la víctima; por un médico capacitado para este tipo de casos, y para ello deberá contar además, con un auxiliar que cumpla las mismas condiciones; y si es preciso y con el consentimiento del menor se podrá contar con la presencia de otras personas.

5. El Ministerio Público y el Poder Judicial deben tener en cuenta durante todo el proceso, como prioridad, la disposición del menor con observancia de su estado físico y anímico³⁶.
6. Así, en el caso de las declaraciones que hagan los niños y adolescentes ante la policía, obligatoriamente debe participar el fiscal de familia, para esta primera declaración pueden estar presentes los padres o quienes tengan la tutela del niño y el adolescente, siempre que no se tratase de los agresores; luego el fiscal deberá ordenar la evaluación clínica³⁷ y psicológica por profesionales especializados, para que concluida dicha investigación pueda remitir al fiscal penal de turno un informe del caso concreto. Siempre, en estos casos, la asistencia legal gratuita es obligatoria.
7. Nuestro código de procedimientos penales indica de manera expresa que *en los casos de violencia sexual en agravio de niños y adolescentes, la declaración de la víctima será la que rinda ante el fiscal de familia...salvo mandato contrario del juez;*
8. En la confrontación entre víctima y victimario se advierte una situación distinta, ya que se establece que procederá la confrontación cuando la víctima tuviera mas de catorce años; mientras que en caso de niños y adolescentes menores de catorce años procederá a solicitud de dicha parte.
9. Del mismo modo, pero de manera mas acertada, se ha previsto que para el caso de la diligencia de reconstrucción *en ningún caso se ordenara la concurrencia del niño o adolescente agraviado en casos de violencia sexual.*

³⁶ Este mandato también debería observarse en el caso de la policía, así como, de los órganos jurisdiccionales auxiliares

³⁷ Para el examen médico legal el fiscal puede acudir al instituto de Medicina Legal o a otros centros de salud autorizados; estos certificados, así como las consultas que se originen serán gratuitos; y tendrán valor probatorio en el proceso.

3. LAS MODIFICACIONES SOBRE VIOLACION SEXUAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES.

De la última modificación hecha al capítulo referido a los delitos de Violación de la Libertad Sexual; un primer análisis de las normas penales modificadas nos haría plantearnos una pregunta ¿Cuál fue la intención del legislador? ¿Acaso, la de incluir más conductas dentro de los delitos que protegen la libertad sexual e indemnidad sexual; o fue la de aclarar puntos críticos dentro de la legislación, que creaban cierto grado de controversia a la hora de calificar el delito? La respuesta estaría en las dos preguntas, sin duda; y, por otro lado se buscaría el reforzar la prevención general negativa.

Es importante rescatar la ampliación del tipo penal referido a estos delitos. Ya que los ilícitos descritos en el capítulo referido a la Violación de la Libertad sexual, casi de manera homogénea han sido modificados. En efecto, para el tipo básico de Violación de la libertad sexual, así como en los demás delitos que hagan referencia a este, como primer nuevo elemento encontramos que se ha reemplazado la frase “*acto sexual u otro acto análogo*” por “***Acceso Carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por algunas de las dos primeras vías***”; indudablemente se realiza una descripción mucho mas amplia, como clara de las conductas cuya realización van a devenir en la configuración del delito en mención; sin embargo, la frase “acceso carnal” es de carácter bastante amplio que entenderíamos su alcance a partir de los otros elementos de la descripción del tipo. Por ello, se ha considerado de manera expresa en nuestra norma la penetración del miembro viril por el conducto anal, así como, la penetración bucal como elementos típicos.

También, se ha buscado resolver el dilema que ha originado múltiples debates en la doctrina penal peruana respecto a la interpretación de que conductas podían constituir actos análogos; ya que un importante sector de la doctrina consideraba sólo las conductas que suponían penetración del miembro viril por el conducto anal. Mientras, otro sector de la doctrina propuso extender el concepto de acto análogo a la penetración entre las piernas y la bucogenital. Ahora -según nuestra novísima legislación- cuando nos referimos al acto

análogo, presente en todos los tipos de violación del código, permite agregar como otras conductas típicas, la introducción de objetos o partes del cuerpo tanto por la vía vaginal como la anal, anteriormente cuando se consideraba que “el acto sexual y el acto análogo eran conductas que suponían acceso vía vaginal y anal, respectivamente; en consecuencia, sólo la penetración realizada bajo estas características era considerada conducta típica, siendo así que no se consideraba la violación de la libertad sexual cuando se trataba de la introducción de medios o mecanismos artificial (objetos) o partes del cuerpo.

La penetración de la vagina o el ano con algo distinto al pene constituye también una agresión sexual; por lo tanto, una conducta sancionada por los delitos en comentario. Sin embargo, hay quienes sostienen que esta conducta se puede enmarcar en los delitos de lesiones; limitando esta conducta, señalando que sólo tendría por objeto el ataque a la vagina o al ano, no existiendo proporción con la violación de libertad sexual propiamente dicha; y por lo tanto debería estar sancionada con una pena menor. Pero este criterio dista mucho de lo ya asumido por nuestra legislación.

A su vez, es importante rescatar que en el tipo básico se haya incluido la figura de la agravación de la pena, cuando la edad de la víctima, es entre 14 y 18 años, característica que no fue recogida anteriormente por nuestra legislación, ya que en casos en los que las víctimas eran adolescentes, la pena era la misma que para la violación sexual de adultos, estando estos protegidos por diversa legislación internacional, como nacional, como el Código del Niño y el Adolescente, la Convención del Niño... etc. y mas aun, si tenemos en cuenta que los bienes jurídicos protegidos en el caso de mayores de dieciocho años es distinto al de los menores, sean estos niños o adolescentes.

Aún cuando las normas modificadas especifican que el acceso carnal es vaginal, anal o bucal, para muchos sigue siendo discutible³⁸, pero para nosotros es una precisión que se

³⁸ Como en el artículo que apareció en el diario “El Peruano” el 22 de junio del 2004 en el que se señalaba: “La normas modificadas especifican que el acceso carnal es vaginal o anal (con lo cual no hay discusión en la doctrina) o bucal (es discutible que el acceso carnal pueda ser bucal); sin embargo, es aceptado en la legislación comparada (por ejemplo: España). En todo caso, se debió tipificar como una conducta menos grave del delito básico y, por lo tanto, con una pena menor, teniendo en cuenta que los efectos físicos y

hacia necesaria, y su inclusión es un logro, ya que muchos de los casos que se presentan en la realidad tienen estas características, y sin embargo al no encontrarse tipificadas de manera expresa – como lo hace actualmente la presente ley – se las había comprendido tan solo como actos contra el pudor. Quedando en impunidad la lesión cometida por el agresor; por lo cual no puede ser considerado acceso carnal, solo la penetración del pene en la vagina o en el ano; mucho menos cuando la víctima sea un niño o un adolescente porque de igual forma se vulnera su indemnidad sexual.

Estos delitos protegen la indemnidad sexual, cuando el sujeto pasivo es un menor u otro incapaz, es decir, a diferencia de la protección de la libertad sexual³⁹, lo que se busca proteger – y ahora con mayor precisión- es el libre y normal desarrollo de niños y adolescentes.

MODIFICACIONES:

- Las modificaciones introducidas en los artículos 170, 171, 172, 173, 174, 175 del CP especifican lo que se entiende por acceso carnal (penetración vaginal, anal o bucal, aun cuando al respecto de este último muchos piensen que debió tipificarse con una pena menor que la del delito básico).
- Se equipara el acceso carnal con la penetración de cualquier objeto o parte del cuerpo por la vagina o el ano, con lo cual se busca incidir en vacíos que se presentaban de manera muy frecuente al resolver casos como los que abarcan las conductas descritas y así crear un ámbito de protección penal de dichos delitos. Aunque hay quienes creen que estas conductas debieron abordarse como delitos independientes con una pena menor que la establecida para los delitos de los artículos señalados; buscando justificación en el principio de proporcionalidad de las penas (por el cual se entendería que no tienen los mismos efectos la introducción del pene en la vagina o el ano con la fellatio o cunnilingus o con la penetración de la

psicológicos de la penetración bucal –fellatio o cunnilingus– son menores respecto a una penetración vaginal o anal.”

³⁹ la libre voluntad de disponer con quien se mantiene acceso carnal o relación sexual. En ese sentido, lo sancionable es la conducta que obliga a mantener una relación sexual no deseada.

vagina o el ano con objetos distintos al pene); lo cual carece de verosimilitud ya que el abuso y la agresión que se genera a la indemnidad de un niño es el mismo.

- En cuanto a los delitos “favorecimiento a la prostitución, rufianismo y exhibición y publicaciones obscenas”, también es importante mencionarlo ya que se han ampliado el ámbito de protección a los sujetos pasivos menores de 18 años. Antes de la modificación, los delitos sólo aludían a los menores de 14 años. Con lo cual ahora incluiría tanto niños como adolescentes.
- La inclusión del artículo referido al meretricio de personas que oscilan entre 14 a 18 años es una respuesta clara a la realidad imperante en nuestro medio, y que hasta hace algún tiempo no había sido acogida por nuestra legislación. Con lo cual se pretende castigar el comercio sexual con menores de 18 años, y se busca sancionar con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años a los sujetos que otorgando una prestación económica mantengan una relación sexual con una persona cuyo rango etáreo es entre los 14 y 18 años.
- También se ha incluido la figura de promover o favorecer el turismo sexual a través de cualquier medio escrito, folleto, impreso, visual, audible, electrónico, magnético o a través de Internet, con el objeto de ofrecer relaciones sexuales de carácter comercial de personas de catorce y menores de dieciocho años de edad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, y con una pena de entre 6 y 8 años si el sujeto pasivo es menor de 14 años”. Por otro lado, sanciona con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años a los gerentes o responsables de las publicaciones o ediciones por transmitirse a través de los medios de comunicación social que publicitan la meretricio, el turismo sexual infantil o la trata de menores de dieciocho años.

LAS PENAS ESTABLECIDAS

DELITO	CÓDIGO PENAL	SUJETO PASIVO	PENA
Violación Sexual – Tipo Básico	Artículo 170 agravante	Persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años	8– 15 años, mas inhabilitación
Violación Sexual de Menor de 14 años de edad– Tipo Básico	Artículo 173	Niño y adolescente menor de catorce años	Cadena Perpetua
		Niños menores de siete años	25 – 30 años
		Niños mayores de siete, pero menores de diez años	20 – 25 años
Violación Sexual de Menor de 14 años de edad – Tipo Agravado	Artículo 173 Quinto párrafo	Niños y adolescentes, mayores de siete años, pero menores de catorce años.	No menor de treinta años
Violación de Menor de 14 años de edad seguida de muerte o lesiones graves	Artículo 173 A	Niños y adolescentes, mayores de siete años, pero menores de catorce años.	Cadena Perpetua

BIBLIOGRAFÍA

Officer C.Bailey, **Lesson Plan for Conducting a Unit of Instruction in Child Abuse**
(June 2001, Riverton Police, Illinois)

Convención contra Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Para”

Radhika Coomaraswamy, **Combating Domestic Violence: Obligations of the State,**
United Nations Special Rapporteur on Violence Against Women

Family Group Conferences: A Report Commissioned by the Department of Health,
UK

Gordon Fung **“Legislation on Children Giving Evidence in Criminal Proceedings”,**
“Child Abuse Investigation”, “Interview Suites”, “Witness Support Programme”
(Hong Kong Report), Hong Kong Police

Idaho’s Generation of the Child, **The Governor’s Task Force on Children at Risk,**
Strategic Plan 2000-2003

The Illinois Abused and Neglected Children’s Reporting Act

International Association of Prosecutors (IAP), **Best Practice Series 2: Model**
Guidelines for the Effective Prosecution of Crimes Against Children

International Bureau for Children's Rights (IBCR), Justice for Child Victims and Witnesses of Crime Guidelines for Implementation (Final Draft)

Marianne James, Domestic Violence as a Form of Child Abuse: Identification and Prevention, Australian Institute of Criminology

Johnson, Hashtroudi & Lindsay 1993

Helena Kennedy, Eve Was Framed: Women and British Justice, (Vintage UK 1992)

Red de información Jurídica, Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Perú: Perú. 22/02/2000. CRC/C/15/Add.120 (concluding Observations/Comments)

Estatuto de Roma- Corte Penal Internacional

Nicola Scott, Child Advocacy Project

Sexual Offences Act 2003, UK

Ralph C. Underwager and Hollida Wakefield, IPT Seminar on Child Sexual Abuse (Hungary, October 1996)

UK Agenda for Children: "A Summary Documenting Key Breaches of the UN Convention on the Rights of the Child", A report from the UN Committee on the Rights of the Child, Pre-sessional Working Group Meeting – Geneva, October 17 1994

Handbook on Justice for Victims on the use and application of the United Nations Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power (April 1998)

Expanded Definition of Sexual and Gender-Based Violence used by UNHCR and Implementing Partners (based on Articles 1 and 2 of the UN General Assembly Declaration on the Elimination of Violence Against Women (1993) and Recommendation 19, paragraph 6 of the 11th Session of the CEDAW Committee)

United Nations Declaration on the Elimination of Violence Against Women (1994)

UNESCO Expert Meeting, Paris, 18-19 January 1999

Progress of the World's Women (UNIFEM, 2000)

Velaquez Rodriguez Case (Honduras), 4 Inter.Am. Ct. HR, Ser.C, No.4, 1988, para 174

YWCA RISE Children's Centre, Indicators of Child Sexual Abuse

CÓDIGO PENAL DE 1991: Decreto Legislativo N° 635

Ley N° 28251: que modifica artículos sobre Violación de la Libertad Sexual, Proxenetismo y Ofensas al Pudor Público

Defensoría del Pueblo, Problemas actuales de la administración de Justicia en los Delitos Sexuales; Defensoría del Pueblo. Lima. 2000

Orts Berenguer, Enrique; Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales

T. S. Vives Antón y otros; Derecho Penal: Parte Especial. Valencia. 1999

Carmona Salgado, Concepción; Delitos contra la libertad Sexual

Caro Coria, Dino Carlos y Cesar San Martín Castro; Delitos contra la libertad e Indemnidad Sexuales; GRIJLEY. Lima. 2000