

Enfoque Constitucional de la sobre victimización de menores en el delito de violación sexual

Constitutional approach victimization of children in the crime of rape

Chedorlaomer Rubén Gonzáles Espinoza*

Departamento Académico de Derecho Público

Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

chgonzalese@yahoo.com

SUMARIO: *Resumen. Abstract. Palabras claves. Abstract. I.- Introducción. II.- Historia de la niñez. III.- Derechos fundamentales de la niñez. 3.1. Ámbito nacional. 3.2. Tratados Internacionales. IV.- El Interés superior del niño. V.- El Delito de violación sexual de menores. VI.- Análisis y discusión. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.*

* Profesor Principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

RESUMEN

La violación sexual de menores, además de constituir un grave atentado contra la libertad de personas inocentes, cuyas consecuencias no son solo de orden material, sino que tiene secuelas de orden moral y psicológico difíciles de superar y que marcan definitivamente a las víctimas de tan atroz delito.

A las consecuencias del propio delito, se suman, lamentablemente, el maltrato y la indiferencia del Estado, no obstante lo previsto por la legislación penal. Nos referimos a la sobre victimización de los menores durante el examen médico legal, que no cuenta con las debidas garantías de privacidad y respeto de los menores, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Asimismo, otra forma de sobre victimización se hace presente luego del examen del médico legista y es que, a pesar que lo dispone la ley, no se presta el apoyo psicológico a los menores, situación que transcurriendo el tiempo, se convierte en un trauma permanente.

Palabras clave:

Violación sexual, sobre victimización, derechos fundamentales

Abstract

The rape of minors, besides constituting a serious attack on freedom of innocent people, whose consequences are not only of a material nature, but has consequences of difficult moral and psychological overcome and that definitely mark the victims of heinous crime.

To the consequences of the crime itself, add, unfortunately, abuse and indifference of the State, notwithstanding the provisions of criminal law. We refer to the sobrevictimización of children during the legal medical examination, which does not have proper guarantees of privacy and respect for children, taking into account the interests of the child.

Also, another form of sobrevictimización is then present the review of medical examiner is that, although provided by law, no psychological support for children is provided, situation lapsing the time, it becomes a permanent trauma.

Keywords: Sexual Rape, sobrevictimización, fundamental rights

1.- INTRODUCCIÓN

El delito de violación sexual, que atenta contra la libertad es, posiblemente, uno de los más graves y dañosos para el ser humano, hecho que cobra dimensiones colosales cuando está dirigido contra menores de edad.

La indemnidad sexual de los menores merece especial consideración y protección por parte del Estado y con ese objetivo, todos los órganos y sus servidores, cuya misión es proteger e investigar los delitos contra menores, deben cumplir con su misión teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Lamentablemente, ello no se cumple en nuestra realidad, en la que, paradójicamente, quienes deben cumplir con la obligación de tutela, agravan la condición psíquica de los menores víctimas del delito de violación sexual.

Tenemos, así, hasta tres instancias en las que se resuelven los procesos en materia disciplinaria.

2.- HISTORIA DE LA NIÑEZ

Aunque ahora se reconocen los derechos de la niñez y adolescencia, incluyendo al no nacido en lo que le corresponde, tanto en el Derecho Constitucional, como en el Civil y Tratados Internacionales, en la antigüedad, el niño no era merecedor de reconocimiento alguno, estando la historia de la infancia en el mundo plagada de iniquidades, destacándose las distintas sociedades por la crueldad con que trataron a los niños.

Según ANNAN, *“En la antigüedad los asesinatos infantiles podían tener distintas motivaciones, por ejemplo, protegerse los adultos de las amenazas que los oráculos profetizaban, encarnadas en niños que presuntamente estaban predestinados a asesinar al rey, faraón o gobernador de turno. Estos serían los casos de la matanza de niños judíos por parte del faraón en tiempos de Moisés, o más tarde la matanza de inocentes por parte de Herodes:*

Pero sin duda la dimensión más abrumadora de los asesinatos infantiles corresponde a los cometidos por motivos socioeconómicos: eliminar en

momentos de escasez un exceso de bocas a alimentar. La falta de salud y las deficiencias físicas o psíquicas, junto a la pobreza, devaluaban también drásticamente el valor social del menor y el interés por preservarle la vida”¹.

A través de la historia el concepto “niño”, ha ido transformándose adoptando distintos significados, según la época. Así, entre 354-430 de nuestra era, con las confesiones de San Agustín, se consideraba a los niños como un estorbo, puesto que su teología postulaba que el hombre había nacido del pecado, razón por la cual el niño resultaba siendo la imagen viva del desliz y carecía de alma².

Como consecuencia de dicho pensamiento, la niñez cayó en el abandono, careciendo de cuidados y afecto, siendo comunes el infanticidio, el aborto, el exilio, el abandono y la crianza por nodrizas.

De ser un estorbo, a partir del Siglo IV, los niños pasan a ser una carga, cuya propiedad correspondía a los padres, quienes podían disponer de sus hijos para cambio u uso según su interés

Asimismo, se consideraba que los niños eran malos de nacimiento, pensamiento contenido en la Biblia que sostiene que toda persona nace en pecado, debido a que se hereda el pecado original de Adán y Eva. Esta concepción de la maldad infantil condujo a la aplicación de tratos físicos crueles y despiadados, llegándose a utilizar, incluso, cepos y grillos.

El racionalismo de Descartes (1596-1650) llega a considerar que la infancia es la debilidad del espíritu e incubadora de prejuicios que son causa principal de errores y dificultan el aprendizaje de las ciencias y la clara representación de las ideas.

Más adelante, a partir del siglo XVI, el niño pasa a ser considerado una propiedad o un recurso económico, idea que generó que las familias campesini-

1 ANNAN, Kofi A.: (2005) Historia de la infancia. <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/h-index.html>

2 Concepción de la niñez en el correr de la historia. <https://www.ammado.com/nonprofit/50800/articles/8765>.

nas en Inglaterra hicieran trabajar en el hogar a los niños de 6 a 7 años y de 9 a 10 años como sirvientes con familias acomodadas.

Aunque de tamaño pequeño y falta de experiencia, en los siglos XVI y XVII, el niño pasa a ser considerado como un adulto en pequeño, capaz de adoptar la misma conducta de los adultos, razón por la cual usaban la misma ropa y realizaban las mismas faenas que los adultos.

Ya a partir de 1693, Locke afirma que el niño es una “tábula rasa”, una pizarra en blanco, desprovisto de maldad y sin conocimientos, que aprende a través de las experiencias sensoriales³, contradiciendo de esta forma los planteamientos de Platón y la teoría de las ideas innatas.

Locke, precisa que: “La mente nace completamente en blanco incluso sin reglas para procesar la información que le llega de los sentidos; todos los datos y las reglas para procesarlos son aprendidos de las experiencias sensoriales. La mente no tiene cosas innatas”⁴, postulado a partir del cual asigna gran importancia a la educación en la adquisición de conocimientos o habilidades.

A partir del siglo XVII, la historia de la infancia da un giro inesperado al considerarse que los niños venían del cielo y de los seres angelicales que rodean al trono de Dios, por lo que la niñez ese encuentra en un estado de pureza e inocencia, ya que ni el pecado ni la corrupción la habían tocado.

Al mismo tiempo, se le consideraba como el salvador del adulto porque lo guiaba a una tierra de luz y calma, lejos de la destrucción amenazante.

El Siglo XVIII se caracteriza por considerar al niño como bondad innata, debido a los postulados de Rosseau, quien afirmó: “El niño nace bueno, es la sociedad quien lo corrompe”.

3 JANETB: La teoría de John Locke de la Tabula rasa. http://www.ehowenespanol.com/teoria-john-locke-tabula-rasa-hechos_122396/

4 BALLESTEROS MARTÍN, Antonio: (2009) “De la mente como tabla rasa a las competencias básicas” (Primera parte: La Teoría) Revista Digital del Centro del Profesorado de Alcalá de Guadaíra

Así, plantea que la educación debe entender al niño, satisfacer sus necesidades y mejorar sus intereses naturales, recomendando, asimismo, que los niños de 2 a 12 años jueguen en libertad, en entornos naturales, sin ningún tipo de entrenamiento académico. Con la teoría de Darwin se plantea la idea que la infancia es similar al desarrollo del hombre primitivo, el desarrollo de la vida mental es como la evolución de la vida: vegetal, animal, humana.

Se asigna un papel pasivo a la intervención de la persona en su propio desarrollo, por lo que debe ser modelado por los hábitos, las pasiones, los ideales de aquellos que lo rodean y que va ser impresionado para bien o mal, por todo lo que ve o escucha. No obstante, dicha formación debía encaminarse a modelar hábitos y reacciones rutinarias a la vida para asegurar su éxito eterno y darle múltiples impulsos o estímulos, con lo cual se creó un largo período de dependencia de los infantes a los padres.

Erickson en su libro “Juguetes y razón”, reivindica que los niños deben jugar solos (reflejo práctico de las necesidades de la época) y define al juego como el entrenamiento de la vida porque le permite construir su identidad “A un niño le gusta jugar no porque es fácil sino porque le resulta difícil”.

Critica a los que entienden al juego o la actividad lúdica como diversión y que no lo consideran como trabajo infantil. Sostiene que esa falta de valoración, excluye al niño de una fuente temprana de identidad, es “convertir a la niñez en un segmento separado de la vida con su propio folklore y literatura, en vez de un rol preliminar al adulto”.

Con el surgimiento de la Convención por los Derechos del Niño, en los años 50, se logra que se considere al niño como un ser social con derechos y deberes. Establece que la sociedad y el Estado deben brindarle la protección, educación y atención para la satisfacción de sus necesidades básicas y para el logro de su bienestar integral.

Al margen de tales formas de considerar a la infancia, se dieron una serie de atrocidades como las ocurridas en Roma, que asesinaba a los niños deformes, el trato que se daba a los infantes en Esparta. La situación de las niñas era peor aún, ya que vivían encerradas y en permanente preparación para casarse y servir al marido.

No podemos ignorar, sin embargo, los abusos sexuales a menores y su prostitución forzada, como uno de los capítulos más siniestros de la historia de la humanidad, hecho que se ha dado desde la antigüedad, en que se consideraba natural tomar a los menores como objetos sexuales, en prácticamente todas las culturas, lo que sigue suscitándose en la actualidad, a escala mundial y con verdaderas organizaciones criminales a nivel mundial, a lo que no están ajenos muchos miembros de la Iglesia Católica.

III.- DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA NIÑEZ

3.1. Ámbito nacional

La Constitución Política de 1993, establece en su Artículo 1º. “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Asimismo, el Artículo 2º, precisa, entre otras cosas, que “Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

(...)

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

Por su parte, el Artículo 4º, señala que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

(...)”

3.2. Tratados Internacionales

A) CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos,

establece los Derechos del Niño en su Artículo 19, señalando “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

B) La Declaración de Ginebra. PEQUEÑA HISTORIA DE LA PRIMERA CARTA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA

“Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la Humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle, afirman así sus deberes, descartando cualquier discriminación por motivos de raza, de nacionalidad o de creencia:

1. El niño

Ha de ser puesto en condiciones de desarrollarse de una manera normal, material y espiritualmente.

2. El niño

hambriento
debe ser alimentado;
el niño enfermo
debe ser atendido;
el niño deficiente
debe ser estimulado;
el niño desadaptado
debe ser reeducado;
y el huérfano y el abandonado
deben ser recogidos y ayudados.

3. El niño

Debe ser el primero
en recibir socorro en caso de calamidad.

4. El niño

debe ser puesto en condiciones
de ganarse la vida,
y debe ser protegido
de cualquier explotación.

5. El niño
debe ser educado
en el sentimiento de que tendrá que poner
sus mejores cualidades
al servicio de sus hermanos”⁵.

C) Declaración de los Derechos del Niño

Bajo los Considerandos que:

“...la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,” y “...que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”.

La Asamblea General, proclama la “...Declaración de los Derechos del Niño a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente en conformidad con los siguientes principios:”

“(..)

Principio 2. El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.

Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

5 BOFILL, April y COTS, Jordi: (1999) La Declaración de Ginebra. PEQUEÑA HISTORIA DE LA PRIMERA CARTA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA. Comissió de la Infància de Justícia i Pau. Barcelona.

(...)

Principio 9. El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata.

No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

(...)"

D) Convención sobre los Derechos del Niño

Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

Señala en su Preámbulo:

“Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”.

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del

Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”,

(...)”

Define al niño en su Artículo 1 “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño 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”.

El Artículo 11, respecto a la presente investigación, establece “1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.”

Por su parte, el Artículo 19, precisa:

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

Finalmente, el Artículo 34, establece:

“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, 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”.

IV.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Según la Defensoría del Pueblo⁶, “Con la aprobación del Código de los Niños y Adolescentes (1992), el Estado peruano inició la implementación de las obligaciones previstas en la Convención sobre los Derechos del Niño. A través del referido Código se creó el Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente (Snaina), como sistema encargado de dictar las políticas nacionales y coordinar los planes, programas y acciones de las instituciones públicas y privadas dirigidas a los niños y adolescentes. Asimismo, introdujo a las Defensorías del Niño y Adolescentes como un servicio encargado de resguardar y promover los derechos reconocidos a favor de los niños, niñas y adolescentes”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, ha señalado que “...teniendo en cuenta la obligación del Estado de proteger el interés superior del niño y del adolescente (artículo 4° de la Constitución), y que es de público conocimiento que en nuestra sociedad los delitos de violación, agresión o abuso sexual, especialmente contra menores de edad, constituyen un tipo grave de afectación a los derechos de aquellos, debe exhortar al Congreso de la República para que, conforme a sus competencias, legisle de forma sistemática y con la gravedad de la pena que corresponda, las respectivas disposiciones penales del capítulo sobre violación de la libertad sexual del Código Penal que tengan por finalidad la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad”⁷.

6 Defensoría del Pueblo: (2013) ¡Fortalezcamos las Demuna! Defendiendo los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Serie Informes Defensoriales – Informe N° 164.

7 Tribunal Constitucional: Sentencia recaída en el Expediente N° 00008-2012-PI/TC. Declara infundada demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 1° de la Ley N°

De acuerdo a los preceptos constitucionales y a los Tratados Internacionales suscritos por el Perú, la protección del menor debiera ser una prioridad como política de Estado.

Sin embargo, observamos que junto a tales instrumentos, existe una grosera diversidad y amplitud de disposiciones administrativas que agravan la situación de los menores de edad víctimas del delito de violación sexual.

Sin embargo, nuestra preocupación se centra en los procedimientos a que son sometidas las víctimas, la que encaramos desde el ámbito constitucional, atendiendo a que toda sociedad está en la obligación de preservar la integridad física y mental de las personas más débiles y porque, además, la niñez constituye el futuro de la patria.

En ese sentido, lo expuesto respecto a los preceptos constitucionales protectores de la niñez y las obligaciones contraídas por nuestro país a través de los Tratados Internacionales, deben hacernos reflexionar sobre lo que acontece con las víctimas del atroz delito de violación sexual.

Ocurrido el hecho, dichas víctimas son sometidas a tratos que deben ser considerados vejatorios y que, por sí mismos, atentan contra el interés superior del niño desde la etapa de la investigación policial.

En efecto, la propia Defensoría del Pueblo⁸, en un estudio realizado sobre 215 expedientes en 82 Juzgados Especializados en lo Penal de varias regiones del país, encontró que:

1. Durante el desarrollo de la diligencia de declaración de la víctima se formularon preguntas prejuiciosas o impertinentes referidas a su vida sexual, o al número de veces en que fue agredida sexualmente por el mismo agresor.
2. Poca costumbre que tiene la policía de ordenar como prueba la inspección ocular en los casos de delitos sexuales.

28704 que modifica el artículo 173°, inciso 3°, del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad. Fundamento 116.

8 Defensoría del Pueblo: (2007) La aplicación de la justicia penal ante casos de violencia sexual perpetrados contra niñas, niños y adolescentes. Informe Defensorial N° 126.

3. La ausencia del Ministerio Público tanto en la diligencia de declaración de la víctima como en la del investigado, más allá del incumplimiento expreso de la ley, estaría revelando una escasa preocupación en el desarrollo de las investigaciones y, por ende, en el esclarecimiento de los hechos que son materia de estas.
4. El fiscal de familia no cumplió con remitir el informe al fiscal penal.
5. Incumplimiento de lo establecido en el artículo 144° del NCNA que señala la obligación del fiscal de familia de ordenar la evaluación clínica y psicológica de la víctima, habiéndolo hecho el juez penal.
6. Bajo porcentaje de exámenes psicológicos practicados que estaría revelando, por un lado, la escasa importancia que los operadores del sistema de administración de justicia brindan a las consecuencias psicológicas del hecho delictivo y, por otro, la poca utilización de un importante elemento de prueba que permitiría afirmar en gran medida la verosimilitud de los relatos de las víctimas o de los presuntos autores.
7. Las víctimas de delitos sexuales menores de edad se encuentran en mayor situación de indefensión que los supuestos agresores o denunciados los cuales incluso tienen, en mayor proporción, abogados particulares.
8. El resultado de una investigación policial consta en un parte o atestado policial. Sin embargo, cabe precisar que las conclusiones a las que arriba la autoridad policial no poseen efectos vinculantes para el fiscal, el cual puede discrepar en la interpretación de las actuaciones o en la calificación realizada por la policía.
9. No se mantiene en reserva la identidad de la niña, el niño o el adolescente víctima de delito sexual.
10. Los procesos penales sumarios por delitos sexuales en agravio de menores de edad tienen una duración que supera el triple del plazo legal máximo.
11. El fiscal que interroga a la víctima (fiscal de familia) no es el mismo que aquel que interviene en la instructiva.
12. El juez omite ejercitar sus potestades coercitivas para asegurar la concurrencia del procesado a las diligencias ordenadas por él y, de esta manera, el éxito del proceso.
13. La principal fuente de prueba (la víctima) no es asegurada a efectos de que coadyuve a la investigación del hecho ilícito, mediante la adopción de medidas de protección de oficio.

14. Escasa utilización de medios de prueba como la reconstrucción de los hechos o la inspección ocular que pueden ser ordenadas y practicadas sin la presencia efectiva de la víctima, aunque sí de su defensa.
15. Escaso porcentaje de víctimas menores de edad de agresión sexual que se constituyen en parte civil.
16. Situación de desventaja de las víctimas menores de edad con relación a su acceso efectivo al servicio de asistencia jurídica (sea particular o de oficio) durante el proceso penal.

V.- EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES

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 él 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”⁹.

En otro informe, la Defensoría del Pueblo precisa que “La violencia sexual es una actividad delictiva y uno de los problemas más dramáticos de nuestra sociedad. A pesar de sus graves consecuencias en las víctimas y en sus entornos familiares, estos delitos no son comprendidos en toda su gravedad y con frecuencia se silencian o se abordan incorrectamente derivando en una inaceptable impunidad.

La violencia o abuso sexual contra menores de edad se define como todo acto o actividad sexual, que una persona adulta impone a un niño o niña, quien evidentemente no está en las condiciones de entenderlo y defenderse. Estos

9 Defining Child Maltreatment, Organización Mundial de la Salud.

actos se realizan mediante el engaño, la fuerza o el chantaje, aprovechando un vínculo de autoridad, ascendencia o confianza que le une a la víctima. La agresión va desde las miradas, palabras, mostrar imágenes, hacer tocamientos, provocar roces, hasta la penetración o violación, pero muchas veces, salvo la penetración, estos actos no son entendidos como abuso sexual. El delito de violación sexual se define también como el acceso carnal cometido con violencia, abuso o amenaza de la persona, a causa de su edad, enfermedad o imposibilidad de defensa. Es esencialmente un acto de poder”¹⁰.

La Organización Paz y Esperanza, señala que “La violación sexual por sí 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”¹¹.

Según la Alta Misión para Refugiados de las Naciones Unidas, el abuso sexual de niños consiste en “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”¹².

De todo lo glosado, se infiere que el abuso sexual contra menores ataca derechos fundamentales constitucionalmente protegidos y cuya gravedad, frecuencia, extensión y violencia, alerta sobre un problema que el Estado debe enfrentar en forma eficaz acudiendo a todos los instrumentos legales a su alcance.

10 Defensoría del Pueblo: VIOLENCIA SEXUAL CONTRA MENORES DE EDAD EN AREQUIPA. Informe Defensorial N° 52. P. 7.

11 Abuso sexual de niños y adolescentes: http://www.pazyesperanza.org/news/abuso_sexual.pdf

12 “Sexual Violence: Types of Sexual and Gender Based Violence”, Capítulo 1, Sexual and Gender-Based Violence against Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons, UNHCR. P. 16.

Sin embargo, uno de las armas más poderosas para combatir este flagelo, lo constituye la prevención, cuyo radio de acción abarca diversos sectores del Estado y de la sociedad civil.

En efecto, la cárcel es el último recurso y, hasta donde la experiencia nos dicta, el menos eficaz, porque quienes han sufrido una larga carcelería por el delito de violación sexual de menores, no salen regenerados del penal.

En cambio, acciones de prevención y otras medidas de orden disuasivo, con seguridad aportarán mayores beneficios.

VI.- ANÁLISIS Y DISCUSIÓN

Lo expuesto a través de la presente investigación nos permite afirmar que en el delito de violación sexual de menores se producen situaciones que lesionan derechos fundamentales de los menores.

En efecto, de acuerdo a lo señalado por la Defensoría del Pueblo, a pesar de lo sensible que resulta la lesión sufrida para las víctimas, estas no encuentran en el Estado la comprensión y respecto que merecen.

La Policía Nacional, al momento de recibir la denuncia, asume una actitud burlona que menoscaba la moral de personas inocentes; los peritos de Medicina Legal, demuestran una conducta endurecida y poco comprensiva con el sufrimiento de las víctimas y, por último, a nivel de la investigación fiscal y judicial, nuevos maltratos y exposición a situaciones humillantes y vergonzosas se presentan para las víctimas.

Durante el proceso, la situación se agrava, porque las víctimas, en la mayoría de casos, no cuentan con dinero para pagar los servicios de un defensor y, casi nunca, se constituyen en parte civil.

Culminado el proceso, si bien las penas aplicadas a los inculpados reflejan lo establecido en el Código Penal, la reparación civil establecida por el juzgado, resulta diminuta.

Todo ello, revela que a las víctimas del delito de violación sexual les están limitados los derecho a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a la asistencia letrada gratuita para las víctimas menores de edad y a una reparación oportuna y adecuada.

Lo expuesto, nos permite comprobar que con posterioridad a la comisión del delito de violación sexual, se produce una sobrevictimización que se inicia desde la denuncia policial y continúa durante el proceso judicial.

Otra situación que afecta el derecho de las víctimas está referido a que, rara vez, los jueces disponen el tratamiento psicológico, a fin de ayudarlas a superar la situación emocional.

De lo expuesto, se puede apreciar que el proceso administrativo disciplinario ha sufrido una lenta evolución, la que continúa en la actualidad, a tal punto que ha dado origen a una variada legislación que en lugar de contribuir a unificar criterios y afrontar con eficacia la inconducta funcional de los servidores civiles y luchar contra la corrupción, lo que hace es parcelar la realidad, haciendo privativo de autoridades y sectores lo que debiera ser la expresión del poder punitivo del Estado de una manera clara y definitiva.

Si bien manifestamos nuestro acuerdo con que el proceso administrativo disciplinario sea tratado con rigurosidad, también debemos precisar que la unicidad de criterios y la oportunidad para su resolución son elementos de vital importancia.

En ese sentido, resulta lesivo tanto para la entidad como para el procesado que las entidades actúen con tanta negligencia al dilatar excesivamente la resolución de los procesos y que el Tribunal del Servicio Civil, mientras aplica el principio de inmediatez, se tome casi dos años para resolver las apelaciones, como tampoco es admisible que por ley se otorgue a la Contraloría General de la República pronunciarse en plazo tan excesivo.

La salud moral de la Administración Pública, tan reclamada en los discursos políticos, se ve empañada con disposiciones de esa naturaleza.

CONCLUSIONES

1. El delito de violación sexual de menores constituye una permanente preocupación de la ciudadanía debido a su alarmante incremento.
2. Desde el punto de vista de la estadística del delito, podría considerarse que su incremento es producto de la globalización, los cambios en la sociedad y hasta la relajación de los valores.
3. La investigación del delito de violación sexual de menores, desde el punto de vista científico, exige un abordaje, teórico, constitucional, jurídico, antropológico, sociológico y psicológico, pues sus causas están enclavadas en graves distorsiones sociales que condicionan conductas antisociales con grave deterioro de la escala de valores.
4. A pesar del grado de dañosidad del delito de violación sexual de menores, se ha puesto en evidencia la desatención por parte del Estado de aspectos relacionados con el respeto y debido cuidado de interés superior del niño al momento de realizar la investigación del delito.
5. Nuestro sistema policial y judicial lesiona derechos fundamentales de las víctimas del delito de violación sexual, lo que resulta más grave en el caso de menores de edad, afectándose con ello el interés superior del niño.

Recomendaciones como producto de estudio

- Es necesario conformar cuerpos especializados en la Policía Nacional del Perú encargados de recibir las denuncias y realizar las investigaciones en el caso de los delitos de violación sexual.
- A nivel Fiscal y judicial, es preciso reforzar los conocimientos y sensibilizar a los operadores de justicia, a fin que comprendan la magnitud del daño provocado por el delito de violación sexual.
- Debe designarse un grupo de abogados de oficio que se especialice en la defensa de las víctimas del delito de violación sexual.
- Es preciso garantizar la presencia del Fiscal en todas las etapas de investigación.
- Durante todas las etapas de investigación, debe asignarse un Psicólogo para asistir a las víctimas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abuso sexual de niños y adolescentes: http://www.pazyesperanza.org/news/abuso_sexual.pdf
- ANNAN, Kofi A.: (2005) Historia de la infancia. <http://www.amnistia-catalunya.org/edu/es/historia/h-index.html>
- Concepción de la niñez en el correr de la historia. <https://www.ammado.com/nonprofit/50800/articles/8765>.
- BALLESTEROS MARTÍN, Antonio: (2009) “De la mente como tabla rasa a las competencias básicas” (Primera parte: La Teoría) Revista Digital del Centro del Profesorado de Alcalá de Guadaíra
- BOFILL, April y COTS, Jordi: (1999) La Declaración de Ginebra. PEQUEÑA HISTORIA DE LA PRIMERA CARTA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA. Comissió de la Infància de Justícia i Pau. Barcelona.
- Defensoría del Pueblo: (1999) La violencia sexual: un problema de seguridad ciudadana - Las voces de las víctimas. Serie Informes Defensoriales. Informe N° 21.
- Defensoría del Pueblo: VIOLENCIA SEXUAL CONTRA MENORES DE EDAD EN AREQUIPA. Informe Defensorial N° 52.
- Defensoría del Pueblo: (2007) La aplicación de la justicia penal ante casos de violencia sexual perpetrados contra niñas, niños y adolescentes. Informe Defensorial N° 126.
- Defensoría del Pueblo: (2013) ¡Fortalezcamos las Demuna! Defendiendo los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Serie Informes Defensoriales – Informe N° 164.
- Defining Child Maltreatment, Organización Mundial de la Salud.
- JANETB: La teoría de John Locke de la Tabula rasa. http://www.ehowenespanol.com/teoria-john-locke-tabula-rasa-hechos_122396/
- “Sexual Violence: Types of Sexual and Gender Based Violence”, Capítulo 1, Sexual and Gender-Based Violence against Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons, UNHCR.
- Tribunal Constitucional: Sentencia recaída en el Expediente N° 00008-2012-PI/TC. Declara infundada demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 1° de la Ley N° 28704 que modifica el artículo 173°, inciso 3°, del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad. Fundamento 116.