

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”*.

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 dignidad”⁸

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 1º 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 2º 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”*.

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 7º 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 19º 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 34º 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 Todos 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 7º de la Convención Belén do Para señala que:

“Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y conviene 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 compensación”²⁴.”

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