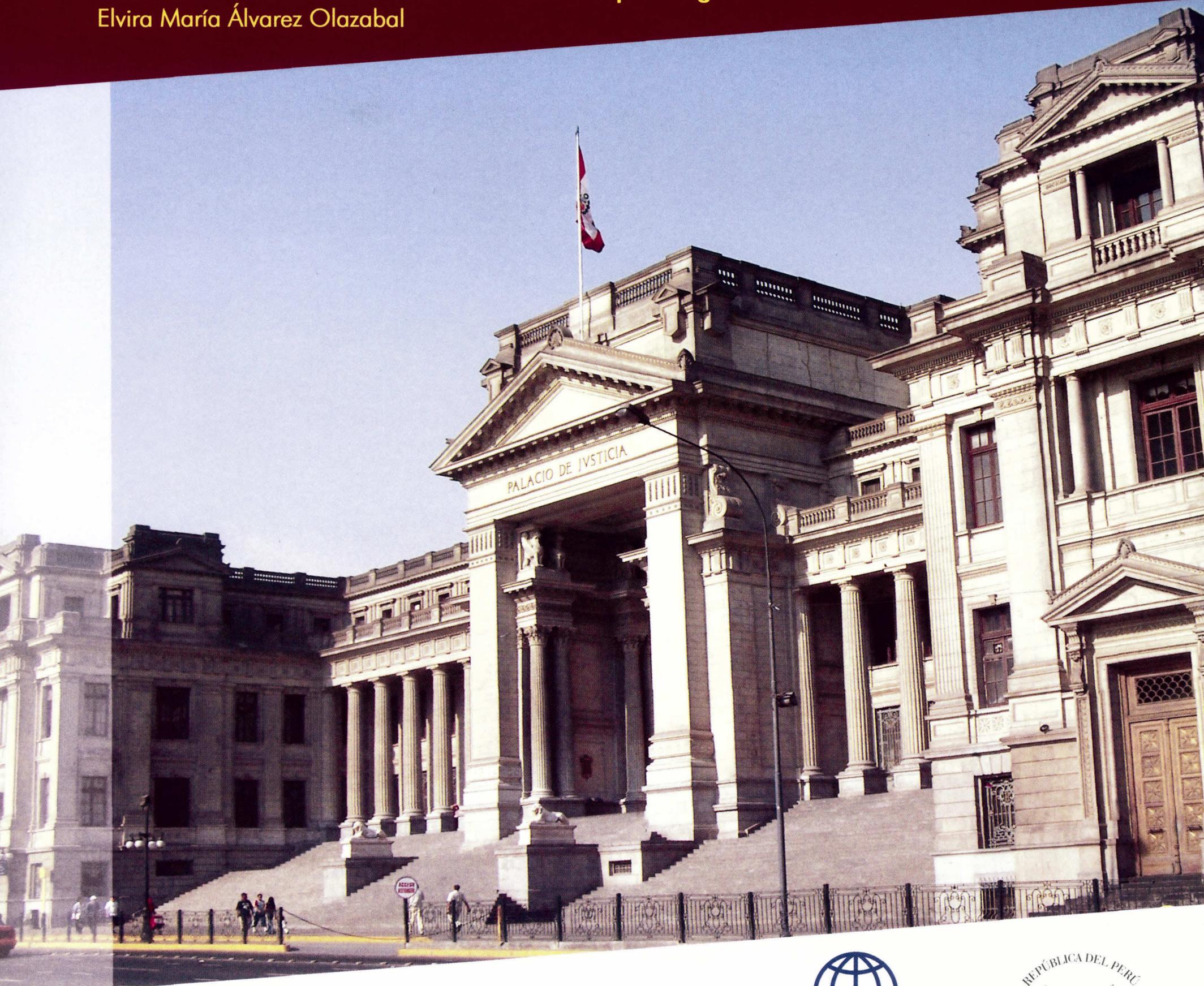


DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y DELITOS CONTRA LA FAMILIA

- **Delitos sexuales en agravio de menores**
César San Martín Castro
- **Delitos contra la familia: necesidad de un enfoque integral**
Elvira María Álvarez Olazabal



Banco Mundial
Proyecto de Mejoramiento
de los Servicios de Justicia



PODER JUDICIAL

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y DELITOS CONTRA LA FAMILIA

- **Delitos sexuales en agravio de menores**
César San Martín Castro
- **Delitos contra la familia: necesidad de un enfoque integral**
Elvira María Álvarez Olazabal



Banco Mundial
Proyecto de Mejoramiento
de los Servicios de Justicia



PODER JUDICIAL

© 2007 Delitos contra la libertad sexual y delitos contra la familia

© 2007 Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia

© 2007 Derechos Reservados

Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita de los titulares del Copyright, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción parcial o total de esta publicación por cualquier medio o procedimiento, incluidos la reprografía y el tratamiento informático.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2007-07297

Diseño gráfico:

David Collazos Palomino

Fotografía de portada:

Francisco Medina Tagle

Impreso en Perú-Printed in Peru

Lima, agosto de 2007

Legislación sobre Derechos de Autor

Decreto Legislativo 822

La reproducción de los extractos de las obras incluidas como Lecturas de esta publicación, se hace bajo los alcances del Art. 43, Inc. a) del Decreto Legislativo 822 (Ley sobre Derecho de Autor):

“Art. 43.- Respecto de las obras ya divulgadas lícitamente, es permitida sin autorización del autor:

- a) La reproducción por medios reprográficos, para la enseñanza o la realización de exámenes en instituciones educativas, siempre que no haya fines de lucro y en la medida justificada por el objetivo perseguido, de artículos o de breves extractos de obras lícitamente publicadas, a condición de que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro.”

Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

Francisco Távara Córdova
*Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República
y Presidente del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial*

Antonio Pajares Paredes
Vocal Supremo y Miembro del Consejo Ejecutivo

Javier Román Santisteban
Vocal Supremo y Miembro del Consejo Ejecutivo

Sonia Torre Muñoz
Miembro del Consejo Ejecutivo

Walter Cotrina Miñano
Miembro del Consejo Ejecutivo

Luis Alberto Mena Núñez
Miembro del Consejo Ejecutivo

Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia

Nelson Shack Yalta
*Coordinador General del Proyecto de Mejoramiento
de los Servicios de Justicia*

Índice

Delitos sexuales en agravio de menores

(Aspectos materiales y procesales)

César San Martín Castro

I. Introducción	13
II. Derecho penal material	17
III. Derecho procesal penal	33
IV. Derecho de familia: violencia familiar	43

Delitos contra la familia: necesidad de un enfoque integral

Elvira María Álvarez Olazabal

I. Cuestiones generales	57
II. Matrimonios ilegales	60
III. Delitos contra el estado civil	62
IV. Delitos contra la patria potestad	65
V. Omisión a la asistencia familiar	68
VIII. Violencia familiar	73

Lecturas

Elvira María Álvarez Olazabal

Lectura I: Observaciones y recomendaciones del Comité CEDAW al IV Informe sustentado por el Estado Peruano en enero del 2007	87
Lectura II: Explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes en el Perú: presente y pasado	101

**DELITOS SEXUALES
EN AGRAVIO DE MENORES
(Aspectos materiales y procesales)**

César San Martín Castro

César San Martín Castro. Estudió Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y una maestría con mención en Ciencias Penales. Es profesor principal de la Facultad de Derecho de la PUCP (Derecho Penal I, II y III; Derecho Procesal Penal e Investigación Jurídica I). Ha sido Juez Titular del 20mo Juzgado de Instrucción de Lima; Vocal Titular de la Corte Superior de Lima; asesor de la Alta Dirección del Programa de Gerencia Técnica del PNUD, en el Ministerio de Justicia; y actualmente es Vocal Titular de la Corte Suprema. Ha publicado "Derecho Procesal Penal", Vol. I y II (2003); "Derecho Procesal Penal", Vol. II (2003); "Delito de Tráfico de Influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales" (2002); "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Aspectos penales y procesales" (2002); entre otros.

I. Introducción

1. El ámbito del denominado “Derecho penal sexual” referido a los menores —que está integrado por normas de derecho penal material, de derecho procesal penal, de derecho de familia, y de derecho de ejecución penal—, ha soportado una intensa evolución legislativa en los últimos años y ha dado lugar a una aguda discusión pública, a la intervención de diversos actores sociales y a la formulación de comentarios, unánimemente críticos, de los juristas [ver: Rev. Actualidad Jurídica, Tomo 149, Lima, abril 2006, pp. 13/24]. Más allá de reconocer los perfiles polémicos de la institución, lo importante para el juez es, en *primer lugar*, determinar el alcance de las normas vigentes; en *segundo*, precisar las líneas interpretativas más acordes con las exigencias de constitucionales de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad; y, en *tercero*, orientar la conducta de los órganos de persecución penal y esclarecer a la ciudadanía y a la comunidad jurídica cómo y bajo qué condiciones se debe ejercer la represión penal.
2. El derecho penal sexual peruano, en el ámbito de atentados o abusos a niños y adolescentes, está integrado por las siguientes normas:
 1. El Código Penal, específicamente en los capítulos IX “violación de la libertad sexual”, X “proxenetismo”, y XI “ofensas al pudor público”, que integran el título IV “Delitos

contra la Libertad” del libro segundo. Aquí se tiene, dice Cancio Meliá, por un lado, las figuras dedicadas a ataques dirigidos de modo directo contra la libertad sexual de un sujeto concreto —tanto tipos legales impuestos con violencia o intimidación, cuanto los caracterizados por un componente de abuso o prevalimiento—; y, por otro lado, infracciones “periféricas” al bien jurídico de la libertad concreta de una persona determinada: los delitos relacionados con la prostitución y con las publicaciones y exhibiciones obscenas.

El capítulo IX, el más representativo y aplicado del elenco punitivo, fue modificado por el art. 1º de la Ley núm. 28704, del 5.4.2006. Concorre también el art. 1º de la Ley núm. 28251, del 8.6.2004, así como las Leyes núm. 27115, del 17.5.1999, y núm. 26293, del 14.2.1994. Los dos capítulos restantes: X y XI fueron reemplazados por el art. 1º de la citada Ley núm. 28251, del 8.6.1994.

2. La Ley núm. 28704 que, asimismo, modificó el Código de Ejecución Penal. De un lado, prohibió el indulto, conmutación de pena y derecho de gracia para los delitos de violación sexual de menor de edad, así como los beneficios penitenciarios de redención de penas, semi-libertad y liberación condicional. De otro lado, amplió los días para la redención de penas por trabajo y educación a razón de un día de pena por cinco de labor efectiva o de estudio en los delitos de violación sexual, violación de persona en estado de inconsciencia o imposibilitada de resistir, violación de persona incapacitada de resistencia, y violación de persona bajo autoridad o vigilancia.

3. La Ley núm. 27115, del 17.5.1999, que modificó el art. 178º CP, e instauró para todos los delitos concernidos la persecución penal pública.

4. El Código de Procedimientos Penales, en los siguientes ámbitos:

- A. El art. 218°, que estipula la obligatoriedad de audiencia privada para el delito de violación sexual.
- B. El art. 143°, que regula la preventiva de la víctima y la confrontación con el imputado, y ha sido modificado por el art. 2° de la Ley núm. 27055, del 24.1.1999, que establece, respecto de delitos sexuales, que la declaración se preste ante el fiscal de familia con arreglo al CNA, y prohíbe la confrontación con menores de 14 años, salvo que estos últimos lo soliciten.
- C. El art. 146°, que prohíbe la reconstrucción del delito sexual con menores de edad.
5. La Ley núm. 27115, del 17.5.1999, que introduce especialidades procedimentales respecto de la víctima, tales como:
- a) reserva de identidad;
 - b) consentimiento para el examen médico legal; y,
 - c) actuación probatoria teniendo en cuenta su estado físico y emocional.
6. La Ley núm. 27055, del 24.1.1999, que dispone que tratándose de niños y adolescentes víctimas de delitos de violencia sexual la pericia médica también podrá realizarse en los establecimientos de salud del Estado y en los centros médicos autorizados, y por un sólo perito médico.
7. El C.N.A., aprobado por la Ley núm. 27337, del 7.8.2000, cuyo art. 144°.b) impone al fiscal de familia intervenir en las declaraciones que presten en sede policial los niños y adolescentes víctimas de delitos de violencia sexual —con asistencia de sus padres o un representante que designen—, bajo sanción de nulidad; así como autoriza a ordenar la evaluación clínica y psicológica de la víctima. Luego de esas diligencias, recién remitirá al fiscal provincial penal un informe, el acta que contiene el interrogatorio de la víctima y los resultados de la evaluación.

8. El Texto Único Ordenado de la Ley de Protección frente a la violencia familiar, aprobado por D.S. N° 006-97-JUS, del 27.6.1997. La violencia sexual contra niños o adolescentes que se produce cuando se trata de ascendientes, parientes colaterales, quienes habitan en el mismo hogar —siempre que no medien relaciones laborales o contractuales—, o si se ha procreado hijos en común con uno de los padres, obliga a la intervención del fiscal provincial penal. El fiscal de familia, noticiado del hecho, podrá dictar las acciones inmediatas de protección respectivas. La policía podrá solicitar a las entidades públicas y privadas los informes que resulten necesarios. Las actuaciones serán reservadas. Los certificados y pericias pueden ser expedidos por Essalud, dependencias especializadas de las municipalidades, centros parroquiales autorizados e instituciones privadas autorizadas por el MP. Por último, el juez penal está autorizado a dictar detención en los supuestos de reiteración delictiva, y las medidas de protección de alejamiento, suspensión temporal de visitas, inventarios, así como asignación anticipada de alimentos —en rigor, se trata de medidas provisionales personales de suspensión preventiva de derechos y la anticipada de asignación preventiva de alimentos—.

9. El nuevo CPP, hasta hoy vigente en Huaura y La Libertad, que trae las siguientes especialidades procedimentales:

- a) el careo —ya no se denomina 'confrontación'— no procede frente a víctimas menores de 14 años, salvo que quien la represente o su defensa lo solicite expresamente (182°.3);
- b) el testimonio de menores de edad puede recibirse en privado, se debe garantizar su integridad emocional e intervendrá en el acto de la declaración un perito psicólogo y un familiar (art. 171°. 3 y 5);
- c) en las diligencias de inspección y de reconstrucción

- no se exigirá la concurrencia de los menores agraviados por delitos contra la libertad sexual (art. 194°.3);
- d) el examen corporal de personas no inculpadas, en este caso de la víctima menor de edad, procede aún sin su consentimiento, si se encuentra en su cuerpo determinada huella o secuela del delito (art. 212°.1);
- e) las medidas de protección si se aprecia un peligro para su persona, libertad o bienes o el de su familia (art. 247°.2); se podrá disponer protección policial, cambio de residencia, ocultación de su paradero, reserva de identidad, imposibilidad de identificación visual, videoconferencias (art. 248.2);
- f) la suspensión preventiva de derechos a favor de la víctima: prohibición de aproximarse al ofendido o su familia, obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél o la suspensión temporal de visitas (art. 298°.1.'e');
- g) las audiencias se realizarán en privado al afectar directamente el pudor y la vida privada del agraviado (art. 357°.1.'a');
- h) la declaración en juicio de un menor de 16 años será conducido por el juez, no por la propia parte —salvo que el interrogatorio no perjudique su serenidad—, y éste contará con el auxilio de un familiar y un psicólogo; y,
- i) el examen en juicio del agraviado menor de 16 años, si es de temer un perjuicio relevante para él, se hará alejando al imputado de la audiencia. (art. 380°.2).

II. Derecho penal material

1. El art. 20°.2 del Código Penal define el ámbito o piso básico del juicio de imputación subjetiva. Desde la capacidad penal,

sólo puede ser sujeto activo de un delito —de cualesquiera— el que ya cumplió 18 años de edad. El Código Penal incorpora una presunción legal, *jure et de jure*, según la cual los mayores de 18 años son, de manera normal, capaces de actuar culpablemente. De igual manera, el art. 22° CP establece un período intermedio entre 18 y 21 años, bajo la consideración de que el crecimiento de un ser humano aún no ha terminado —aunque Pinatel expresa que ese período en realidad se extiende hasta los 25 años—, en cuya virtud adopta como consecuencia la posibilidad de reducirle prudencialmente la pena. Llama la atención, empero, que el citado art. 22° CP, modificado por la Ley núm. 27024, del 25.12.1998, impide esa reducción de pena —descarta ese período paulatino de desarrollo—, entre otros, en los delitos de violación de la libertad sexual. Excepción, a nuestro juicio, de dudosa legitimidad constitucional desde la garantía de igualdad ante la ley al introducir una diferencia de tratamiento circunscrita al ámbito de la antijuricidad respecto de un factor que, sin embargo, está referido a la imputabilidad.

2. Respecto del sujeto pasivo, víctima de delitos sexuales, la legislación penal ha variado progresivamente... y de modo dramático. Así, el texto originario del CP 1991 —art. 173°—, establecía que el acto sexual o análogo —luego denominado 'acceso carnal'— debía ser impuesto a un menor de 14 años. Recién con la reciente Ley núm. 28704, del 5.4.2006, el tipo legal de abuso sexual de menor tiene como sujeto pasivo a un menor de 18 años de edad. Los autores de la enmienda legal —utilizando una expresión de Muñoz Conde para el caso español, que elevó de 12 a 13 años la edad para el abuso sexual— no han expuesto ninguna razón valedera, ni psicológica ni biológica, ni alguna modificación fundamental de los conocimientos sobre psicología evolutiva que justifiquen este cambio.

Esa configuración típica tiene como consecuencias directas en el ordenamiento punitivo, las siguientes:

A. Que el delito de seducción, previsto y sancionado en el art. 175° CP, no modificado por esa Ley, y que sancionaba al que tenga acceso carnal con una persona de 14 años y menos de 18 años mediante engaño, quedó vacío de contenido, porque si la víctima tiene menos de 18 años, sin interesar el medio utilizado para el acceso carnal, comete el tipo legal del art. 173° CP.

B. Que el delito de acceso carnal o acto análogo con adolescente a cambio de dinero u otra ventaja, y que sancionaba el acceso carnal con una persona de 14 y menos de 18 años mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, igualmente quedó vacío de contenido, pues el solo acceso carnal con un adolescente entre 14 y 18 años tipifica el delito de abuso sexual de menor (art. 173° CP).

3. En los delitos sexuales se entiende que el bien jurídico vulnerado es la libertad sexual, esto es, la facultad que tiene toda persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, que viene limitada por dos requisitos: el pleno conocimiento del sujeto del contenido y alcance de una relación sexual, y la manifestación voluntaria y libre consentimiento para participar en tal clase de relaciones lo que se criminaliza, por cierto, es la libertad sexual en su sentido negativo o pasivo y supone la capacidad de rechazar las intromisiones indebidas o no deseadas en el ámbito de la propia sexualidad (Alfaro Reyna). Pero, en el caso de menores o incapaces, no se protege la autodeterminación sexual pues por definición carecen de tal facultad, lo que se vulnera es la indemnidad sexual —noción de cuño italiana—, en cuya virtud la protección se orienta a evitar ciertas influencias que inciden de un modo negativo en el desarrollo futuro de su

personalidad, que en el caso de los menores, para que de adultos puedan decidir en libertad sobre su comportamiento sexual [se trata de preservar, en todo caso, la libertad sexual *in fieri* o en potencia, de la que el sujeto podrá hacer uso en etapas más avanzadas de su vida, lo que reclama como *prius* que en etapas previas de formación el sujeto quede a salvo de actos traumatizadores]. Presupone —importa una presunción *iure et de iure*— que esas personas no han alcanzado el grado de madurez suficiente y, por ende, se entiende a priori que carecen de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual. Hörnle nos dice que el desarrollo sexual de los jóvenes tiene que ser protegido contra prematuras y, por lo tanto, potencialmente dañosas influencias de los adultos.

Ahora bien, desde un punto de vista psicológico y social, antropológico incluso, no hay base empírica para sostener que un adolescente entre 14 y 18 años carece de capacidad física y psíquica suficiente para valorar adecuadamente una conducta sexual; y, desde la perspectiva político criminal, esa ley entraña una “huida al derecho penal”, en cuya virtud el legislador de modo interesado responde a la demanda social de una mayor protección creando nuevas figuras delictivas o endureciendo las ya existentes, pese a que criminológicamente se ha demostrado que las penas draconianas y el endurecimiento del sistema penal no expresan en la realidad una mayor protección a la víctima.

4. El delito de *abuso sexual de menor de edad* se configura cuando el agente tiene acceso carnal por cavidad vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por la vía vaginal o anal, con una persona menor de 18 años. Se trata de cuatro modalidades de abuso sexual de menor: acceso carnal vaginal, acceso carnal anal, acceso carnal bucal y acto análogo. La ley no toma en cuenta el *medio comisivo*, luego, puede ser con violencia, engaño o 'consentimiento',

medios que, en todo caso, tendrán que valorarse para la determinación judicial de la pena.

El *acceso carnal*, tanto desde la perspectiva biológica —penetración por vía vaginal— como desde una perspectiva normativa —penetración anal y bucal—, supone necesariamente la intervención del órgano sexual masculino. El *acto análogo* importa, de un lado, la introducción de objetos, sucedáneos del órgano sexual masculino —que sean capaces de ser utilizados con propósitos sexuales—; y, de otro lado, de partes del cuerpo aquellos que tienen posibilidades anatómicas de ser introducidas, de modo penetrante, dentro de las cavidades vaginal o anal (dedos, manos, pies, codos, rodillas).

Los instrumentos de acceso carnal no se limitan al miembro viril, pues también se prevé como elementos de acceso otros objetos —elementos materiales inanimados: palos, prótesis, etc.— o partes del cuerpo —todos aquellos que tienen apariencia de pene o que pueden utilizarse simbólicamente como tal, ser sucedáneos de él: dedos [que pueden ser del propio agresor como de la víctima, que es lo que se denomina “penetración digital”], lengua—. El acto bucogenital se considera como *acto análogo*, así como la utilización de la lengua, en tanto que también el tipo legal abarca el sexo realizado entre mujeres. Aquí es importante precisar que, a través de esas conductas, no solamente se protege la libertad de la víctima, sino también su dignidad personal y su intimidad.

Acceso carnal sexual equivale a acoplamiento sexual de dos personas, una necesariamente hombre, con penetración de su órgano genital por una de las vías indicadas: vagina, ano, boca. En consecuencia, podrá ser típica una relación entre dos hombres o entre un hombre y una mujer, pero no entre dos mujeres. Las prácticas homosexuales femeninas pueden encajar en un delito contrario al pudor, salvo si van acompañadas de la introducción de objetos en vagina o ano.

Cabe indicar que sólo las cavidades vaginal o anal son idóneas para la perpetración de la modalidad de introducción de objetos, de miembros corporales (dedo/lengua), pues únicamente a través de ellas puede considerarse efectivamente lesionada mediante la introducción la indemnidad sexual del menor.

El sujeto activo no sólo puede ser un varón, también puede serlo una mujer, en función a la naturaleza del bien jurídico vulnerado. Será sujeto activo el que imponga el acceso carnal a un menor de edad. El sujeto pasivo puede ser un menor de 18 años, varón o mujer, y por su propia minoridad. La presunción *iure et de iure* sobre la edad de la víctima opera incluso en los casos en que el menor es el que ha provocado el contacto sexual. El cómputo de la edad atiende al criterio biológico, sin que ninguna relevancia ostente la mayor o menor madurez psicológica de la víctima a estos efectos (Morales Prats/García Alberó).

Desde la tipicidad subjetiva sólo se requiere el dolo. La Corte Suprema ya definió que no hace falta el denominado “ánimo lúbrico”, basta el conocimiento del agente que con su conducta, la que exige el tipo legal, vulnera la indemnidad sexual de la víctima. No se está, por consiguiente, ante un delito de tendencia (el ánimo lúbrico no está expresamente recogido en la ley). El acento en la descripción típica —en la descripción objetiva de la conducta— no está en que se trata de una agresión de carácter finalmente sexual, sino en que debe concurrir un atentado contra la libertad sexual; sólo basta el conocimiento del carácter sexual del comportamiento realizado (Cancio Meliá).

Es posible, por otro lado, el error sobre el objeto, en particular sobre la edad de la víctima; y, como no se sanciona el atentado culposo, el error vencible o invencible, dará como resultado la impunidad del agente.

Desde la antijuricidad no existen causas de justificación que puedan eliminar la relevancia penal del hecho. En todo caso el consentimiento de la víctima es irrelevante.

La culpabilidad, amén de la capacidad de culpabilidad del sujeto activo, permite discutir la posibilidad de un error de prohibición, que niega el conocimiento del injusto como elemento matriz de la categoría culpabilidad. Es posible, en este ámbito, por ejemplo, que el sujeto considere que tener sexo con una joven mayor de 14 y menor de 18 años no es delito —error de prohibición—; y, muy especialmente, que desde sus valoraciones culturales —art. 15° CP—, distintas de la concepción oficial de la ley penal, no puede comprender el carácter delictuoso de su conducta [no se trata, en puridad, de un error culturalmente condicionado, sino de un caso particular de incapacidad penal de un individuo que pertenece a una cultura diferente de la oficial, que tiene patrones culturales diferentes de los que forman la base del Código Penal, y como tal no posee las condiciones personales necesarias para actuar conforme al derecho, existe en él una imposibilidad de comportarse conforme a cánones culturales que le son extraños, incapacidad por cierto distinta de la anomalía psíquica Hurtado-Pozo].

El delito permite la tentativa. La consumación sólo exige la penetración, pero no hace falta que sea completa, basta que haya existido; tampoco hace falta que el sujeto eyacule ni que se produzca la rotura de himen. En el caso de penetración vaginal sólo basta que ésta —con el pene, otras partes del cuerpo u objetos— haya superado el umbral de los labios mayores, esto es, en la zona inmediatamente anterior a la vagina —se adopta, lo ha hecho la jurisprudencia suprema, la tesis de la *inmissio penis*: mínimo acoplamiento o penetración, que es alternativa a la tesis de la *coniunctio membrorum* (introducción del pene hasta el máximo de lo posible)— [Alfaro

Reyna]. En el caso de penetración bucal sólo se requiere introducción del pene entre los labios y los dientes.

El delito también permite la coautoría y la complicidad. En el primer caso no hace falta que dos o más sujetos tengan acceso carnal con la víctima, basta advertir cómo se ha desarrollado el reparto funcional de roles según el plan acordado; por ejemplo: el que se limita a sujetar al menor a fin que otro le acceda sexualmente, o el que se limita a que terceros eviten que otro sujeto acceda sexualmente al menor.

La penalidad es graduable, según la edad de la víctima. Hasta menos de 10 años: cadena perpetua; entre 10 años y menos de 14 años: no menor de 30 ni mayor de 35 años de pena privativa de libertad; y, entre 14 años de edad y menos de 18: no menor de 25 ni mayor de 30 años de pena privativa de libertad.

El párrafo final del art. 173° CP introduce una circunstancia agravante específica, que traduce conductas de prevalimiento derivadas de una situación de superioridad. En los casos de víctimas menores entre 10 y 18 años sanciona el acceso carnal con pena de cadena perpetua, cuando el agente abusa de su posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza. La Corte Suprema ha establecido, muy recientemente, que el prevalimiento que incorpora esa norma se refiere al abuso sexual derivado de una situación de superioridad. Tratándose de relación de parentesco, que es un supuesto especial de relación de superioridad, para evitar una vulneración al *ne bis in idem*, se requiere que el abuso sexual se imponga no por medio del consentimiento —el tipo agravado no guarda relación con él, no está orientado a obtenerlo—, que siempre estará viciado, sino mediante una situación de mayor antijuricidad y culpabilidad por una mayor facilidad en la ejecución, en tanto el abuso sexual entraña el aprovechamiento de las circunstancias con debilitamiento de

las posibilidades de defensa y posterior denuncia [sería el caso del parentesco, que importa la vulneración de normas de derecho privado relacionadas con los deberes inherentes a la patria potestad, o de una situación de superioridad, tales como la condición de profesor, patrón, sacerdote y de ascendencia de edad sobre los menores; esto es, en un contexto docente, laboral o en aquellas hipótesis en las que se establezca un temor o veneración reverencial hacia un sujeto, situaciones en las que se evidencia una desigualdad manifiesta y sustancial sujeto activo y sujeto pasivo del delito].

Otra circunstancia agravante, recogida en el art. 173º-A CP, que impone cadena perpetua, es si en los mismos supuestos del artículo anterior se causa la muerte de la víctima o le produce lesiones graves, siempre que el agente pueda prever este resultado, o si el agente procedió con crueldad. En el primer supuesto agravatorio configura un delito preterintencional, que exige culpa o imprudencia en el resultado muerte o lesiones graves [si la agresión fue anterior o posterior al acceso carnal, o si fue independiente a ella, se producirá, por su carácter doloso, un concurso real de delitos]. En el segundo supuesto, la crueldad significa que el agente causa a la víctima males innecesarios, la haga sufrir padecimientos excesivos e inusitados, buscados deliberada e inhumanamente, esto es, le inflinge dolor físico o aflicción psíquica.

Si como consecuencia del empleo de fuerza física por el agente se producen lesiones, éstas serán inherentes al acceso carnal si se trata de lesiones de escasa trascendencia, siempre que no sobrepasen lo que resulte normal o consustancial a la violencia utilizada; si lo sobrepasan se producirá un concurso ideal con el delito de lesiones. De otro lado, si median amenazas o coacciones se procede de igual modo, salvo que éstas se perpetren tras el acceso carnal, en cuyo caso se está ante un concurso real de delitos.

5. El delito de seducción, previsto y sancionado por el art. 175° CP, en rigor '*abuso sexual fraudulento*', si bien ha quedado vacío de contenido exige un nivel de precisión, en la medida en que por diversas técnicas hermenéuticas puede dejarse sin efecto la circunstancia de 14 a 18 años como edad de la víctima para la sanción por el delito de abuso sexual de menor.

El tipo legal exige acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, situación ya analizada, siempre y cuando, de un lado, la víctima tenga entre 14 y 18 años de edad, y, de otro lado, el medio comisivo sea el engaño, que es el elemento rector del delito. ¿Por qué la edad límite de 18 años? Como precisa Cancio Meliá, siguiendo la jurisprudencia española: “quienes alcanzan los 18 años son mayores de edad por mandato constitucional y tienen la madurez suficiente para no precisar una tutela específica en el ejercicio de su libertad sexual”.

El agente debe desplegar una conducta fraudulenta idónea que induzca a error a la víctima, a consecuencia de lo cual preste su consentimiento para aceptar el acceso carnal sexual. Engaño, por consiguiente, es toda actividad —con entidad suficiente— tendiente a distorsionar la realidad —en tanto mecanismo fraudulento en orden a presentar como verdadero lo falso— cuyo propósito u objetivo incide en obtener el consentimiento de la víctima para practicar el acceso sexual u otro análogo. El engaño a su vez debe generar en el sujeto pasivo el error, esto es, una falta de representación de la realidad concreta, que surge a consecuencia del mismo. Finalmente, el último elemento es el consentimiento al acceso carnal, como consecuencia del error originado por el engaño.

Desde esta perspectiva la Ejecutoria Vinculante del 21.1.2005, que refiere el engaño no en orden a obtener el consentimiento de la víctima sino a facilitar la realización del acceso sexual, no puede aceptarse. La relación lógica y evidente es la siguiente:

engaño —error— consentimiento viciado; y no puede reducirse a un atípico 'engaño por sustitución de pareja' (Salinas).

6. Las consecuencias jurídicas del delito, sin perjuicio de las penas, trae asociadas, en primer lugar, el denominado "tratamiento terapéutico" (art. 178°-A CP) para estos delitos de violación de la libertad sexual; y, en segundo lugar, desde el derecho civil, la obligación de prestar alimentos a la prole que resulte (art. 178° CP).

El tratamiento terapéutico se impone, primero, si la opinión médica o psicológica lo recomienda (se trata, apunta Villa Stein, desde la perspectiva médica, de un examen psiquiátrico y neurológico; y, desde la perspectiva psicológica, de un examen psicométrico y de personalidad); segundo, fijado por el juez es obligatorio, no es relevante el consentimiento del penado [Caro Coria]; y, tercero, persigue la readaptación social del penado.

El tratamiento terapéutico, cuyas técnicas y métodos no están especificados y, por ende, quedan en manos del cuerpo profesional que debería participar en la ejecución penal, en tanto en cuanto no se atenta contra la integridad física ni la dignidad del condenado (Caro Coria), es concebido como una medida de seguridad muy especial, al aplicarse a sujetos culpables, a quienes se ha impuesto pena privativa de libertad, y además condiciona la obtención de beneficios penitenciarios a su práctica exitosa, a la vez que tratándose de penas de ejecución suspendida, está configurada como una regla de conducta obligatoria (Bramont Arias/García Cantizano). Más allá de las críticas que merece esa figura, con su imposición se busca readaptar al penado a la sociedad conforme a la función preventiva, protectora y resocializadora de la pena, más allá de lo utópico que ello representa en atención a las condiciones de los establecimientos penales (Salinas).

7. El capítulo X regula los delitos asociados al *proxenetismo*. El proxenetismo importa una actividad económica cuya finalidad

es propiciar o facilitar el comercio sexual habitual y lucrativo entre terceros. El bien jurídico vulnerado de modo predominante, en especial cuando la persona prostituida es menor de edad, es la libertad sexual individual, en concreto su indemnidad sexual, a no sufrir interferencias por parte de terceros en cuanto al bienestar psíquico y al normal y adecuado proceso de formación sexual de los mismos. Aunque también el CP castiga conductas como la promoción o fomento de la prostitución de personas mayores de edad, en cuyo caso el bien jurídico sería la moral sexual [es, dice Bustos, aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas]. La prostitución es entrega sexual de una persona a otra, realizada de forma habitual o reiterada e indiscriminada a cambio de precio o cosa que lo representa —v.gr.: droga—, sin que sea imprescindible que se trate de la única actividad o medio de vida del sujeto que se prostituye, como tampoco son imprescindibles los requisitos de permanencia ya profesionalidad en su ejecución (Carmona Salgado).

El art. 179° CP castiga la promoción y el favorecimiento de la prostitución. En el primer caso el agente inicia o propicia la prostitución de otra persona. En el segundo caso, el agente allana obstáculos en el curso de esa actividad para que el individuo prostituido pueda seguir ejerciendo la prostitución (Bramont Arias/García Cantizano).

El tipo legal incorpora como circunstancia agravante que la víctima es menor de 18 años. Pero, por imperio de la Ley núm. 28704, el proxeneta será cómplice primario del delito de violación de menor que cometerá el parroquiano (Salinas).

A su vez, el art. 179°-A CP castiga el abuso sexual de adolescente, entre 14 y 18 años de edad, a cambio de dinero u otra ventaja —de cualquier naturaleza—. Esa figura no presupone exclusivamente que la víctima sea prostituta, sino

que eventualmente puede ser sometida al acceso carnal o acto análogo a cambio de dinero u otra ventaja. De igual manera, por imperio de la Ley núm. 28704, el sujeto activo de este delito será reprimido por delito de abuso sexual de menor.

Lo mismo sucede con el rufianismo (art. 180° CP). El rufián, como se sabe, no promueve ni favorece la prostitución, sólo se dedica a vivir de los ingresos obtenidos por la práctica de la prostitución, pero la 'explotación' que indica el tipo legal, se concentra no en el que se mantiene con los ingresos provenientes de la prostitución, sino en el que invierte esos ingresos en una actividad, lícita o ilícita, con la finalidad de obtener mayor utilidad o provecho económico para sí, o para darse lujo o comodidades (Roy Freire).

Salinas señala que si el rufián explota las ganancias obtenidas por un menor prostituido será cómplice del delito de abuso sexual que efectúa aquél que somete a la práctica sexual a la menor a cambio de dinero; empero, explotar la ganancia obtenida por el que ejerce la prostitución no es un acto de complicidad del abuso sexual si el prostituido es un menor de edad —propriadamente, no es hacer posible o facilitar el acceso carnal—, es un acto distinto que, por cierto, puede castigarse en concurso con la complicidad con el delito de abuso sexual de menor si se da un concreto acto que favorezca la ejecución, haciéndola posible o facilitándola (Hurtado).

El tipo legal de prostitución, previsto y sancionado en el art. 181° CP, comprende tres comportamientos delictivos del sujeto activo, sin hacer referencia a los medios comisivos para su realización, esto es, para entregar al sujeto pasivo a otro con el objeto de tener acceso carnal. Se trata de comprometer (el agente logra un acuerdo con el sujeto pasivo, lo convence, para entregarlo a otro con fines sexuales), seducir (el agente engaña a la víctima y la hace incurrir en error de modo que se entrega a un tercero con la finalidad de tener acceso carnal), y

sustraer (el agente aparta a la víctima de su ambiente familiar para entregarlo a un tercero con fines de acceso carnal). Salinas considera que si la víctima es menor de edad, el agente será cómplice primario del delito de abuso sexual de menor, en tanto se produzca el acceso carnal del tercero.

Otro tipo legal involucrado es el de "turismo sexual adolescente". Los cuatro comportamientos delictivos tienen en común que el agente apunta a que se tenga acceso carnal con menores a cambio de dinero, para lo cual se vale de cualquier medio escrito, folleto, impreso, visual, audible, electrónico, magnético o a través de Internet, en los que ofrece relaciones sexuales de carácter comercial con menores de edad. Hoy en día constituirían actos de instigación de abuso sexual de menor (Salinas), siempre que se concrete en una o varias personas respecto de unas víctimas predeterminadas, así anunciadas; aunque si se trata de una actividad en público y ante un número indeterminado de individuos no podrá tener tal calidad (Hurtado Pozo), supuesto en que se estará, entonces, ante este delito.

El delito de "turismo sexual adolescente", previsto y sancionado en el art. 181°-ACP, sanciona cuatro comportamientos delictivos:

1. *Promover*: El agente por diversos medios fomenta, inicia, impulsa o comienza el turismo sexual. Es agente el propietario o conductor directo del negocio.
2. *Publicitar*: El agente difunde, divulga, informa, hace propaganda del turismo sexual.
3. *Favorecer*: El agente ayuda, auxilia, asiste, ampara o auspicia del turismo sexual. Lo hace respecto del propietario, administrador o conductor directo del negocio.
4. *Facilitar*: El agente provee, suministra, allana, agiliza el turismo sexual. No se es propietario o conductor del negocio de turismo sexual, sólo se encargan de allanar o facilitar el camino a aquél.

El delito de trata de personas, previsto y sancionado por el art. 182° CP, tutela, de un lado, la moral sexual social, moral que está en contra de todo tráfico de personas que tenga por objeto destinarlas a la prostitución (Bramont Arias/García Cantizano); y, de otro lado, la dignidad de las personas, que es afectada con cualquier conducta de tráfico con fines sexuales (Salinas). La conducta típica apunta a que la víctima ejerza la prostitución, o someterla a esclavitud sexual, pornografía o a otras formas de explotación sexual. Varios son los supuestos típicos: a) promoción de la entrada al país de la víctima; b) promoción de la salida del país de la víctima; c) promoción del traslado dentro del territorio nacional de la víctima; d) facilitación de la entrada al país de la víctima; e) facilitación de la salida del país de la víctima; y f) facilitación de la salida del país de la víctima. Promoción, como se ha dejado expuesto, es estimular, instigar o inducir, mientras que facilitación es cooperación, ayuda o contribución.

8. Por último, se tienen los delitos asociados a las “ofensas al pudor público”. De un lado, se tiene las exhibiciones y publicaciones obscenas (art. 183° CP); y, de otro, la pornografía infantil (art. 183°-A). Ambos delitos tutelan la moral sexual social, en concreto —cuando se trata de menores de edad— el desarrollo y formación sexual del menor, como presupuesto de su libertad sexual. Se busca custodiar el bienestar psíquico de los menores, entendido en este contexto como protección jurídico penal de sus sentimientos personales frente a tales conductas exhibicionistas o relativas a la pornografía (Díez Ripollés); o, lo que es lo mismo, de su derecho a disfrutar de un adecuado proceso de formación y desarrollo evolutivo en el plano sexual sin interferencias ajenas interesadas (Vives Antón). Por tanto, las conductas criminalizadas sólo son aquellas aptas para generar el peligro de producir perjuicio en la evolución o el desarrollo de la personalidad del menor.

El primer delito, que es de mera actividad, requiere que se realice en lugar público, en general, conductas obscenas. Lo obsceno es aquello que carece de valor estético o literario de contenido sexual uniforme que apunta a estimular la lascivia del receptor (Villa Stein); desde una perspectiva más concreta, Morales Prats/García Alberó señalan que los actos de exhibición obscena reclama conductas de contenido objetivamente lúbrico, como por ejemplo la exhibición de genitales, o bien prácticas masturbatorias, que habrán de ser cualitativamente graves para colmar la exigencia típica relativa a la obscenidad de la conducta. Otros supuestos, que están radicados en menores, son: a) entregarle productos obscenos, con entidad para alterar su desarrollo y formación sexual; b) incitar a que el menor practique un acto obsceno o facilitar su acceso a un prostíbulo; y, c) permitir el ingreso a una representación obscena.

El segundo delito, que tutela la indemnidad de los menores, a quienes se pretende proteger que participen o intervengan en el material pornográfico (la representación sexual con menores, al igual que la que utilizan la violencia y el bestialismo, a través de diversos medios, son calificadas de pornografía “dura” - Muñoz Conde), que sean usados para confeccionar ese material. Según la jurisprudencia norteamericana el criterio determinante para calificar un producto de pornográfico —que debe diferenciarse del erotismo— requiere, en primer lugar, que el conjunto de la obra esté dominado por un contenido groseramente lúbrico o libidinoso, tendiente a excitar o satisfacer instintos sexuales y carente de valor artístico, literario, científico o pedagógico; y, en segundo lugar, que la representación sea potencialmente ofensiva por desviarse de los estándares dominantes contemporáneos de la comunidad relativos a la representación materias sexuales (Morales Prats/García Alberó).

El agente, en este caso, posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa o publica, importa o exporta por

cualquier medio incluida la Internet, objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas, o realiza espectáculos en vivo de carácter pornográfico, en los cuales se utilice a menores de edad, en los que los menores aparezcan en conductas sexuales aparentes o reales. Se entiende que tales representaciones sexuales tienen idoneidad para producir algún daño en el desarrollo de la personalidad de personas inmaduras.

Aquí no se sanciona que el material pornográfico tenga como destino a los menores, sino que en él hayan participado o se haya hecho uso de los menores. Los destinatarios pueden ser menores como mayores de edad (Salinas).

III. Derecho procesal penal

1. La persecución penal de los delitos sexuales en los que son víctimas los menores de edad presenta una serie de especialidades procedimentales, que en buena cuenta destacan la vulnerabilidad intrínseca de un menor que se ve convocado a que participe, incluso coactivamente, en las actuaciones del proceso penal.

Las normas procesales pretenden, en primer lugar, proteger al menor de una posible victimización terciaria; y, por ello, impide la publicidad y modulan determinados actos de investigación y de prueba, al restringir, por ejemplo, la posibilidad de ser careado con el imputado y al exigir el interrogatorio indirecto, a través del juez, e incluso declarar frente al imputado. En segundo, condiciona las diligencias de instrucción y plenarias a su estado de salud psicológica, permite la presencia de un familiar y la concurrencia de un perito psicólogo cuando debe intervenir en un acto policial, fiscal o judicial. En tercero, configura medidas instrumentales restrictivas de derechos que incluso pueden comprenderlo (es el caso de pruebas genéticas, revisiones íntimas). En cuarto, introduce medidas de protección de diversa índole.

2. Tratándose del menor víctima, las especialidades procedimentales tienen como eje: la garantía del estado físico y mental del niño (ex art. 3.3 Ley núm. 27115]. Si bien la Ley sólo hace mención a las actuaciones probatorias, debe extenderse, por obvias razones, a todos los actos procesales en que deba participar un menor. El fiscal y el juez deberán tomar nota de las características y situación del menor en el caso concreto y, a partir de esa condición, modular y adaptar los actos procesales en que deba intervenir, al punto incluso, en los casos extremos más delicados, previa opinión pericial, de suspender o impedir definitivamente su realización. El juicio de proporcionalidad claramente se inclina ante un conflicto de derechos, en especial del derecho a la prueba pertinente del imputado, por el bienestar del niño, y cuida de someterlo a diligencias de intensidad psicológica manifiesta que tengan entidad de afectar su equilibrio emocional o agravarlo aún más.

A. Un primer nivel de protección tiene que ver con la primera declaración del menor agraviado. Inicialmente el art. 2° de la Ley núm. 27055, del 24.1.1999, estableció que en los casos de violencia sexual en agravio de niños o adolescentes —hasta 18 años de edad, art. I TP CNA— la declaración de la víctima será la que rinda ante el fiscal de familia, con arreglo al CNA, salvo mandato contrario del juez. La opción es que el menor no sea sometido a una pluralidad de testimonios en sede de investigación, que no repita ante el juez penal, en el estrado judicial el acto realizado en sede preliminar.

Se discute si es necesaria la concurrencia del menor al acto oral. Parecería que sí, y por dos razones: el principio de contradicción y el derecho a la prueba pertinente del imputado, en base a los cuales el material probatorio que debe sustentar el fallo del juez sentenciador referido a la prueba personal debe formarse con la inmediación del

juez y al socaire de la intervención y contra interrogatorio de la defensa.

Posteriormente, el nuevo CNA, del 7.8.2000, consagró en el inciso b) del art. 144° la presencia obligatoria del fiscal de familia en las declaraciones en sede policial de niños y adolescentes víctimas de violencia sexual, “bajo sanción de nulidad y responsabilidad funcional”. Pero no sólo eso, también dispuso que el fiscal de familia, obligatoriamente, ordenará una evaluación clínica y psicológica de la víctima por personal especializado —o, lo que es lo mismo, informes médico legales, incluso propiamente sanitarios, y psicológicos—; y, a continuación, remitirá al fiscal penal un informe de lo actuado [podrá ser copia del informe policial si la policía ha intervenido desde el primer momento en la investigación], el acta de interrogatorio y los resultados de la evaluación.

La declaración del niño o adolescente debe contar con el concurso de una persona de su confianza. En primer lugar serán los padres o quien lo tenga bajo su tutela, siempre que no fueran los denunciados. En su defecto estos pueden designar a un representante. Se trata de dar confianza y seguridad al menor y mínimas garantías de equilibrio emocional que le permita una exposición de los hechos lo más cercana a la realidad de lo acontecido, con la seguridad que su exposición se producirá en un ambiente protegido. El NCPP, art. 171°.3, prevé, adicionalmente, la intervención directiva de un perito psicólogo —él llevará a cabo el interrogatorio, en presencia fiscal o judicial—, precisamente para garantizar no sólo la integridad moral del menor sino para obtener información útil y veraz sobre lo acontecido.

- B. Un segundo nivel de protección está centrado en dos diligencias que importan el concurso personal del imputado: confrontación y reconstrucción. La Ley núm. 27055, que modificó el art. 143°

ACPP 1940, estipuló que la confrontación entre imputado y el agraviado hasta 14 años está prohibida, salvo que sea él mismo quien lo solicite (desde luego, si el juez aprecia, con el concurso pericial, lo inconveniente del acto “en función a los superiores intereses del niño, a su estado físico o emocional”, está en la potestad de impedirla). El art. 146° ACPP 1940, modificado por la Ley núm. 27055, si bien no prohibió el reconocimiento personal —disposición razonable porque no importa contacto físico con el reo—, sí lo hizo respecto a la diligencia de reconstrucción, y aquí la edad de la víctima se extiende hasta los 18 años. Ésta última es una diligencia que tiene como rasgo distintivo su naturaleza de control —el instructor se traslada al lugar de la comisión del delito, adoptando las medidas oportunas que su ciencia le sugiera para reproducir el hecho sobre el escenario mismo en que se ejecutó, con asistencia de los testigos y del imputado, con el fin de adquirir conocimiento seguro de la forma en que el hecho se perpetró y de su circunstancias (Paz Rubio)—, y como importa un debate y relación más intensa con el imputado resulta razonable que la edad de la víctima sea superior.

C. Un tercer nivel de protección está centrado en el juicio oral, que está informado por los principios de publicidad, inmediación y de contradicción en sus estándares más altos. El art. 218° ACPP 1940 prescribe que en los delitos sexuales la audiencia se realizará siempre en privado. El art. 256°, modificado por el Decreto Legislativo núm. 959, establece que si la víctima es menor de edad, y se tema un perjuicio relevante para él, podrá alejarse al imputado de la Sala de Audiencias.

El NCPP 2004 estatuye, en primer lugar, que el Tribunal podrá disponer la realización en privado de todo o parte del juicio cuando se afecte el pudor o la integridad física de alguno de los participantes en el juicio —un supuesto típico es, por cierto, el del

menor víctima de abuso sexual— (art. 357°.1'a'). En segundo lugar, la declaración del menor de 16 años será conducida por el juez —sólo *cross examination* indirecto—, con el auxilio, de ser el caso, de un familiar y un experto en psicología; salvo que se aprecie que el interrogatorio directo no perjudicará su serenidad (art. 378°.3). En tercer lugar, podrá alejarse al acusado de la Sala de Audiencias cuando declare el menor de 16 años si es de temer un perjuicio relevante para él. Sin duda la discrecionalidad judicial debe estar fundada en un análisis del hecho objeto de juzgamiento, de la afectación padecida por la víctima menor de edad y por sus condiciones actuales (art. 380°.2).

Cierra la protección al menor el art. 3°.1 de la Ley núm. 27115. Sería el cuarto nivel de protección. Tanto la investigación preliminar cuanto el proceso jurisdiccional en su conjunto serán reservados. No cabe la publicidad hacia terceros, ajenos a las partes procesales. Adicionalmente, siempre debe preservarse la identidad de la víctima; esto es, se dictarán las medidas necesarias para que nadie pueda acceder al nombre del agraviado por delitos sexuales. La práctica judicial ha entendido, primero, que en la carátula de los expedientes judiciales no puede mencionarse el nombre de la víctima; y, segundo, que en el auto de apertura de instrucción, en el auto de enjuiciamiento y en la sentencia no se indicará el nombre de la víctima (se trata de actos procesales del juez que, sin duda, permitirían identificar el nombre de las partes, con lo cual se frustraría la voluntad de la ley de impedir el efecto lesivo del *striptus foris*). No obstante ello, es evidente que en la causa deben existir las constancias necesarias para identificar a la víctima, no sólo de cara a la actividad probatoria, sino también para definir quién es el agraviado y a quién debe abonarse la reparación civil en caso de condena.

3. Las diligencias de investigación y de prueba, asimismo, presentan ciertas singularidades. Es de hacer referencia, por un lado, al

registro personal y a la intervención personal; y, de otro lado, al nivel de verosimilitud de la declaración de una víctima menor de edad, y a la necesidad consiguiente de una pericia psicológica.

A. El cuerpo humano, de hecho, más aún en los delitos sexuales, es utilizado como sujeto pasivo en orden a la investigación y comprobación del delito. Según el derecho fundamental predominantemente afectado al acordar la práctica de las diligencias —como actos de investigación o medios de prueba— y en su realización, se tiene las inspecciones y registros corporales, de un lado, y las intervenciones corporales, de otro.

B. Las *inspecciones y registros corporales* consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (exámenes ginecológicos, electrocardiogramas, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.) afectan, cuando recaen sobre partes íntimas del cuerpo o inciden en la privacidad, el derecho a la intimidad corporal. Éstos buscan objetos en la superficie corporal o en las cavidades u orificios corporales naturales, así como rastros o vestigios materiales del delito: semen, sangre, heridas (Ortego Pérez).

C. Las *intervenciones corporales* consisten en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.).

D. La *exploración ginecológica* es, pues, una inspección corporal que está enderezada a revisar los esfínteres de una persona —es especial la cavidad vaginal— para la comprobación del hecho delictivo, que se pueden proyectar

sobre las demás partes del cuerpo, a la zona extragenital (rostro, cuello, mamas, abdomen, muslos, etc.).

E. El art. 3.2 de la Ley núm. 27115 prescribe que el examen médico legal se practica previo consentimiento de la víctima, el mismo que lo realizará exclusivamente el médico encargado del servicio con la asistencia de un profesional auxiliar; la presencia de otras personas en el acto pericial está condicionado, igualmente, al previo consentimiento de la víctima. Como quiera que está comprometida la intimidad corporal no es posible la intervención de terceros, que de ese modo atentarían contra el recato natural de la víctima y lesionarían su dignidad personal; además, se debe realizar por un profesional sanitario —esas pericias, a partir de la ley comentada, sólo requieren el concurso de un médico perito—.

Es particularmente grave entender, como parece hacerlo la ley peruana, que la realización del examen ginecológico está condicionado al consentimiento de la víctima, pues ello podría afectar seriamente la eficacia de la labor de esclarecimiento, esencial en esta clase de delitos. Además, como ha dejado expuesto el Tribunal Constitucional Federal Alemán, es absolutamente razonable hacerlo cuando proporcionalmente resulte exigible, pues su realización no vulnera ni la intimidad ni, esencialmente, la dignidad de la persona —en igual sentido la Corte Constitucional Italiana núm. 54/1986, del 24.3.1986, que señaló que la inspección y la intervención coactivas no importan un acto de menosprecio—. Ese es el sentido, por lo demás, bajo inspiración germana, del NCPP 2004, artículos 211^o1 —respecto del imputado— y 212^o —respecto de la víctima... y otras personas no inculpadas—, radicado en la necesidad de defensa de importantes intereses colectivos.

4. La valoración de la declaración de un menor víctima está sujeta a varios controles. En primer lugar, se debate si es necesario realizar una fuerte relativización de la versión del menor de edad, en función a que se les atribuye una capacidad de fabulación superior a lo normal. Empero, se responde a esa objeción que no es posible atribuirles automáticamente tal capacidad para desechar sus testimonios incriminatorios. Si bien su percepción de los hechos no coincide necesariamente con la de una persona ya formada, y además puede verse en cierto modo afectada por las circunstancias que le rodean desde su primera manifestación hasta el momento del juicio —lo que, por lo demás, es propio de cualquier persona adulta—, ello en todo caso sólo exige extremar el cuidado en su análisis o ponderación (Climent Duran). El niño/niña objeto de una agresión natural no da cuenta e informa con un lenguaje elaborado ni dependiente de un proceso mental de racionalización previa, sino que transmite linealmente hechos. Siendo así, como dice la STS del 6.4.1992, su testimonio puede ser base para la fijación histórica de la ocurrencia del hecho. En consecuencia, de la minoridad de la víctima no surge la necesidad de la desestimación de su versión.

Se considera, en segundo lugar, que es conveniente someter al menor a una *pericia psicológica*, no sólo que permita advertir su estado emocional y el nivel de afectación que ha podido causarle el delito en su agravio —por lo demás, ello es evidente a partir de lo dispuesto en el art. 144°.b' CNA—, sino especialmente para determinar el grado de fiabilidad de su testimonio. Las técnicas psicológicas, de común aceptación, pueden descartar en un testigo menor la presencia de ideas de fabulación, de simulación o de fantasía, y concluir por la verosimilitud y la sinceridad del relato (Sentencia del Tribunal Supremo Español, 1773/2002).

La práctica jurisprudencial, desde otra perspectiva, ha descartado, por innecesaria, la denominada *pericia sexológica*. Se considera inadmisibile porque sólo cabe acreditar el acceso

carnal o el acto análogo y las circunstancias que lo rodearon, de ninguna manera el perfil psicológico y sexológico del acusado y de la víctima, ni hace falta conocer la capacidad de ellos para proyectar fantasías sexuales, fabular o falsear la realidad, menos para dictaminar sobre la intensidad y potencialidad sexual del acusado (así, Paz Rubio y STS 23.5.1995), lo que por cierto es distinto, a partir de la forma y circunstancias del hecho relatado por la víctima, de una pericia acerca de disfunción eréctil del imputado. De igual manera, es de descartar, por no ser ni pertinente ni demostrativa, la denominada *pericia de sexometría* —calificada por la STS del 15.9.19989 de 'inusual y repugnante'—; reconocer y describir el órgano sexual del imputado y la capacidad vaginal de la víctima carece de sentido en función a las exigencias típicas del delito de abuso sexual: no requiere la penetración total.

5. La valoración de la prueba en los delitos sexuales presenta singularidades, derivadas de su producción; operan, por lo general, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos. Por consiguiente, debe procederse a una prueba por indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima (Cancio Meliá).

Descartada la posición clásica del "testis unus testis nullus", se considera que la declaración del agraviado tiene entidad suficiente para ser considerada prueba válida —legítima— de cargo y enervar la presunción constitucional de inocencia, en tanto sea sometida a una profunda y exhaustiva valoración. Para descartarla, en principio, deben existir razones objetivas que invaliden las afirmaciones de la víctima o que provoquen en el Tribunal de mérito una duda que impida su convicción (STS del 8.10.1990).

El problema es de credibilidad, no de legalidad. El Acuerdo Plenario Núm. 2-2005/CJ-116, del 30.9.2005, precisa tres garantías de certeza:

A. *Ausencia de incredibilidad subjetiva*. Inexistencia de relaciones entre ambas partes de odio, enemistad, resentimiento y otros que pueden incidir en la parcialidad de la deposición y, por ende, le niegan aptitud para generar certeza. Aquí es de cuidar muy especialmente la posición de la víctima cuando exista una relación difícil y conflictiva en el seno familiar.

B. *Verosimilitud*. No sólo en la coherencia y solidez de la propia declaración —tratándose de menores es importante descartar la tendencia a la fabulación, para lo cual, como se ha expuesto, puede ayudar la pericia psicológica—, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas de carácter periférico que le doten de aptitud probatoria. Se entienden como tales los reconocimientos médicos, referencias ajenas al testimonio de la víctima, entre otras (STS, del 28.12.1990).

C. *Persistencia en la incriminación*. Es un requisito que puede ser relativizado, en función a la fundabilidad de una retractación ulterior, a los motivos y razonabilidad que lo sustenten. Las presiones del entorno familiar, más aún en un contexto de violencia doméstica o malos tratos, pueden explicar y justificar apartarse del requisito de persistencia en la incriminación, lo que no quita que el testimonio que se acepta como válido deba ser coherente, sin ambigüedades ni contradicciones internas. Se entiende aquí que si la falta de persistencia en la incriminación ello obedece a presiones externas, consecuentemente, éstas por espurias no deben conseguir su objetivo, lo que en todo caso merece un análisis explicativo esencial (Buegué Lezaún, STS núm. 24566/92, del 6.11).

IV. Derecho de familia: violencia familiar

1. La *violencia familiar* puede concebirse como toda forma de violencia física o psicológica que pone en peligro la seguridad o bienestar de un miembro de la familia. Es el recurso a la fuerza física, incluida la violencia sexual, en la familia o en el hogar. En este concepto se incluyen el maltrato infantil o a los ancianos, el maltrato de mujeres y los abusos sexuales o de otro tipo contra cualquier persona, hombre o mujer, que conviva bajo el mismo techo.

Dada la extrema importancia de la violencia familiar, que el TUO de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, aprobado por DS núm. 006-97-JUS, del 27.6.97, identifica como toda acción u omisión que causa daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacciones graves, que se produzcan entre cónyuges, convivientes, ascendientes, descendientes, parientes y quienes habitan en el mismo hogar (art. 2º), impone la configuración de una política de Estado y la estructuración de las pertinentes medidas de protección que se expresan en el ámbito de la administración y judiciales. Ésta aborda no sólo la legislación, sino la institucionalidad y el aspecto cultural del problema (los tres, como se sabe, integran el sistema jurídico).

Dentro de las primeras son de destacar las campañas de sensibilización social, de formación educativa, y de establecimiento de Hogares de Refugio Temporal, Defensorías de la Mujer, Servicios de Consejería, grupos de ayuda mutua, Defensorías Municipales del Niño y Adolescentes, servicios de rehabilitación para agresores, entre otros, a nivel municipal (medidas de atención y de ayuda ulterior a la salida de los Hogares de Refugio), así como medidas de coordinación institucional y de la ONG para el desarrollo de labores preventivas y de control, y de apoyo al tratamiento de víctimas de violencia y agresores [medidas

de carácter asistencial]. Desde el año 2001 se han aprobado planes nacionales contra la violencia hacia la mujer, los niños y los adultos mayores, y se han creado los Centros Emergencia Mujer (servicios públicos especializados y gratuitos, de atención integral y multidisciplinaria para víctimas de violencia familiar y sexual) y Casas Refugio. También se ha creado el Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual, como órgano del MIMDES encargado de diseñar y ejecutar, a nivel nacional, acciones y políticas de prevención y atención, así como apoyar a las víctimas.

2. *La garantía jurisdiccional*. Desde la perspectiva de la garantía jurisdiccional —que expresa la vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en cuya virtud todo asunto jurídico puede plantearse ante un órgano jurisdiccional, sin que las personas estén limitadas a la resolución de otros órganos no jurisdiccionales, el cual debe responder mediante una resolución de fondo, fundada en derecho—, la Ley dispone la configuración de procesos legales eficaces para las víctimas de violencia familiar, caracterizados por un mínimo de formalismo y la tendencia a brindar medidas cautelares —tutela provisional— y resarcimiento por los daños y perjuicios causados. Se trata de medidas de reacción frente a la violencia familiar ya padecida, que con todas las demás buscan prevenir futuras situaciones de riesgo.

Como se sabe, el modelo nacional no asumió la tipificación de un delito de malos tratos, como los casos alemán, español, portugués, francés y sueco —también está tipificado como delito en Gran Bretaña, con la *Family Law Act*—. Se optó, asumiendo la tendencia latinoamericana —de la que fue pionera Puerto Rico mediante su Ley del 5.8.1999—, por la elaboración de una ley específica con vocación de regulación en forma conjunta de todos los aspectos del problema desde distintas perspectivas: sociales, institucionales, procesales civiles y penales. Estas reglas no tipifican delitos —la legislación prevé que la relación

familiar es una circunstancia agravante de delitos comunes— ni modificaciones al Código Civil, sino que identifica un juez especializado para el conocimiento, que serían el juez de familia y el juez penal, precisa las atribuciones de la Fiscalía, instituye un proceso civil *ad hoc*, y configura una serie de medidas procesales y de prevención, a la vez que identifica los órganos públicos encargados de concretos ámbitos de actividad.

La Ley base, inicial, es la num. 26260 (del 8.12.1993), modificada por la Ley núm. 26763 (del 25.3.97), que a su vez dio lugar al TUO aprobado por DS núm. 006-97-JUS, del 25.6.1997, y a su reglamento, aprobado por DS núm. 002-98-JUS. El TUO ha sido objeto de cuatro leyes modificatorias: núm. 27016 (del 19.12.1998), 27306 (del 14.7.2000), 27982 (del 28.5.2003) y 28236 (del 29.5.2004).

3. La Ley no sólo define, con toda precisión, lo que debe entenderse por “violencia familiar”, según ya se ha expuesto: identifica los sujetos activos y pasivos y define la conducta material, a la vez que su art. 4° atribuye a la PNP el conocimiento de las denuncias y la realización de las investigaciones preliminares respectivas, bajo la conducción del Ministerio Público. La legitimación para denunciar no sólo se limita al afectado sino a cualquier persona, vía acción popular. Ello sin perjuicio de la investigación de oficio que ésta pueda iniciar.

Lo trascendental de esta disposición es que la investigación preliminar policial, bajo la conducción del Ministerio Público, no sólo tiene una dimensión penal, sino que el informe policial servirá como elemento de convicción tanto en sede penal como en sede civil, en este último caso para la incoación del proceso sobre violencia familiar, así como para los procesos matrimoniales, de separación de bienes, etc., que pueda intentar la víctima, quien está facultada para pedir copia del informe policial para ejercer sus derechos en sede jurisdiccional.

4. *Tutela jurisdiccional civil*. La Ley instituye un fiscal de familia y un juez especializado de familia, como órganos del MP y del PJ, respectivamente, con competencia para conocer de los asuntos de violencia familiar, a la par que le atribuye ámbitos concretos de conocimiento material y le reconoce potestades, en el *primer caso*, para iniciar investigaciones, dictar medidas de protección inmediatas, solicitar medidas cautelares e interponer las demandas ante el juez de familia; en el *segundo caso*, le entrega el conocimiento de pretensiones sobre violencia familiar —tanto resarcitorias como tuitivas, de protección y asistenciales—, identifica el tipo de procedimiento a seguir, establece la tutela que puede otorgar y le entrega poderes cautelares —de protección provisional— y de protección civil.

¿Cuál es la tutela de condena que busca obtenerse en este peculiar proceso sobre violencia familiar, con fuertes componentes sociales? Son cuatro:

- A. Dictar *medidas de protección* a favor de la víctima, tales como: a) suspensión temporal de la cohabitación; b) salida temporal del agresor del domicilio; c) prohibición temporal de visitas; d) impedimento de toda clase de formas de acoso a la víctima ¿reintegro del hogar de quien injustificadamente haya sido obligado a ausentarse?; y, d) otras medidas que garanticen la integridad física, psíquica y moral de las víctimas [medida de seguridad]. ¿Prohibir o limitar la concurrencia del denunciado al lugar de trabajo de la víctima, a menos que trabajen en un mismo establecimiento?
- B. Imponer tratamiento especializado a las víctimas, familia y agresor [medida de seguridad].
- C. Reparación del daño [medidas de orden civil: honorarios médicos, psicólogos, psiquiatras, reparación de inmuebles y muebles, desplazamiento y alojamiento de las víctimas].

D. Imposición de pensión de alimentos a favor de la víctima cuando resulte necesario para su subsistencia [medidas de orden civil].

E. Incluir mandatos que aseguren la eficacia de las pretensiones exigidas y los derechos esenciales de la víctima. Vgr.: en casos graves, protección especial de la víctima por parte de la policía, tanto en su domicilio como en su centro laboral; decomiso de armas, etc.

A los efectos de garantizar una conducta procesal de respeto a la actividad judicial, se reconoce expresamente al juez facultades coercitivas tanto de imposición de una multa compulsiva y progresiva, cuanto la detención hasta de 24 horas a quien se resiste a su mandato sin justificación, como el allanamiento domiciliario.

Pero no sólo eso: las medidas arbitradas, integrantes de la pretensión principal, también pueden imponer como medidas cautelares anticipadas sobre el fondo. Rige, por tanto, el art. 618° CPC. Ello será posible si están en condiciones de evitar un perjuicio irreparable o que puedan asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva.

5. *Rol del fiscal de familia*. La Ley otorga al fiscal un papel muy activo en los procesos civiles por violencia familiar. Él recibe las peticiones sobre la materia o puede actuar de oficio, incoando las investigaciones respectivas, que incluirán por cierto el requerimiento a que la policía, bajo su conducción, realice las averiguaciones pertinentes. El fiscal está obligado a dictar las medidas de protección inmediatas, antes indicadas; y, si la seguridad de la víctima o de su familia requiriera una decisión jurisdiccional la solicitará al juez de familia, que se tramitará como medidas anticipadas fuera de proceso —sin el requisito de la contracautela—, siendo el caso más emblemático la asignación anticipada de alimentos.

El reglamento de la Ley —art. 11°— estipula que las *medidas de protección* correspondientes —que son las de: a) suspensión temporal de la cohabitación; b) salida temporal del agresor del domicilio; c) prohibición temporal de visitas; d) impedimento de toda clase de formas de acoso a la víctima; y, d) otras medidas que garanticen la integridad física, psíquica y moral de las víctimas— si bien pueden dictarse por el fiscal, que también tiene poder coercitivo de conducción compulsiva, requieren la resolución confirmatoria del juez de familia, lo que se explica porque se trata de restricción de derechos del demandado o requerido y, de conformidad con el principio de proporcionalidad, necesitan de una resolución motivada del juez competente. Esto último también explica que la imposición de las medidas está sujeta a la existencia de peligro por la demora y a la indispensabilidad de la medida para evitar mayor perjuicio a la víctima o para garantizar su integridad.

Culminadas las investigaciones el fiscal deberá interponer la demanda respectiva introduciendo las pretensiones correspondientes; y, se conducirá como parte (legitimación activa extraordinaria impuesta por la ley).

6. *Tutela jurisdiccional penal.* Cuando los hechos de violencia familiar constituyan delito o falta, los jueces penales están autorizados a dictar de oficio, cuando expidan el auto de apertura de instrucción, las medidas cautelares que señala la Ley. De igual manera, en función a la gravedad de los hechos, o a su reiteración, pueden disponer la detención del imputado. También se autoriza al juez penal a proferir las medidas de protección, las cuales incluso pueden dictarse tanto como medidas provisionales, incluidas como restricciones en la comparecencia restrictiva, cuanto como medidas ejecutivas, que por su contenido importan modalidades de inhabilitación, en la sentencia.

A. Una aclaración puntual está referida a la incorporación del denominado “tercer peligro”, que es el de reiteración

delictiva: *periculum in damnum*, como justificativo de una medida provisional de detención o prisión preventiva; 'peligro' no reconocido para el resto de los delitos y procesos penales, que sólo alcanzan a los peligros de fuga y de obstaculización de la actividad probatoria.

Es importante precisar, conforme a la doctrina más acabada y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (vgr.: Asuntos Guzzardi, del 6.11.1980; Clooth, del 12.11.1991; y, Asunto Toth, del 12.12.1991 entre otros), que el denominado "peligro de reiteración delictiva" está destinada a evitar una infracción concreta y determinada, y éste será otro acto de violencia familiar de relevancia penal, de similar contenido al hecho que determinó la incoación del proceso pena —naturaleza común entre el hecho presuntamente cometido y el que se pretende evitar, y que ambos sean graves—.

Dos son los criterios que han de tomarse en cuenta; uno, relativo al delito cometido y a las circunstancias de su comisión; y, dos, referido al hecho esperado y que se pretende evitar. El *primero*, ha de atender a la gravedad del delito, a su naturaleza a las circunstancias de su comisión, a los antecedentes del imputado —Gimeno Sendra, precisa que el imputado debe tener el suficiente grado de experiencia y capacidad para facilitar la repetición de los actos delictivos y a su personalidad, vgr.: Asunto W vs. Suiza, STEDH, 26.1.1993—; el *segundo*, ha de medir la gravedad del delito presumido y la naturaleza del delito esperado.

B. Otra precisión conceptual es que las restricciones del mandato de comparecencia incluyen las medidas de protección del art. 10º, las que a su vez se impondrán como reglas de conducta en los supuestos, según entiendo, de condena condicional y suspensión del fallo condenatorio. Aunque también es posible instituir las como inhabilitaciones

—restricciones de conducta al dictar sentencia—, aunque al no incluirlas expresamente en el CP limita muchísimo su imposición como inhabilitación accesoria.

C. Las órdenes de prohibición —de residir o alejamiento del domicilio, de aproximarse o comunicarse con la víctima, de acudir a los mismos sitios, entre otras posibles (el art. 10° del TUO es amplio al respecto)—, apuntan a proteger a la víctima de futuras y probables agresiones, cumpliendo de este modo funciones de aseguramiento y prevención (Moreno Catena). También garantizan indirectamente el derecho a la libertad del imputado, por cuando si cumple con estas prestaciones y no pone en peligro los bienes de la víctima no se justifica su ingreso en prisión preventiva, cumpliéndose, de este modo, el principio de la 'alternativa menos gravosa' para el derecho a la libertad (Gimeno Sendra). El presupuesto de estas medidas es la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito asociado a la violencia familiar, y debe ser concebida, tanto en su adopción como en su mantenimiento ulterior, como una medida de aplicación excepcional, provisional y proporcionada a la consecución de los fines de protección mencionados; no sólo se atenderá los intereses tutelados, sino también la situación económica del inculpaado y los requerimientos de su salud, su situación familiar y actividad laboral, atendiendo a la posible continuidad de esta última durante la vigencia de la medida y tras su finalización.

D. *Las medidas de protección.* La Ley no detalla en qué consisten [por ejemplo, según la Ley Española 27/2003, del 31 de julio, en lo penal prevé: desde la detención, hasta las restricciones ya reconocidas en la ley; en lo civil: vivienda familiar, régimen de custodia, de alimentos; en lo asistencial, dirigida a la administración: medidas de seguridad o de asistencia social en general, como albergues,

apoyo económico, jurídico, sanitario, psicológico o de otra índole). Tienen un carácter integral y son más amplias que las medidas limitativas de derechos. Por encima de cualquier otra consideración, pretenden dispensar a la víctima una protección completa en el proceso penal, evitándole el peregrinar a la jurisdicción civil y activando los mecanismos asistenciales administrativos. Se ha de tomar en cuenta el *fumus delicti* (apreciación judicial de la existencia del hecho y de la responsabilidad del imputado, no tanto el *periculum in mora* (peligro para la ordenada marcha del proceso por la tardanza) y, relevantemente, el *periculum in damnum* (sobre la base de la situación objetiva de riesgo para la víctima).

7. *Algunas aclaraciones finales.* La Ley, indistintamente a las medidas glosadas, las denomina medidas de protección y medidas cautelares. Si bien ambas requieren un mandato judicial fundado o motivado, y pueden dictarse antes de la incoación del proceso o durante su desarrollo, presentan una naturaleza jurídica diferente.

Las medidas de protección o medidas de seguridad, en estricto derecho procesal, más allá que sean inmediatas o no, no importan limitaciones de derechos individuales al imputado. Constituyen, más bien, prestaciones que el Estado realiza a sujetos vulnerables en sede procesal, en función al peligro que se cierne contra su integridad. Su objeto es evitar atentados en su contra y garantizarles seguridad y tranquilidad, a fin de que puedan cumplir con sus deberes procesales o con los compromisos a los que voluntariamente se sometió. También están orientadas a evitar el desamparo de las víctimas y dar respuesta a su situación de especial vulnerabilidad, sin necesidad de esperar la formalización del proceso jurisdiccional correspondiente —el propio de violencia familiar o, en su caso, el matrimonial—. En esta perspectiva,

lo que se denomina “medidas de protección” en el art. 10° son medidas provisionales personales con finalidad tuitiva coercitiva, en tanto, de un lado, están orientadas a impedir que la realización de nuevos actos violentos; y, de otro lado, afectan los derechos del imputado. No buscan asegurar la presencia física del encausado en el proceso ni garantizar la ejecución de la sentencia (finalidad cautelar), tampoco asegurar la prueba (finalidad protectora de la actividad probatoria).

Llama la atención, desde luego, la ausencia de una imprescindible habilitación normativa para limitar o privar al imputado de derechos fundamentales como consecuencia o con motivo de la sustanciación de un proceso jurisdiccional por violencia familiar, civil o penal. Es cierto que nada hay que objetar a lo que hace a la conveniencia y necesidad de establecer medidas de esa naturaleza en razón de las circunstancias que rodean la comisión de actos de violencia familiar. Sin embargo, la parquedad de la norma, la absoluta falta de regulación de esas medidas, pone en riesgo cierto la virtualidad de las mismas, porque la Ley no contiene prácticamente parámetro normativo alguno que habilite al juzgador para adoptarlas; no ha previsto los presupuestos y requisitos para acordarlas. Pese a lo cual el juez deberá atenerse a los principios de necesidad —de protección integral e inmediata de la víctima— y proporcionalidad, y respeto a los principios de contradicción, audiencia y defensa, sin perjuicio de cubrir el resto de requisitos: intensidad y modalidad concreta de la medida, duración, etc., de acuerdo con lo que en cada momento considere oportuno y pertinente.

Es de aclarar, empero, que el tratamiento integral es esencial. Las medidas de protección precisan de medios materiales y personales especializados de no poca envergadura al efecto de garantizar el efectivo control y vigilancia de su cumplimiento y que, de otro modo, se habrían defraudado las expectativas

depositadas en la aplicación del derecho como instrumento de garantía de la paz y convivencia social. Aquí el rol de los municipios y gobiernos regionales es central para su eficacia, así como de las ONG.

Bibliografía básica

- Begué Lezaún, J.J.: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Ed. Bosch, Barcelona, 1999.
- Bramont Arias Torres, Luis Alberto; García Cantizano, María del Carmen: *Manual de Derecho Penal-Parte Especial*, Ed. San Marcos, Lima, 1997.
- Carmona Salgado, Concepción y otros: *Derecho Penal Español-Parte Especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- Cancio Melía, Manuel; Hörnle, Tatjana; Reyna Alfaro, Luis y otros: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Jurista Editores, Lima, 2005.
- Castillo Alva, José Luis: *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- Climent Duran: *La prueba penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- Diez Ripollés, José Luis: *La protección de la libertad sexual*, Ed. Bosch, Barcelona, 1985.
- Gimeno Sendra, Gimeno: *Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 2004.
- Hurtado Pozo, José: *Manual de Derecho Penal*, Ed. Grijley, Lima, 2005.
- Morales Prats, Fermín; García Alberó, Ramón y otros: *Comentarios al nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1996.
- Moreno Catena, Víctor y otro: *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- Muñoz Conde, Francisco: *Derecho Penal-Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- Ortego Pérez, Francisco: *Problemas derivados de las intervenciones corporales en la investigación criminal*. La Ley, año XXV, núm. 6049, Madrid, 28.6.2004.
- Orts Berenguer, Enrique y otros: *Derecho Penal-Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Paz Rubio, José María y otros: *La prueba en el proceso penal*. Ed. Colex, Madrid, 1999.
- Roy Freire, Luis: *Derecho Penal Peruano-Parte Especial*, T. I, Lima, 1989.
- Roxín, Claus: *Derecho Procesal Penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- Salinas Siccha, Ramiro: *Derecho Penal-Parte Especial*, Ed. Grijley, Lima, 2007.
- San Martín Castro, César; Caro Coria, Carlos: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Ed. Grijley, Lima, 2000.
- Villa Stein, Javier: *Derecho Penal-Parte Especial*, T. II-B. Ed.- San Marcos, Lima, 2001.

**DELITOS CONTRA LA FAMILIA:
NECESIDAD DE UN ENFOQUE INTEGRAL**

Elvira María Álvarez Olazabal

Elvira María Álvarez Olazabal, abogada y magíster en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha desarrollado su carrera en el Poder Judicial desde 1980. Expositora y conferencista en temas de Derecho de Familia, actual vocal integrante de la Sala Permanente de Familia de Lima.

I. Cuestiones generales

Cuando se comprometió nuestra participación en este evento respecto al título III del libro II del Código Penal, delitos contra la familia, tuvimos en claro que nuestra intervención no iba a ser desarrollada como una de corte doctrinario en el ámbito del Derecho Penal especializado, sino que se adhiere a una misión específica de efectuar una revisión de los ilícitos introducidos por el legislador como atentatorios a la familia, en la búsqueda de dotar de protección desde el *ius punendi* del Estado, tanto a esta institución básica como a sus integrantes. Todo ello con un enfoque que pueda contribuir a armonizar criterios o formas de interpretación de tales fenómenos delincuenciales determinados, procurando darle un sentido unánime al propósito de “verdadera protección” hacia las familias en armonía con la legislación civil e, igualmente, con los tratados internacionales y leyes internas a favor de la infancia y la adolescencia, dentro de un contexto tan dinámico e incierto como el que vive la sociedad del presente, en el que día a día se viene mermando la estabilidad o la solidez de muchas instituciones, entre ellas la familiar, no obstante ser el primer eje en la formación del ser humano.

Iniciamos esta revisión poniendo en claro que el concepto o bien jurídico protegido *familia*, o *relaciones familiares* como lo denominan otras legislaciones penales, no tiene una definición

acabada, pues tal como señala tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹, así como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas², se le reconoce como el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de ésta así como del Estado, por lo tanto debe protegerse a todo grupo considerado como tal en la práctica o en la legislación interna de un Estado, sin que pueda ser encasillada en un solo concepto.

No dejamos de lado que en el campo especializado existen posiciones discrepantes en cuanto a presentar al Derecho Penal como sistema de protección de bienes jurídicos, tal como lo ha señalado el profesor Günther Jakobs: “la determinación del comportamiento no permitido a través de diversos institutos de la así llamada teoría de la imputación objetiva —actualmente ampliamente reconocida— obliga, al tener en cuenta el contexto social, a determinar un rol social incluso para los deberes negativos (...) no existe un límite inamovible entre el bien jurídico y la infracción moral³. Es por ello que dentro del derecho que tiene el ser humano a elegir el constituir una familia o no, efectivamente, existe una protección para las parejas que deciden libremente el vivir juntos, así como la defensa de la igualdad en sus derechos mientras esté vigente dicha unión, resultando por tanto sancionable cualquier trato discriminatorio, ya sea en lo que respecta a la gestión de los asuntos del hogar, la administración de los haberes, el procrear o no descendencia, la patria potestad o la educación de la prole.

Al respecto, el profesor español Muñoz Conde⁴ señalaba que el legislador debe tener información sobre las necesidades o motivaciones esperables en las personas y el juez sobre las reacciones esperables en la sociedad. Y es que si bien la noción del bien jurídico *familia* es abstracta y amplia como lo hemos mencionado, la protección del mismo debe tener extensiones sumamente flexibles para abarcar todo tipo de conductas lesivas. Recordemos que cuando se establecieron estos tipos penales se encontraba vigente la Constitución de 1979, la cual, en su artículo

¹ Informe anual 1981-1982 págs. 69 y 81; Comisión Interamericana de Derechos Humanos; citados en: Derecho Internacional de los Derechos Humanos; Fabián Novak y Sandra Namihas; Academia de la Magistratura; Lima, 2004.

² Observación General 19: “Protección de la familia, derecho al matrimonio e igualdad de los esposos”, del 27 de Julio de 1990, primer párrafo; Op. Cit.; Fabián Novak y Sandra Namihas.

³ Günther Jakobs; *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*; en El Sistema Funcionalista del Derecho Penal; Ponencias del II Curso Internacional de Derecho Penal; del 29 de agosto al 1 de septiembre del 2000; Editorial Grigley, 2000; Lima, Perú.

⁴ Muñoz Conde, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Editorial Tirant Lo Blanch; Valencia, 1989.

5º, establecía como deberes del Estado tanto la protección al matrimonio como a la familia, concepto que, como es conocido, varió con la Carta Magna de 1993, especificándose que el Estado continúa su rol protector de la familia, pero solo ejerce uno de promoción respecto al matrimonio.

Como señala la profesora Luisa Fuencisla Martín Castaños, el legislador busca la "atribución de responsabilidad penal a los autores de conductas negligentes en cuanto a sus obligaciones familiares, se debe a hechos reales de desobligación, sea en cuanto a deberes matrimoniales, paternales o de tutela y protección que devienen de un derecho natural. Aquella vertiente en la cual las relaciones entre sus miembros por la conciencia del significado de la familia como célula básica y primaria del Estado y de la sociedad y el progresivo fenómeno de la publicitación del derecho de familia, determinaron el advenimiento del delito de abandono de familia al listado punitivo de los códigos modernos, siempre con un sentido ponderado y parco, en la inteligencia de que la penalización de conductas afectantes al orden familiar no debe extravasar aquellas ingerencias mínimas justificadas por el reforzamiento troncal demandado para la estabilidad necesaria de este grupo comunitario"⁵.

Es importante por ello que se incorpore en la evaluación de las conductas atentatorias a la familia o a las relaciones familiares, que el incumplimiento de las obligaciones de sus integrantes no sólo comprende el factor económico, sino, y sobre todo, aquél de la trasgresión al derecho de los otros integrantes del grupo familiar, por las responsabilidades que la legislación civil establece como específicas y necesarias para la satisfacción de las necesidades de sus miembros, al ser éste el ámbito en el cual debe procurarse el mejor nivel de desarrollo para el ser humano, en especial de los niños y adolescentes. Las diversas figuras delictivas que giran en torno a la familia, protegiendo unas veces la propia institución o a sus miembros, requieren

⁵ Luisa Fuencisla Martín Castaños; El delito de abandono de familia en la Doctrina del Tribunal Supremo Español; abril, 2000; en artículos doctrinales Bosch on line-Leggio.

igualmente que el Estado actúe otorgándoles verdadera seguridad frente a las nuevas formas delincuenciales.

II. Matrimonios ilegales

Si bien en nuestro país, como señalan los historiadores, durante la época incaica los integrantes de la nobleza solían comprometerse con varias mujeres, predominaba siempre la unión monogámica; y en la evolución de nuestra sociedad bajo la influencia de la cultura occidental, la monogamia se ha considerado como una característica fundamental de la unión matrimonial. Es por ello que se establece como conducta irregular en el artículo 130 del Código Penal (en adelante CP), aquella del agente que viola el deber de fidelidad impuesto por el matrimonio, haciéndose merecedor a una sanción por parte del sistema penal ante la vulneración de ese deber esencial cuando contrae un matrimonio ilegal.

El interés entonces es el de preservar la institución matrimonial y evitar que pierda solidez con reiterados compromisos, pues en caso de darse este presupuesto negativo se tornaría en irreal la estabilidad que tal institución propugna, siempre en la medida en que se vincula la razón de ella hacia el papel que ocupa cada uno de los cónyuges en el ámbito familiar. Los especialistas penales son coincidentes en afirmar que el sujeto pasivo en este tipo de ilícitos es la sociedad, como titular del interés de conservar la unión matrimonial en los términos que la ley civil prevé como requisitos para iniciarla y mantenerla.

El segundo párrafo del mismo artículo 139 del CP incorpora la modalidad delictiva agravada; esto es, además del hecho de ostentar un impedimento, el sujeto activo desarrolla una conducta dolosa para engañar a la persona con quien contraerá matrimonio, a efecto que equivocadamente considere que el contrayente es soltero. Por la penalidad establecida para el ilícito en su figura

básica (no menor de uno ni mayor de cuatro años), puede imponerse la sanción de pena privativa de libertad y suspenderla en su ejecución; pero, paradójicamente, con las modificaciones introducidas al artículo 135 del Código Procesal Penal, este mismo sujeto es pasible del mandato de detención al iniciarse el proceso, al igual que en el caso de la modalidad agravada prevista en el segundo párrafo del citado numeral, que establece una pena mayor (no menor de dos ni mayor de cinco años), que puede igualmente ser suspendida en su ejecución; sin embargo, procesalmente, cabe la posibilidad de que se expida mandato de detención⁶.

En la denominada *bigamia impropia* establecida por el artículo 140 del CP, se sanciona la conducta delictiva de una persona sin impedimento (soltero, viudo o divorciado), que tenía conocimiento que el otro contrayente sí estaba impedido, completando así el círculo de posibles infractores o vulneradores de la buena fe de los integrantes de la sociedad, estableciéndose, para este caso, una sanción menor (no menos de uno ni mas de tres años), lo que facultaría al juzgador incluso a aplicar la reserva del fallo condenatorio o a la ya mencionada suspensión de la ejecución de la pena.

Respecto a la actuación de los funcionarios públicos que ejerciendo su función participen en la consumación del ilícito *matrimonio ilegal*, el legislador ha previsto dos supuestos de hecho: a) que se conozca que se está celebrando un matrimonio ilegal antes de formalizarlo, o b) que se actúe por culpa; es decir negligentemente se incumplen las formalidades de constatar la no existencia de impedimentos en la pareja de contrayentes, siendo la primera de las figuras la que es sancionada con pena privativa de libertad (no menor de dos ni mayor de cinco años) y accesoriamente en el primer presupuesto; pero como pena principal en el segundo se establece la inhabilitación de dicho funcionario por la responsabilidad que conlleva el haber permitido que se vulnere la buena fe mediante la consumación del acto ilegal.

⁶ Quienes desearan conocer las sanciones que para estos ilícitos establece la legislación penal a nivel latinoamericano, como en España, consultar la obra de Luis Miguel Reyna Alfaro: "Delitos contra la Familia"; Gaceta Jurídica; Editorial El Búho; Lima, septiembre de 2004.

El artículo 142 del CP sanciona al funcionario sea civil o eclesiástico que inobserva las formalidades previstas para la realización del matrimonio, sin que ello pueda acarrear en el campo civil la nulidad del acto, pues, como bien recordamos, el Código Civil, frente a la omisión de formalidades, establece la convalidación como forma de asegurar o proteger el desarrollo de la nueva familia frente a una cuestión formal, con la posesión constante de tal estado de casados; o incluso admite pruebas supletorias tal como consagran los numerales 273 y 270 del Código Civil (en adelante CC), ello en armonía precisamente al principio constitucional de promoción del matrimonio al que se ha hecho referencia.

III. Delitos contra el estado civil

Del análisis de los tipos penales introducidos en este título III, que tienen mayor relieve en cuanto a incidencia de casos, tal como se advertirá de la información aparejada del Anuario Estadístico de la Fiscalía de la Nación⁷, los comprendidos en este segundo capítulo han sido particularmente valorados por el legislador, tomando en cuenta que en cada una de las conductas descritas subyace un conflicto humano vinculado a la esfera directa de la integración familiar, o de la búsqueda de realización de los anhelos de los sujetos activos como integrantes de una familia. Desde esta perspectiva podemos explicar que las sanciones previstas para los ilícitos que en él se comprenden, no revelen mayor trascendencia punitiva e incluso, a nivel procesal, puede afirmarse que rara vez ameritarían una condición procesal de detención para el agente, pudiendo igualmente las sentencias condenatorias conllevar la suspensión en la ejecución o la reserva del fallo.

⁷ Ver Anuario Estadístico Fiscalía de la Nación 2002; Sistema de Información de Apoyo al Trabajo Fiscal SIATF; al final de este artículo.

Ello se explica aún más nítidamente con la previsión legal contenida en el artículo 146, que faculta al juzgador en caso los agentes de los delitos cometidos en este II capítulo, actúen por un así denominado móvil de honor; la pena se reduce para todos los casos a una de prestación de servicios a la comunidad de 20 a 30 jornadas. Esta atenuante nos permite corroborar que en efecto los hechos que se describen en estos tipos penales si bien merecen el juicio de reproche ante la sociedad, no es menos cierto que en cada uno de ellos trasunta un episodio de relaciones familiares que interesa sea resuelto en los mejores términos, para no afectar más a los protagonistas, o que puedan sobrellevar las consecuencias de sus actos de la mejor manera, pensando en no afectar más el bienestar de los integrantes de la familia.

Analicemos el primer ilícito: *alteración al estado civil*, contenido en el artículo 143, aquél que perjudica a otra persona variando o suprimiendo su estado civil, será sancionado con dos años de pena privativa de libertad o de prestación de servicio comunitario de 20 a 52 jornadas. La Constitución establece como uno de los derechos fundamentales de la persona el de su identidad, así consagrado en el Sistema Universal de los Derechos Humanos de manera uniforme: artículo 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como en el Sistema Americano: artículo 18 de la Convención Americana de DDHH; y, específicamente, a los niños y adolescentes en el artículo 8 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Se encuentra entonces particularmente vinculado el estado civil de la persona pero, específicamente, en la trascendencia a su integración a una familia determinada, estableciendo el legislador dos hipótesis de vulneración: “alterar” o “suprimir”. La primera es entendida como una modificación no consentida al estado real, y la segunda como una privación del mismo, ocasionándose con estas conductas un perjuicio o daño a la persona.

Para el campo del derecho de familia, estas alteraciones o supresiones implican necesariamente el impedimento al ejercicio

o el recorte de derechos que la legislación otorga por lazos familiares de la persona, sea por vínculo natural o biológico o por afinidad. De ahí que se tenga particular interés en restablecer el estado original, evitando acciones de esta naturaleza que puedan acarrear serias distorsiones en cuanto a los derechos que se conceden en el campo civil a los integrantes de una familia.

El artículo 144 sanciona el fingimiento de embarazo o parto; es decir, se sanciona a la persona que de forma dolosa produce este engaño para obtener derechos o ventajas que de otra manera no podrían otorgarse, sancionando tanto a quien produce el engaño como al médico o profesional que colaborara en la realización del fraude, a una pena no menor de uno ni mayor de cinco años, y accesoriamente a la inhabilitación para el ejercicio al segundo de los sujetos activos, pues desvirtúa su misión profesional. Es que, en efecto, el ansia de procrear en caso de parejas que no cuenten con la capacidad natural de engendrar, o cuando tal apariencia de gestación pueda justificar un beneficio mal habido, ha dado lugar a fingimientos de esta naturaleza que crean una falsa ilusión o esperanza para quienes ansían tener descendencia.

En el delito de alteración o supresión de la filiación de un menor previsto en el artículo 145 del Código Penal, se comprenden varias hipótesis:

- a) exposición a un menor como el acto de colocarlo en un ámbito diferente al que le corresponde, no pudiendo por ello establecerse su real estado civil,
- b) ocultarlo físicamente, es decir extraerlo de su ámbito e indebidamente mantenerlo en forma clandestina,
- c) reemplazarlo por otro,
- d) atribuirle falsa filiación.

Consideramos que en cualquiera de los cuatro presupuestos la vulneración al principio del interés superior del niño y adolescente

que se recoge en el artículo III de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), y en el IX del título Preliminar del Código del Niño y del Adolescente (en adelante CNA), es más que evidente, pues se le estaría recortando su legítimo derecho a la verdadera identidad que le corresponde, al nombre, y a su pertenencia a una familia, sustrayéndolo del ámbito familiar que le corresponde. La conducta detallada en estas cuatro hipótesis es sancionada con privación de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años.

Debemos tomar en consideración que respecto de muchos casos en los cuales los progenitores de las víctimas de atentados contra la libertad sexual, al quedar estas embarazadas, proceden a dar sus apellidos a las criaturas nacidas como producto de tales hechos, dado su afán más protectorio que atentatorio al orden legal, hacen posible la aplicación en estos casos del denominado *móvil de honor*.

IV. Delitos contra la patria potestad

En este tercer capítulo el legislador enfoca el ámbito de protección al derecho de patria potestad de los padres, entendido en su concepción dual: tanto facultades de los padres como obligaciones inherentes a tal ejercicio, y siempre a favor del niño y del adolescente. Así se reconoce en la CDN cuando señala en el artículo 9.1 que los estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, incluyendo el respeto al derecho del niño separado de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos.

Para la configuración de este ilícito, de evidente perpetración dolosa, el agente es uno de los dos progenitores que actúa contra el derecho del otro y sustrae o rehúsa entregar a un menor de edad al otro progenitor que sí se encuentra en ejercicio de la

patria potestad de forma plena. Hemos experimentado innumerables casos de niños víctimas de sus propios padres, cuando pese a mediar resoluciones judiciales sobre tenencia y régimen de visitas, los progenitores hacen caso omiso de las mismas y sustraen a los hijos del ámbito paterno o materno sin autorización, incluso atravesando las fronteras del país. De ahí que resulte importante, en el marco de la Convención Internacional de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (1980), que los estados parte armonicen formas efectivas y procesos sumarios para restituir de forma inmediata a los niños sustraídos de su residencia habitual, logrando el respeto a los derechos de custodia y de visitas, evitando así un grave daño en su formación y estabilidad. Creemos, además, que se requiere, de forma preventiva, la unificación de criterios en cuanto a los apercibimientos a dictar en caso de incumplimiento a los regímenes de tenencia y visitas, dotando de mecanismos claros y efectivos a nivel de la legislación de familia y en el proceso civil que posibiliten a los magistrados evitar este tipo de conductas entre los padres, incluyendo en ello una interrelación entre instituciones policiales, fiscales y judiciales, a través de sistemas que permitan ubicar rápidamente a los menores y evitar se reproduzcan estas acciones entre padres.

Una figura penal distinta es aquella que establece el numeral 148 del CP, pues se sanciona a una persona ajena a toda vinculación familiar que induce a un menor a que fugue de su ámbito familiar o del lugar en el que se encuentra en custodia. Se trata pues de un autor mediato, que manipula o sugestiona a un menor de edad para que adopte la decisión de huir de su ámbito familiar o acostumbrado, premeditando que este abandono le permita al instigador ejercer un rol activo de vinculación al menor (como en el caso de adolescentes que se escapan por influencia de sentimientos amorosos), o para beneficiarse de cualquier otra forma con la compañía del menor. El perjuicio para los padres o tutores, o para quien ejerza la custodia legal

del menor, resulta evidente, pues siendo los únicos autorizados legalmente para representar, cuidar y atender los intereses del menor de edad, ven perturbado su derecho por influjo de terceros que, aprovechando lo influenciables que resultan ser los seres humanos en sus primeras etapas de desarrollo, perturban su formación correcta en el hogar.

El último de los ilícitos introducidos en este capítulo ha sido trasvasado de un contexto punitivo totalmente ajeno al del legislador del cuerpo orgánico del CP de 1991, e insertado de manera forzada pese a no contar con los requisitos de técnica legislativa que se ha acusado en innumerables ocasiones a las *legislaciones de emergencia*; sucesivas modificaciones que sin técnica legislativa, mayormente con fines netamente represivos, como en este caso, y disfrazados de refuerzo a la seguridad ciudadana, introducen algunos gobiernos tanto en nuestro país como en otras latitudes.

Esta figura penal establecida en el artículo 148-A del CP, se introdujo en paralelo al pandillaje pernicioso introducido mediante la primera disposición complementaria y final del Decreto Legislativo n° 899 del 28.05.98, pues se pensaba solucionar partiendo de las consecuencias el fenómeno juvenil de la delincuencia, sin ahondar en las causas del mismo. Los errores saltan a la vista: no se ha definido un bien jurídico tutelado, dado que esta figura no puede entenderse como una conducta atentatoria a la patria potestad solamente, en la faz de derechos de los progenitores que lo ejercen, pues es la sociedad misma la que se vería afectada con este tipo de conductas y otros bienes jurídicos, además.

Resulta interesante en este punto analizar la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en la acción de inconstitucionalidad planteada contra los Decretos Legislativos dictados bajo la dictadura de Alberto Fujimori: "el artículo 193° de la Ley N° 27337 define lo que debe entenderse por "pandilla perniciosa" y el artículo 194° de la misma ley establece la penalidad correspondiente.

Debe considerarse que si bien el artículo 193° omite señalar lo que debe entenderse por "grupo" de adolescentes, esto es, que no hay una configuración cierta o caracterizadora de la conformación numérica de este ente, sin embargo, la interpretación sistemática de esta norma en el contexto del Código del Niño y el Adolescente —específicamente el artículo 196° que menciona como sujeto activo de esta infracción al líder o cabecilla del grupo— supone necesariamente una elemental organización y el concurso de una pluralidad de sujetos, así como una acción delictiva concreta. Así —y no de otro modo— debe interpretarse el concepto de pandilla perniciosa" (Exp.: 005-2001 -AI/TC del 15.11.01).

Pensamos que en la Comisión Revisora del Código del Niño y del Adolescente, actualmente en funciones, y a la cual se han integrado representantes tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público e incluso, como asesor de UNICEF, el maestro argentino Emilio García Méndez, se puede sostener una posición unánime al respecto que posibilite la modificación del articulado que comprende este ilícito: 193 al 199 del CNA; pues, en efecto, con las modificaciones introducidas mediante Ley 27337, actualmente carece de contenido la norma del CP, que se complementaba con el cuerpo legal original, ya que no puede darse una integración normativa para su aplicación.

V. Omisión a la asistencia familiar

Los penalistas peruanos son coincidentes en afirmar que el comportamiento sancionado en este tipo de ilícito, calificado como *delito de omisión* tal como su nombre lo indica, impone responsabilidad por el incumplimiento del mandato de asistencia a la pareja en situación difícil, o a la prole, o a los familiares respecto a los cuales se haya obligado previamente el agente, por mandato judicial.

Se trata de una protección al elemental derecho de subsistencia, cuyo incumplimiento puede hacer peligrar la salud o la integridad física de la persona e incluso sus posibilidades de desarrollo integral. El dolo que caracteriza la configuración de este ilícito, al omitir los pagos ordenados de prestaciones alimentarias, hacen del mismo uno de carácter permanente y de peligro: se prolonga en el tiempo en tanto no se den las prestaciones y se perfeccione precisamente por ese incumplimiento.

La CDN introdujo hace más de dieciocho años la Doctrina de la Protección Integral en los Estados Parte, consagrando derechos fundamentales para el ser humano en formación, los que, como bien se ha afirmado, más que raigambre jurídica tienen esencia de derecho natural o de moral. Es por ello que la sanción a quienes incumplen estas obligaciones emanadas del derecho natural y que espontáneamente deberían ser satisfechas, obligan a dar una respuesta sistémica a dichas vulneraciones respecto a los niños o adolescentes, en particular, o cualquiera que fuere el integrante de la familia considerado sujeto pasivo: cónyuge, conviviente, incapacitados, los ascendientes o tutelados, que se encuentren en estado de necesidad, desde todos los ámbitos del sistema de justicia. En las jurisprudencias que acompañamos a este texto se puede apreciar, como patrón común de comportamiento, la omisión al deber legal de asistencia inherente a la patria potestad o al matrimonio, o al parentesco, y luego a la obligación judicialmente establecida, a diferencia de la legislación argentina, en la cual no se establece como requisito un mandato judicial expedido por autoridad de la especialidad civil. En nuestro caso siempre precede el mandato de la autoridad judicial civil antes de efectivizarse cualquiera de estas denuncias penales, pues se demanda primero buscando ejercer coerción sobre los omisos con capacidad para el cumplimiento de estos deberes: patria potestad, la tutela, el matrimonio, etc., en su faz obligacional; y por tanto, aquel que carezca de posibilidades económicas suficientes para cumplir

con estas obligaciones, deberá así acreditarlo, pues de otra manera su conducta omisiva será considerado como maliciosa.

El Registro de Deudores Morosos Alimentarios —REDAM— aún no ha culminado su etapa de implementación, pese a ser un instrumento que está proyectado a impulsar una cadena masiva de efectos tanto a nivel crediticio como financiero, respecto a los que incumplen con su obligación. Con el REDAM el juez de familia tendrá la posibilidad de suspender o incluso de privar de patria potestad a los que incumplen con ella, por lo que esperamos que culmine esta etapa de implantación para conocer de sus verdaderos efectos en el primer periodo de aplicación a nivel nacional. La legislación española dota al juez o Tribunal Penal de la posibilidad de imponer a los autores de este tipo de ilícitos la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por un lapso de cuatro a diez años. Ponemos ello como ejemplo de la comprensión que se otorga a la autoridad penal en otras legislaciones para resolver en estos casos; medidas que constituyen, además, una consecuencia lógica del incumplimiento del deber dual: el que no cumple con sus deberes tampoco goza de derechos, y evita a la persona agraviada instaurar procesos paralelos en la vía civil, pues la propia autoridad penal resolverá en uno solo ambas consecuencias respecto al obligado.

En este punto queremos hacer hincapié en la estrecha vinculación de las decisiones que se asumen en el campo penal, con las medidas de protección previstas en el campo civil para la protección de derechos. Reconocemos el carácter estrictamente subsidiario del Derecho Penal en el ámbito de la protección a la familia, pero pensamos que lo reiterado de este tipo de conductas nos obliga a buscar mecanismos más sencillos y eficaces desde la propia ley, para tratar de disuadir a los transgresores y simplificar a los actores la tramitación de sus reclamos.

Existen en la norma dos circunstancias agravantes del actuar criminoso bajo comentario: a) en el segundo párrafo del artículo

149 se establece que en los casos de simulación de otra obligación alimentaria, o de renuncia o abandono del centro laboral, la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años; y b) en el tercer párrafo establece que si resulta lesión grave o muerte y pudieron preverse, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en el primer supuesto y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte. Como es conocido, las modalidades establecidas en este segundo párrafo son recurrentes en los procesos de alimentos, respecto de obligados que comienzan a ser sucesivamente demandados por familiares cercanos para disminuir la cuota alimentaria del verdaderamente necesitado, o se hacen despedir o abandonan su puesto de trabajo estable para frustrar los descuentos judicialmente ordenados, de ahí que el legislador incremente la penalidad para estos casos.

Más la realidad que observamos diariamente nos demuestra que estas acciones delictivas, pese a la perversidad que entrañan, quedan impunes, pues las personas afectadas difícilmente pueden acceder al trámite regular de una denuncia o proceso con éxito en ambos casos, ya que aquellos que en connivencia con el obligado suman otras demandas para reducir la cuota alimentaria, aducen estado de necesidad y el supuesto subjetivo no es fácil de acreditar. Y en el segundo caso las empleadoras no se involucran en absoluto, pues aducen que ello sobrepasa las razones objetivas del cese del vínculo laboral. De ahí que reiteremos nuestra preocupación por la implantación real del REDAM en el país con el fin de lograr un seguimiento adecuado, en cada uno de estos casos, que permita al juzgador del área penal contar con la data suficiente en cuanto a la conducta omisiva del sujeto activo y sus actividades económicas o crediticias e imponer la sanción correspondiente. Esto no sólo en un afán punitivo, sino además disuasivo, pues se ha comprobado que ante la falta de responsabilidad o de solidaridad de los obligados, debe darse mayor énfasis a los medios disuasivos para que ante el temor de otras consecuencias que les afecten en su economía

o labor, o sus actos en otros niveles de su propio desarrollo, cumplan con esta obligación. Debemos puntualizar que dadas las condiciones de desempleo o subempleo en nuestro país, cada caso en particular requiere de un examen cabal para establecer la sanción razonable y proporcional; sin embargo, no es menos cierto que este incumplimiento alimentario es uno de los que origina el mayor número de demandas a nivel civil, y gran cantidad de denuncias a nivel penal.

La segunda de las hipótesis agravadas es una respuesta frente a la exposición a mayor daño respecto a la persona perjudicada con el incumplimiento alimentario: cuando el obligado pueda prever que generará una lesión grave en el alimentista, o incluso el fallecimiento de éste. La evidente deshumanización de quien pese a avizorar las posibles consecuencias de su omisión persiste en ello, conlleva la agravación de la pena a tal conducta, a la que pensamos el legislador debió sumar otro tipo de sanciones como la suspensión de derechos civiles prevista para el caso de lesiones leves a menores señalada en el artículo 122 A, suspensión de la patria potestad, e igualar la sanción o hacer referencia expresa a aquella pena conminada, en los casos de fallecimiento previstos en el capítulo de delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, porque en efecto aparece una desigualdad en las sanciones establecidas en ambos casos.

El abandono de mujer en gestación es la última de las figuras penales establecidas en este capítulo, brindando tanto a la madre en estado grávido como al ser en gestación, una protección que asegure su evolución y nacimiento en las condiciones más favorables. Esta obligación de asistencia que impone el legislador evidentemente está basada en el deber que corresponde al autor del embarazo; así, en los casos en que los protagonistas sean una pareja de cónyuges, no existe lugar a duda porque aún en el caso que el marido afirme lo contrario, sólo en un juicio de impugnación de paternidad se puede dilucidar la filiación del

niño por nacer, teniendo en cuenta la previsión contenida en el artículo 365 del Código Civil. Ello no significa que no pueda ser denunciado aquél que sin ser cónyuge abandona a una dama embarazada producto de las relaciones habidas entre la pareja, o a la conviviente, pues se trata de un delito de peligro que no requiere que se concrete; pero sí se debe tomar en consideración que el legislador ha previsto para la configuración del mismo una condición específica para la gestante, y es que esta se halle en situación crítica; por lo tanto, debe existir un riesgo para ambos, madre y feto, que se desencadene con la conducta omisiva del agente.

Es claro también que en caso no fuera aceptada la paternidad que se atribuye a la persona denunciada, procedería una cuestión prejudicial, dado que la filiación solo puede ser establecida en vía civil y bajo los parámetros y causales que las normas sustantivas y procesales establecen para este tipo de procesos.

VIII. Violencia familiar

Nuestra legislación no contempla, dentro de este título III, ámbito específico de protección a la familia o a las relaciones familiares o los casos de violencia que se suscitan en el seno de las mismas como un tipo penal definido; lo que sí ocurre en otras legislaciones. No obstante, todos coincidiremos en que la violencia intrafamiliar es un fenómeno que de manera alarmante ha expandido y multiplicado sus efectos, en perjuicio de los más débiles en una familia o en una relación familiar, constituyendo, como se ha reconocido en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, un atentado contra su dignidad y un obstáculo para su desarrollo.

Dos de estos pactos internacionales de singular importancia y específicamente dirigidos a sancionar y erradicar estos actos de opresión, constituyen la Convención y Protocolo Facultativo sobre

la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer —CEDAW—, vigente desde 1981 en nuestro país, así como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belem do Pará, vigente desde 1994, enfocados específicamente en el tema de defensa de derechos de mujer; igualmente relevante es la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, vigente desde 1989, respecto de los seres humanos en desarrollo. Precisamente en enero de este año el Comité de la ONU para el cumplimiento del convenio internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, señaló, en los comentarios concluyentes sobre la situación en el Perú: “la falta de datos estadísticos confiables desagregados por sexo, por áreas rurales y urbanas y por etnia en el informe (...) dificulta la evaluación certera de la situación real de las mujeres respecto a las áreas cubiertas por la Convención y la determinación si persisten formas directas o indirectas de discriminación”. Y específicamente en la recomendación 21, dice: “El Comité urge al Estado parte que amplíe su definición de violencia contra las mujeres, incluyendo en particular, la esclavitud sexual, el embarazo forzado, la prostitución forzada, la unión forzada y el trabajo doméstico forzado”. Consecuentemente debemos emprender mayores esfuerzos para proveer de información adecuada sobre la incidencia de estos hechos, y luchar contra “las causas y la extensión de la trata en el Perú como país de origen, tránsito y destino, y la ausencia de medidas adecuadas para combatir el fenómeno de la trata de mujeres y niñas”⁸, siendo necesario que la legislación penal establezca formalmente este tipo de ilícitos y la sanción respectiva.

Sabemos de la divergencia sobre los criterios que los especialistas en el área penal sostienen al respecto; sin embargo, no es menos cierto que convendría también incorporar el enfoque de género en estas políticas, a fin de afrontar el fenómeno de violencia y sus efectos desde una visión integral, pues existen fallas en la

⁸ Recomendación número 30 del mismo comité citado.

protección real que se debe otorgar a la familia y a sus integrantes, siendo pertinente involucrar en esta visión a todos los tipos de violencia familiar, incluida la sexual. La característica común a todas las definiciones esbozadas sobre el problema de violencia en las relaciones familiares es que, en efecto, se trata de un daño físico o psicológico o sexual (que involucraría los dos anteriores) o económico, y si bien la Ley vigente n° 26260, de protección frente a la violencia familiar, prescribe la actuación de los operadores del sistema de justicia formal, dentro de sus respectivos ámbitos de actuación, no criminaliza adecuadamente estas conductas tal como ha mencionado el Comité CEDAW en las recomendaciones glosadas *ut supra*. Algunos autores hacen hincapié en la necesidad de establecer la eficacia de los tipos penales que se encuentran contenidos en títulos diferentes del CP, y que atacan las demostraciones de violencia intrafamiliar. Así por ejemplo, Reyna Alfaro analiza el delito de parricidio⁹, el atentado contra la vida que se produce entre personas con una natural o legal vinculación familiar, tal como se describe en el artículo 107 del CP; o el delito de lesiones descrito en los artículos 121 - A y 122 - A del CP. Sin embargo, no se han involucrado en nuestra legislación como agravantes otras conductas que atentan contra los derechos de familiares directos, y que vulneran la libertad individual (secuestro, coacción), o dentro de la protección a la libertad sexual de la persona (violación), pese a que, tal como la experiencia nos corrobora, son conductas que diariamente padecen los débiles en una relación familiar, incluidos los problemas de incesto.

Las diferentes tendencias teóricas en cuanto al papel que corresponde al Derecho Penal para atacar estas conductas, desde aquella que considera que, basándose en la protección que las constituciones establecen para que ninguna persona sea objeto de discriminación, debe establecerse desde en el campo penal una protección específica para las mujeres por constituir el grupo social en mayor riesgo frente al fenómeno, hasta aquella otra

⁹ Reyna Alfaro; *op. cit.*, pág. 266.

posición en el sentido que por el hecho de pertenecer a un grupo específico no puede comprenderse dentro de la política criminal de un Estado una protección especial, pues no corresponde al Derecho Penal una concepción moral o política determinada¹⁰, aún tenemos una discusión en desarrollo. Sin embargo, para quienes desde nuestra experiencia dentro de la labor judicial tratamos de dar soluciones a los casos concretos bajo juzgamiento, resulta claro que requerimos de una respuesta pronta a estas discrepancias. E igualmente nos resulta claro que debemos enfrentarla mediante un trabajo articulado con otras instituciones, desde el esfuerzo de difusión de derechos y prevención de conductas negativas, así como en el contexto interdisciplinario enriquecedor y complementario del abordaje y procesamiento de las denuncias o demandas. Este trabajo en red constituye la mejor forma de llegar tanto a modificar conductas o prejuicios, lograr una interpretación de normas más comprensiva y protectora, y acercar la respuesta de la justicia a las víctimas de manera más eficaz. No se trata solamente de un tema de concepción predominante que puede ir cambiando a medida que el acceso a la educación y a los medios de desarrollo resulten verdaderamente equitativos a todos los integrantes de la sociedad, sino también está relacionado al efecto tanto de medidas definitivas como de las cautelares o provisorias que la ley disponga y la autoridad ejecute en su diario quehacer.

Los diversos foros sobre atención al problema de violencia denotan que la respuesta inmediata, la medida más eficaz y con mayor trascendencia, es aquella que se otorga a la víctima al plantear la denuncia o iniciar el trámite, de la cual nace la credibilidad en la justa actuación de la autoridad a la cual acudió, pues el haber sido respaldada en su angustioso pedido de seguridad para ella o los suyos, es el mejor medio de dotar de legitimidad a la actuación *a posteriori*. De lo contrario la víctima desistirá rápidamente de su denuncia como ha sucedido en tantos casos, o incluso puede sufrir consecuencias más dañinas en represalia a la denuncia.

¹⁰ Hurtado Pozo José; "Moral, sexualidad y Derecho Penal"; citado por Reyna Alfaro; ob. cit.

Al respecto las medidas cautelares de prohibición de cercanía a la presunta víctima, o de retiro del hogar del agresor o de incomunicación o las de terapia psicológica, deberían incorporarse con mayor especificidad, pues para abordar el tratamiento del problema debe comprenderse igualmente al agresor con una terapia de seguimiento. En nuestra legislación, frente a la violencia familiar, se incluye la posibilidad de señalar una pensión de alimentos e indemnización a favor de las víctimas, pero éstas no suelen ser medidas aplicadas en todos los casos. En este punto también es oportuno reflexionar sobre el trascendente rol que cumple el representante del Ministerio Público en la prevención y abordaje de los casos de violencia, legitimado para ejercer en representación de la víctima el derecho de acción, demandando ante el Juzgado Especializado o Mixto el cese de los actos, así considerados perjudiciales. Sin embargo, consideramos necesaria una coordinación más estrecha para dotar de eficacia a estas acciones (el mayor porcentaje de demandas son formuladas por el/la representante del Ministerio Público, y uno reducido por la propia parte en forma directa) para evitar rechazos de demandas, o aquellos casos en los cuales subyacen derechos que deben ser esclarecidos en vía legal apropiada (conflictos sobre sucesiones indivisas, conflictos patrimoniales, conyugales, o parentales, etc.) en los cuales se utiliza el sistema de abordaje a la violencia, con la finalidad de crear pruebas o precedentes para procesos futuros sobre materias cuyo debate es el verdadero interés que los motiva a acudir a la autoridad. Por los datos estadísticos del Servicio de Información de Apoyo al Trabajo Fiscal (SIATF) sabemos que en el año 2006 las fiscalías de familia tuvieron un ingreso total de 76,575 denuncias por casos de violencia familiar de las cuales 54,062 (70.6%) fueron de procedencia policial, 15,248 (19.9%) procedieron de una denuncia de parte o directa y 6,366 (8.3%) tuvieron otro tipo de procedencia. Y del total de denuncias ingresadas por violencia familiar 34,785 (46.2%) fueron demandadas, 17,098 (22.3%)

archivadas, 6,254 (8.2%) derivadas y 18,438 (24.1%) se encontraban en trámite. Para cerrar esta perspectiva estadística diremos que la misma fuente señala que los distritos judiciales que concentraron la mayor cantidad de denuncias ingresadas por violencia familiar fueron Lima, con 18,749 (24.5%), seguida de Arequipa, con 8,404 (10.9%) y Cusco, con 6,485 (8.5%)¹¹.

Ante el incremento de estos hechos una investigación en ámbito nacional señala: “la violencia se enmascara bajo diversos esquemas que intentan justificarla y que muchas veces (...) consiguen normalizarla (...) hay muchísimas situaciones de violencia que por diversas razones nunca llegan al sistema de protección y no se registran. Esta es una primera limitación para cualquier intento de aproximación al conocimiento del problema. Hay sin embargo, otros elementos que atentan contra esta tarea. Un elemento central es la desarticulación con la que —mas allá de la buena disposición y el interés manifiesto por el trabajo compartido— operan en la práctica los distintos sectores que intervienen en el tema”¹². Es que, en efecto, en la medida que se articulen las acciones se evitará duplicación de investigaciones o de esfuerzos y se dirigirán en forma más ligera hacia el resultado de protección.

El Estado Peruano está obligado a rendir ante los diversos comités de los pactos internacionales suscritos, informes periódicos sobre los avances y dificultades en la implementación de las políticas concretas de defensa de tales derechos, y tales comités, luego de las evaluaciones respectivas, plantear observaciones y recomendaciones al Estado informante. Precisamente el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, sobre el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño en el informe efectuado al Perú en el 2006, señala: “El Comité recomienda al Estado Parte: a) que tipifique la trata en la legislación penal conforme a la definición que figura en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños (...) el Comité recomienda al Estado Parte que intensifique y

¹¹ Datos extraídos del SIATF de la Fiscalía de la Nación, publicado en su Web oficial: www.mpfn.gob.pe/estadísticas/anuario-2006-carga-lab.php.

¹² Iglesias López María Elena CESIP; “Levantamiento de información sobre violencia hacia niños, niñas y adolescentes a nivel nacional con énfasis en Lima, Ayacucho, Cusco y Loreto”; CESIP, 2006.

redoble sus esfuerzos para prevenir las desapariciones de niños, investigue plenamente esos casos y someta a los culpables a la acción de la justicia”¹³, de los cuales emerge el reto porque nuestra legislación penal sea complementada adecuadamente para dar verdadera protección a los integrantes de las familias nacionales.

Como señalaba el profesor peruano Carlos Fernández Sessarego: “en la propia calidad ontológica del ser humano, en su propia naturaleza, sólo el ser humano es capaz de «proyectar su vida» ya que ello sólo es posible tratándose de un ser «libre», coexistencial, y a la vez «temporal»”¹⁴. Y es dentro de la coexistencia en familia que deberían darse las mayores oportunidades para este desarrollo; sin embargo, muchas veces los integrantes de este círculo familiar producen un daño cierto con efectos continuados, cuyas consecuencias acompañan a la persona en el futuro.

El marco legislativo penal en consecuencia, inmerso siempre dentro del respeto de los derechos humanos consagrados universalmente, debe procurar rodear de verdadera protección a las familias y a sus integrantes, como es la obligación de todos los estados; y por ello estas reflexiones están destinadas a generar un intercambio de opiniones sobre posibles mejoras que permitan dar una visión integral de esta protección teniendo en cuenta como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Bulacio vs. Argentina): “la violación, generadora de daño, (...) la intensidad de los sufrimientos que los hechos causaron a la víctima y a sus familiares, el cambio en las condiciones de existencia de la familia y las demás consecuencias de orden no material o no pecuniario que sufrieron éstos (...) es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a agresiones y vejámenes experimente un profundo sufrimiento moral, que se extiende a los miembros más cercanos de la familia, particularmente a aquellos que estuvieron en contacto afectivo estrecho con la víctima”¹⁵. Por lo cual debemos continuar en nuestro empeño de

¹³ Recomendación número 68 y número 70 del citado informe del Comité de los Derechos del Niño de NNUU.

¹⁴ Fernández Sessarego Carlos; Nuevas Reflexiones sobre el Daño al Proyecto de Vida; Revista Jurídica del Perú; Año LII N. 38; septiembre 2002.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bulacio vs. Argentina, Sentencia del 18 de septiembre del 2003.

mejorar el abordaje y procesamiento de los casos sometidos a la competencia de las judicaturas especializadas o mixtas.

Debemos evaluar igualmente la posibilidad de la creación de la sub especialidad para los casos de violencia; si es posible sumar disposiciones procesales, además de las sustantivas, de mayor garantía para la víctima dentro de estas medidas, lo que dotaría de una mayor especialidad a los operadores involucrados en el tratamiento de estos problemas y de una conexión mucho mas rápida en el enlace de trabajo articulado interinstitucional y multidisciplinario, para que los cambios que se introduzcan tanto a nivel sustancial como procesal, garanticen una adecuada atención a las familias involucradas en estos hechos. Ello conllevaría igualmente mediciones y líneas de base debidamente estructuradas para que las políticas de atención tengan un norte concreto y los esfuerzos de erradicación de la violencia, en todas sus formas, resulten directos y eficaces.

Conocemos bien que los diversos factores asociados a la violencia determinan que la misma deba ser abordada desde varios frentes en realidades como la nuestra, donde la exclusión social sigue siendo una constante a la que se la puede calificar como: "proceso de transferencia intrageneracional de la violencia, que se inicia con los niños y las madres y se reproduce cuando éstos llegan a la edad adulta"¹⁶; lo cual nos compromete más en el desarrollo de políticas institucionales adecuadas para el abordaje de este mal, retando nuestra creatividad para aplicar las mejores soluciones en cada uno de los procesos bajo nuestra competencia, y unir esfuerzos en nuestro quehacer cotidiano de erradicación de todos los efectos negativos que ella trae a nuestra sociedad.

Bibliografía

- Günther, Jakobs. *¿Qué protege el Derecho Penal: Bienes Jurídicos o la vigencia de la Norma?* El sistema funcionalista del Derecho

¹⁶ INEI-UNICEF. *El estado de la Niñez en el Perú*. Perú, enero 2004.

- Penal, *II Curso Internacional de Derecho Penal*; Lima, Editorial Grigley; septiembre, 2000.
- Muñoz Conde, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Editorial Lo Blanch; Valencia, España; 1989.
 - Fabián Novak y Sandra Namihás. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Academia de la Magistratura. Noviembre, 2004.
 - Iglesias López, María Elena. *Levantamiento de información sobre violencia hacia niños, niñas y adolescentes a nivel nacional, con énfasis en Lima, Ayacucho, Cusco y Loreto*. CESIP; Lima. Noviembre, 2006.
 - CLADEM-Perú. *Observaciones y Recomendaciones del Comité CEDAW al IV informe sustentado por el Estado Peruano*. Lima, junio, 2007.
 - Comité de los Derechos del Niño. *Examen de los informes presentados por los estados parte en virtud del artículo 44 de la Convención*. Perú, marzo, 2006.
 - MIMDES-Ministerio de la Mujer y Desarrollo social. *Sustracción de niños, niñas y adolescentes*. Documentos de trabajo. Dirección de la Familia y la Comunidad.
 - Reyna Alfaro, Luis Miguel. *Delitos contra la Familia*. Gaceta Jurídica, primera edición. Septiembre, 2004.
 - Campana Valderrama Manuel. *El delito de Omisión a la Asistencia Familiar*. Fondo Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega, primera edición. Marzo, 2002.
 - Campana Valderrama, Manuel. *Derecho y Obligación alimentaria*. Jurista Editores, segunda edición. noviembre 2003. Diálogo con la Jurisprudencia; noviembre, 1999; agosto, 2001; octubre, 2000; julio, 2002; Editorial Gaceta Jurídica.
 - Fernández Sessarego, Carlos. *Nuevas Reflexiones sobre el Daño al Proyecto de Vida*. Revista Jurídica del Perú, año LII, Revista n° 38. Editora Normas Legales. Septiembre, 2002.
 - INEI-UNICEF. *El estado de la Niñez en el Perú*. Editado por UNICEF, Lima. Primera edición; enero, 2004.

ANUARIO ESTADÍSTICO 2002
MINISTERIO PÚBLICO-FISCALÍA DE LA NACIÓN
OPERACIONES DE PREVENCIÓN Y DELITOS ESPECÍFICOS

Denuncias ingresadas en las fiscalías provinciales penales de Lima
por delito genérico y específico

DELITOS MATERIA DE INVESTIGACIÓN	DENUNCIAS INGRESADAS	
TOTAL	33336	100%
Delitos contra la vida el cuerpo y la salud	3879	11.64
Homicidio	915	2.74
Aborto	64	0.19
Lesiones	2748	8.24
Exposición al peligro o abandono de personas en peligro	30	0.09
Otros contra la vida, el cuerpo y la salud	122	0.37
Delitos contra la familia	870	2.61
Matrimonios ilegales	27	0.08
Contra el estado civil	33	0.10
Atentados contra la patria potestad	86	0.26
Omisión de asistencia familiar	718	2.15
Otros contra la familia	6	0.02
Delitos contra la libertad	2542	7.63
Violación de la libertad personal	999	3.00
Violación de la intimidad	25	0.07
Violación de domicilio	198	0.59
Violación del secreto de las comunicaciones	18	0.05
Violación del secreto profesional	6	0.02
Violación de la libertad de reunión	3	0.01
Violación de la libertad de trabajo	144	0.43
Violación de la libertad de expresión	3	0.01
Violación de la libertad sexual	996	2.99
Proxenetismo	58	0.17
Ofensas al pudor público	28	0.08
Otros contra la libertad	64	0.19
Delitos contra el patrimonio	12945	38.83
Hurto	3708	11.12
Robo	1898	5.69
Apropiación ilícita	1994	5.98
Receptación	132	0.40
Estafa y otras defraudaciones	4123	12.37
Fraude en la administración de persona jurídica	105	0.31
Extorsión	80	0.24
Usurpación	652	1.96
Daños	200	0.60
Otros contra el patrimonio	53	0.16
Delitos contra la confianza y buena fe negocios	584	1.75
Quiebra	32	0.10
Usura	55	0.16
Libramientos indebidos	493	1.48
Otros contra la confianza y la buena fe en negocios	4	0.01
Delitos contra el patrimonio cultural	14	0.04
Contra los bienes culturales	3	0.01
Otros contra el patrimonio cultural	11	0.03
Delitos contra el orden económico	24	0.07
Abuso de poder económico	11	0.03
Venta ilícita de mercaderías	2	0.01
Otros delitos económicos	11	0.03
Delitos contra el orden financiero y monetario	140	0.42
Delitos financieros	90	0.27

Delitos monetarios	50	0.15
Delito tributario	139	0.42
Contrabando	71	0.21
Defraudación fiscal	32	0.10
Elaboración y comercio clandestino de productos	36	0.11
Delitos contra la seguridad pública	4666	14.00
Delito de peligro común	2049	6.15
Contra med. transp. común y otras obras públicas	87	0.26
Contra la salud pública	2282	6.85
Otros contra la seguridad pública	248	0.74
Delitos contra la ecología	51	0.15
Contra recursos naturales y medio ambiente	10	0.03
Otros contra la ecología	41	0.12
Delitos contra la tranquilidad pública	188	0.56
Delitos contra la paz pública	14	0.04
Terrorismo	4	0.01
Delitos contra la tranquilidad pública	24	0.07
Otros contra la tranquilidad pública	146	0.44
Delitos contra el estado y la defensa nacional	3	0.01
At.c./seguridad nacional y traición a la patria	3	0.01
Delitos contra la voluntad popular	38	0.11
Delitos contra el derecho al sufragio	28	0.08
Otros contra la voluntad popular	10	0.03
Delitos contra la administración pública	4041	12.12
Delitos cometidos por particulares	1431	4.29
Delitos cometidos por funcionarios	1315	3.94
Delitos contra la administración de justicia	1104	3.31
Otros delitos	191	0.57
Delitos contra la fe pública	3045	9.13
Falsificación de documentos en general	2101	6.30
Falsificación de sellos, timbres y marcas	10	0.03
Otros contra la fe pública	934	2.80
Otros delitos	14	0.04
No tipificados	152	0.46
Ley N° 26641 (Contumacia)	1	0.00
Nota: no incluye a las fiscalías especializadas		
Fuente: Sistema de Información al Trabajo Fiscal-SIATF		
Elaborado: Gerencia de Planificación, Racionalización y Estadística		

LECTURAS

Elvira María Álvarez Olazabal

I: Observaciones y recomendaciones del Comité CEDAW
al IV Informe sustentado por el Estado
Peruano en enero del 2007

II: Explotación sexual comercial de niñas,
niños y adolescentes en el Perú:
presente y pasado

Lecturas I

Observaciones y recomendaciones del Comité CEDAW al IV Informe sustentado por el Estado Peruano en enero del 2007

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN
CONTRA LA MUJER - Sesión 37

15 de enero- 2 de febrero de 2007

Comentarios concluyentes del comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer: Perú

1. El Comité consideró el sexto informe periódico del Perú (CEDAW/C/PER/6) en su 763 y 764 reuniones, el 19 de enero de 2007 (CEDAW/C/SR.763 y 764). La lista de temas y preguntas del Comité se encuentra en CEDAW/C/PER/Q/6 y las respuestas del Perú se encuentran en CEDAW/C/PER/Q/6/ Add.1.

Introducción

2. El Comité expresa su agradecimiento al Estado parte por su sexto informe periódico, el cual fue preparado siguiendo las pautas para la presentación de informes del Comité y toma plenamente en cuenta los comentarios concluyentes previos del Comité. El Comité también expresa su agradecimiento por

- las respuestas por escrito a la lista de temas y preguntas planteadas por el grupo de trabajo previo a la sesión y por la presentación y las respuestas orales a las preguntas planteadas por el Comité.
3. El Comité expresa su agradecimiento por el diálogo constructivo sostenido entre la delegación y las integrantes del Comité.
 4. El Comité felicita al Estado parte por presentar el informe de manera oportuna bajo la Convención.
 5. El Comité felicita al Estado parte por haber ratificado el Protocolo Opcional en el 2001.

Aspectos positivos

6. El Comité toma nota con satisfacción de los esfuerzos desplegados para implementar la Convención a través de la promulgación de leyes, políticas, planes y programas, incluyendo la Ley de Prevención y Sanción del Acoso Sexual (2003), el Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Varones (2003), el Plan Nacional de Acción por la Infancia y Adolescencia (2002) y la reestructuración del aparato nacional para el avance de las mujeres (2002).
7. El Comité toma nota con satisfacción de los resultados de los esfuerzos por aumentar el número de mujeres en cargos políticos en el Perú, incluyendo el número de ministros mujeres y el establecimiento de una proporción mínima de 30 por ciento de mujeres u varones que deben ser incluidas/os en las listas de candidatos/os al Congreso.
8. El Comité felicita la participación del Estado, las universidades y la sociedad civil en el abordaje de temas que afectan a las mujeres y la participación de organizaciones no gubernamentales (ONGs) en la elaboración del informe.

Áreas principales de preocupación y recomendaciones

9. Recordando la obligación del Estado parte de implementar sistemática y continuamente todas las provisiones de la Convención, el Comité considera que las preocupaciones y recomendaciones identificadas en los presentes comentarios concluyentes requieren de la atención prioritaria del Estado parte a partir del momento actual hasta la presentación del próximo informe periódico. En consecuencia, el Comité hace un llamado al Estado parte para que enfoque su atención en aquellas áreas, en sus actividades de implementación y que informe sobre la acción emprendida y los resultados logrados en su próximo informe periódico. Hace un llamado al Estado parte para que presente los comentarios concluyentes a todos los ministerios relevantes y al Congreso para asegurar su plena implementación.
10. El Comité lamenta la falta de datos estadísticos confiables desagregados por sexo, por áreas rurales y urbanas y por etnia en el informe, lo cual dificulta la evaluación certera de la situación real de las mujeres respecto a las áreas cubiertas por la Convención y la determinación si persisten formas directas o indirectas de discriminación. Al Comité le preocupa que la disponibilidad limitada de dichos datos detallados puedan también constituirse en un impedimento para el propio Estado parte en la designación e implementación de políticas y programas, y en el monitoreo de su efectividad respecto a la implementación de la Convención.
11. El Comité hace un llamado al Estado parte para que fortalezca rápidamente su actual sistema de recolección de datos en todas las áreas cubiertas por la Convención, a fin de evaluar de manera certera la situación real de las mujeres e identificar tendencias a lo largo del tiempo. También hace un llamado al Estado parte para monitorear, a través de indicadores mensurables, el impacto de las medidas adoptadas y el progreso hacia la

- realización de la igualdad de facto de las mujeres. Alienta al Estado parte a utilizar estos datos y los indicadores en la formulación de leyes, políticas y programas para la implementación efectiva de la Convención. El Comité solicita al Estado parte que incluya esta información y datos en su próximo informe, desagregados por áreas rurales y urbanas y por etnia, indicando el impacto de las medidas emprendidas y los resultados logrados en la realización práctica de la igualdad de facto de las mujeres.
12. El Comité toma nota con preocupación que, mientras que la Convención hace referencia al concepto de igualdad, el término «equidad» es utilizado al referirse a los planes y programas del Estado parte de tal forma que podría interpretarse que ambos términos son sinónimos.
 13. El Comité solicita al Estado parte que tome nota que los términos «equidad» e «igualdad» comunican diferentes mensajes y que su uso simultáneo podría llevar a una confusión conceptual. La Convención está orientada hacia la eliminación de la discriminación contra las mujeres y asegurar la igualdad de jure y de facto (formal y sustantivo) entre mujeres y varones. El Comité recomienda al Estado parte que use el término «igualdad» de manera consistente en sus planes y programas.
 14. El Comité toma nota de la reestructuración del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social y la creación del Vice-Ministerio de la Mujer; sin embargo, expresa preocupación de que el aparato nacional para el avance de la mujer pueda no tener suficiente poder para la toma de decisiones o recursos financieros y humanos para promover efectivamente la implementación de la Convención y de la igualdad de género. Además, al Comité le preocupa que la ausencia de legislación nacional sobre igualdad entre mujeres y varones pueda limitar la capacidad del aparato nacional para llevar a cabo sus esfuerzos de apoyo a la incorporación de la perspectiva de género en todos los sectores del Gobierno.

15. El Comité solicita al Estado parte que garantice que el aparato nacional para el avance de las mujeres tenga suficiente poder en la toma de decisiones y recursos financieros y humanos para promover efectivamente un abordaje sustantivo a la implementación de la Convención que tome en cuenta diferencias sexuales, de género y culturales. Hace un llamado al Estado parte para que promulgue ley s sobre igualdad entre mujeres Y varones, las cuales brindarán al aparato nacional para el avance de las mujeres un mandato más fuerte para llevar a cabo sus funciones respecto a la implementación de todas las provisiones de la Convención, así como para apoyar y coordinar de manera efectiva el uso de la estrategia de incorporación de la perspectiva de género en todas las áreas de políticas y por todos los niveles del gobierno.
16. Al Comité le preocupa que la información proporcionada en el informe indique una falta de comprensión de la diferencia entre medidas especiales temporales orientadas a la aceleración de la igualdad sustantiva, de facto de las mujeres, como se requiere bajo el artículo 4, párrafo 1, de la Convención, y las políticas sociales generales que son adoptadas para implementar la Convención. Al Comité le preocupa adicional mente que aunque se estén tomando medidas para aumentar la participación política de las mujeres, ellas están sub-representadas en otros organismos públicos, tales como la administración pública y el poder judicial, ya nivel local/municipal.
17. El Comité recomienda que el Estado parte adopte medidas concretas, incluyendo medidas especiales temporales de acuerdo con el artículo 4, párrafo 1, de la Convención y la recomendación general 25, en todas las áreas a fin de acelerar la realización práctica de la igualdad de facto entre mujeres y varones. También alienta al Estado parte a dar a conocer en mayor grado el propósito de las medidas especiales temporales según han sido elaboradas por el Comité en su recomendación general

25. El Comité urge al Estado parte a implementar un plan estratégico con medidas que resulten en un mayor número de mujeres en cargos públicos, incluyendo la administración pública y el poder judicial, y a nivel local/municipal, junto con el establecimiento de cronogramas y objetivos. Más aún, el Comité sugiere la implementación de actividades de sensibilización sobre la importancia de la participación de las mujeres en la toma de decisiones para la sociedad en su conjunto.
18. El Comité toma nota de las diversas iniciativas en los niveles legislativo y de políticas para reducir la violencia contra las mujeres, incluyendo el Plan Nacional contra la Violencia hacia las Mujeres; sin embargo, sigue seriamente preocupado por la amplitud, intensidad y predominio de dicha violencia. El Comité sigue particularmente preocupado de que las mujeres enfrenten obstáculos significativos en el acceso a la justicia, en particular las mujeres indígenas, quienes también enfrentan barreras de idioma, la falta de medidas para el cumplimiento de la ley que contribuye a la impunidad de los perpetradores, y la persistencia de actitudes permisivas en la sociedad hacia la violencia contra las mujeres. El Comité continúa preocupado de que el abuso sexual incestuoso no esté caracterizado como crimen.
19. El Comité urge al Estado parte a que brinde mayor atención prioritaria al diseño e implementación de una estrategia general para combatir y erradicar todas las formas de violencia contra las mujeres, en conformidad con la recomendación general 19, para prevenir la violencia, sancionar a los perpetradores y brindar servicios a las víctimas. Dicha estrategia también debe incluir medidas de concientización y sensibilización, en particular de las fuerzas del orden y los fiscales, así como de maestros/as, trabajadores/as sociales y de salud y los medios de comunicación. Hace un llamado al Estado parte para garantizar la implementación y cumplimiento efectivo de las leyes existentes y reitera la

recomendación de sus comentarios concluyentes previos de que el Estado parte penalice el abuso sexual incestuoso. También alienta al Estado parte a vincular sus esfuerzos para combatir los estereotipos de género predominantes que discriminan a las mujeres con sus esfuerzos para combatir la violencia contra las mujeres. Más aún, hace un llamado al Estado parte para establecer un mecanismo de monitoreo y evaluación a fin de evaluar de manera constante el impacto y efectividad del cumplimiento de la ley y de los programas orientados a la prevención y resarcimiento de la violencia contra las mujeres. El Comité alienta al Estado parte a brindar información sobre el impacto de los pasos tomados, el progreso logrado y los obstáculos encontrados que aún quedan en su próximo informe periódico.

20. El Comité reconoce el informe de la Comisión de la Verdad respecto a las violaciones de derechos humanos durante el conflicto armado de 1980 al 2000, y la reparación colectiva otorgada a las poblaciones de las comunidades afectadas en las zonas rurales. Sin embargo, le preocupa que sólo la violación ha sido reconocida como violencia contra las mujeres, y que la recopilación de casos individuales de violación de derechos humanos aún no ha sido completada. Al Comité también le preocupa seriamente que no se esté realizando investigaciones y acciones judiciales para todos los actos de violencia contra las mujeres y que las reparaciones para víctimas individuales no estén fácilmente disponibles.
21. El Comité urge al Estado parte que amplíe su definición de violencia contra las mujeres, incluyendo, en particular, la esclavitud sexual, el embarazo forzado, la prostitución forzada, la unión forzada y el trabajo doméstico forzado. El Comité recomienda que el Estado parte brinde la asistencia necesaria a las mujeres víctimas de violencia durante el conflicto armado de 1980 al 2000 a fin de que no tengan que viajar largas

distancias para registrar sus casos ante jueces y fiscales. El Comité también hace un llamado al Estado parte para que investigue y procese todos los actos de violencia cometidos contra las mujeres y brinde reparaciones individuales a las mujeres que experimentaron diferentes formas de violencia.

22. Al Comité le preocupa que el acceso de las mujeres a la justicia sea limitado, particularmente debido a la falta de información de las mujeres respecto a sus derechos, la falta de asistencia legal, la insuficiente comprensión de la Convención por parte del poder judicial y los largos procesos legales que no son comprendidos por las mujeres. Al Comité le preocupa que los casos de violencia física y psicológica sean particularmente difíciles de procesar en el sistema legal.
23. El Comité alienta al Estado parte a eliminar los impedimentos que enfrentan las mujeres en su acceso a la justicia y a aumentar entre las mujeres el alfabetismo legal, la conciencia de sus derechos y la capacidad para reclamarlos efectivamente. Más aún, urge al Estado parte a adoptar medidas adicionales para difundir información sobre la Convención, los procedimientos bajo el Protocolo Opcional y las recomendaciones generales del Comité, e implementar programas para fiscales, jueces y abogados/as que cubran todos los aspectos relevantes de la Convención y el Protocolo Opcional. También recomienda que se emprendan campañas sostenidas de concientización y alfabetismo legal orientadas a las mujeres, incluyendo las mujeres rurales y ONGs que trabajan sobre temas de las mujeres, a fin de alentar y empoderar a las mujeres para que aprovechen los procedimientos y reparaciones disponibles para las violaciones de sus derechos bajo la Convención.
24. El Comité expresa su preocupación por el inadecuado reconocimiento y protección de la salud y los derechos reproductivos de las mujeres en el Estado parte. Le preocupa particularmente la alta tasa de embarazos adolescentes, que presenta un obstáculo

significativo para las oportunidades educativas y el empoderamiento económico de las niñas, y la disponibilidad limitada de anticonceptivos de emergencia, particularmente en las zonas rurales. El Comité toma nota con preocupación que el aborto ilegal continúa siendo una de las causas principales de la alta tasa de mortalidad materna y que la interpretación restrictiva por parte del Estado parte del aborto terapéutico, que es legal, puede conducir a que más mujeres recurran al aborto ilegal e inseguro. Más aún, le preocupa que el Estado parte no haya cumplido con las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos en *KL versus Perú* (CCPR/C/85/D/1153/2003 (2005)).

25. El Comité urge al Estado parte a aumentar la provisión de información y servicios de planificación familiar a mujeres y niñas, incluyendo la anticoncepción de emergencia, y a promover la educación sexual ampliamente, particularmente en el currículo normal de educación orientado a niñas y varones adolescentes, con especial atención a la prevención del embarazo adolescente. El Comité también urge al Estado parte a brindar a las mujeres acceso a servicios de calidad para el manejo de complicaciones que surjan de abortos inseguros, a fin de reducir las tasas de mortalidad materna de las mujeres. El Comité urge al Estado parte a revisar la interpretación restrictiva del aborto terapéutico, que es legal, a poner mayor énfasis en la prevención del embarazo adolescente y a considerar la revisión de la ley relativa al aborto por embarazos no deseados con vista a retirar las disposiciones punitivas impuestas a las mujeres que se someten a abortos, en línea con la recomendación general 24 del Comité sobre mujer y salud, y la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing. Más aún, el Comité hace un llamado al Estado parte para cumplir las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos en *KL versus Perú*.
26. Al Comité le preocupa el bajo nivel educativo de las niñas, particularmente sus niveles de analfabetismo, ausentismo escolar y

deserción escolar. Le preocupa particularmente la educación de las niñas rurales que continúan enfrentando desventajas significativas en el acceso y calidad de educación, así como en años de escolarización formal, una situación que resulta en el incremento del analfabetismo funcional de las mujeres rurales.

27. El Comité urge al Estado parte a tomar todas las medidas apropiadas de manera inmediata, incluyendo medidas especiales temporales de acuerdo con el artículo 4, párrafo 1, de la Convención y la recomendación general 25 del Comité sobre medidas especiales temporales, a fin de reducir la tasa de analfabetismo de las mujeres y de brindar educación, tanto formal como informal, a las mujeres, especialmente en las zonas rurales. El Comité también recomienda que los esfuerzos para garantizar la implementación de la educación primaria gratuita y obligatoria a nivel nacional sean fortalecidos.
28. Al Comité le preocupa la situación de aquellas mujeres que enfrentan altos riesgos de pobreza consistente y exclusión social en el Estado parte, incluyendo los niños y niñas que trabajan en las calles, y la ausencia de perspectivas de género en las estrategias de erradicación de la pobreza.
29. El Comité urge al Estado parte a acelerar sus esfuerzos para erradicar la pobreza entre las mujeres, incluyendo a los niños y niñas que trabajan en la calle, incorporando las perspectivas de género en todos los programas de desarrollo y garantizando la participación plena e igualitario de las mujeres en la toma de decisiones, en aquellos programas, así como en sus procesos de implementación.
30. El Comité toma nota de las iniciativas recientes del Estado parte para abordar el problema de la trata de mujeres y niñas; sin embargo, continúa preocupado por la insuficiente información sobre las causas y la extensión de la trata en el Perú como país de origen, tránsito y destino, y la ausencia de medidas adecuadas para combatir el fenómeno de la trata de mujeres y niñas.

31. El Comité hace un llamado al Estado parte para que garantice que se cumpla plenamente la legislación sobre trata y que el plan de acción nacional y otras medidas para combatir la trata de seres humanos sean plenamente implementados. El Comité urge al Estado parte a recoger y analizar datos de la policía y de fuentes internacionales, procesar y sancionar a los traficantes, y asegurar la protección de los derechos humanos de las mujeres y niñas víctimas de la trata. También recomienda que el Estado parte aborde la causa básica de la trata, aumentando sus esfuerzos para mejorar la situación económica de las mujeres, eliminando así su vulnerabilidad a la explotación y a los traficantes, y adopte medidas para la rehabilitación e integración social de las mujeres y niñas víctimas de la trata. El Comité solicita al Estado parte que en su próximo informe brinde información y datos generales sobre la trata de mujeres y niñas y sobre la prostitución, así como sobre las medidas adoptadas para combatir estos fenómenos y sus impactos.
32. El Comité toma nota con preocupación del gran número de mujeres, particularmente mujeres indígenas y rurales, que no cuenta con documento alguno que registre sus fechas de nacimiento y, en consecuencia, no pueden reclamar su nacionalidad y beneficios sociales en el Estado parte.
33. El Comité alienta al Estado parte a acelerar y facilitar el proceso de registro de mujeres indocumentadas ya emitir certificados de nacimiento y documentos de identidad. El Comité urge al Estado parte a establecer metas y cronogramas concretos para que estas mujeres puedan documentar su nacionalidad, particularmente en las zonas rurales, y a brindar información sobre el progreso logrado en su próximo informe.
34. El Comité expresa preocupación de que la edad legal mínima para contraer matrimonio sea de 16 años tanto para las niñas como los niños y que dicha edad legal tan baja para el matrimonio pueda impedir que las niñas continúen su educación, las lleve

a dejar la escuela a una edad temprana y pueda resultar en dificultades para el logro de su autonomía económica y empoderamiento.

35. El Comité urge al Estado parte a tomar medidas orientadas a elevar a 18 años la edad legal mínima para contraer matrimonio para las niñas y niños con miras a que esté en línea con el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y con el artículo 16, párrafo 2, de la Convención y la recomendación general 21 del Comité sobre igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares.
36. Al Comité le preocupa la situación de las mujeres rurales, indígenas y de poblaciones minoritarias que se caracteriza por condiciones de vida precarias y falta de acceso a la justicia, la atención a la salud, la educación, facilidades de crédito y servicios comunitarios. Al Comité le preocupa que la pobreza extendida y las condiciones socioeconómicas pobres estén entre las causas de la violación de los derechos humanos de las mujeres y la discriminación contra las mujeres rurales, indígenas y de poblaciones minoritarias. Más aún, al Comité le preocupa el racismo y las múltiples formas de discriminación contra las mujeres afro-peruanas.
37. El Comité urge al Estado parte a prestar especial atención a las necesidades de las mujeres rurales, indígenas y de poblaciones minoritarias, garantizando su participación en los procesos de toma de decisiones y que tengan pleno acceso a la justicia, la educación, los servicios de salud y las facilidades de crédito. El Comité invita al Estado parte a poner énfasis en los derechos humanos de las mujeres en todos los programas de cooperación al desarrollo, incluyendo con organizaciones internacionales y donantes bilaterales, a fin de abordar las causas socioeconómicas de la discriminación contra las mujeres rurales, indígenas y de poblaciones minoritarias a través de todas las fuentes de apoyo disponibles. El Comité alienta al Estado parte a adoptar

- medidas más efectivas para eliminar la discriminación contra las mujeres afroperuanas y fortalecer sus esfuerzos para combatir y eliminar el racismo contra las mujeres y niñas en el Perú.
38. El Comité urge al Estado parte a utilizar plenamente, en la implementación de sus obligaciones bajo la Convención, la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, las cuales refuerzan las provisiones de la Convención, y solicita al Estado parte incluir información al respecto en su próximo informe periódico.
39. El Comité enfatiza que la implementación plena y efectiva de la Convención es indispensable para lograr las Metas de Desarrollo del Milenio. Hace un llamado a la integración de la perspectiva de género y el reflejo explícito de las provisiones de la Convención en todos los esfuerzos orientados al logro de las Metas y solicita al Estado parte a incluir información al respecto en su próximo informe periódico.
40. El Comité felicita al Estado parte por haber ratificado los siete instrumentos internacionales principales de derechos humanos¹. Toma nota que la adhesión a dichos instrumentos aumenta el disfrute de las mujeres de sus derechos humanos y libertades fundamentales en todos los aspectos de la vida.
41. El Comité solicita la amplia difusión en el Perú de los presentes comentarios concluyentes a fin de que la gente, incluyendo los funcionarios del gobierno, los políticos, los congresistas y las organizaciones de mujeres y de derechos humanos, tengan conciencia de los pasos que deberán ser tomados para garantizar la igualdad de jure y de facto de las mujeres, y de los pasos adicionales que se requieren en ese sentido. El Comité solicita al Estado parte continuar difundiendo ampliamente, en particular entre las organizaciones de mujeres y de derechos humanos, la Convención su Protocolo Opcional, las recomendaciones generales del Comité, la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing y el resultado de la vigésimo tercera sesión de la

¹ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Asamblea General, titulada «Mujeres 2000: igualdad de género, desarrollo y paz para el siglo XXI».

42. El Comité solicita al Estado parte responder a las preocupaciones expresadas en los presentes comentarios concluyentes en su próximo informe periódico bajo el artículo 18 de la Convención. El Comité invita al Estado parte a presentar su séptimo informe periódico, que vence en octubre de 2007, y su octavo informe periódico, que vence en octubre de 2011, en un informe combinado en el 2011.

FUENTE

- Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer-CLADEM
Jr. Estados Unidos N. 1295, Dpto. 702, Jesús María
Apartado Postal 11-0470, Lima-Perú
Telefax: (511) 463-5898
E-mail: oficina@cladem.org
Lima, junio de 2007

Explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes en el Perú: presente y pasado

El escritor peruano Mario Vargas Llosa¹ aconseja leer un libro escrito por dos norte americanos, Allen Ginsberg y William S. Burroughs. *The Yage Letters*, está basado en cartas que compartieron los autores cuando estuvieron en la ciudad de Lima, Tingo María y Pucallpa en los años 50. Narran sobre “los niñitos putos de los barrios de La Victoria y El Porvenir, que indistintamente hacían de lustrabotas, mendigos o meretrices para aficionados como los *beatniks* susodichos.” Ginsberg, elogiaba en una carta la destreza sexual de esos niños limeños aunque lamentaba que tuvieran tantos piojos.

Como se puede apreciar, la presencia de niños, niñas y adolescentes en lo que antes se denominaba “prostitución infantil” y ahora se denomina “explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes” viene de hace mucho tiempo en el Perú, contando como cómplice con el silencio, que ahora empieza a romperse pero aún no lo suficiente.

A través de la historia, cuando se enfoca el tema de mujeres en prostitución, se hace referencia a la presencia de “menores de edad” encontradas en el ambiente de prostitución, generalmente

¹ Vargas Llosa, Mario. La niña de Pataya. En: *Caretas*, 2 de noviembre de 2000. En: sololiteratura.com/vargartlaninna.htm

adolescentes de entre 14 y 17 años. Sin embargo eso no ha suscitado mayor preocupación y consecuentes intervenciones y cuestionamientos a la problemática en sí.

Siempre se ha visto el origen de las niñas, niños y adolescentes involucrados, muy ligado a la pobreza y desestructura familiar, a un problema de valores, problemas individuales que aluden a su salud mental y falta de estabilidad emocional.

Todo esto se ha visto respaldado por un marco jurídico donde los niños o las niñas no han tenido toda la protección que les corresponde como sujetos de derechos.

Las adolescentes, sobre todo las comprendidas entre 14 y 17 años, han estado sujetas a cuestionamientos de su conducta y actividad sexual, que las sancionan y estigmatizan, dejándolas además sin protección. Tampoco contaban con normas que le protegieran, lo cual recién se ha logrado a mediados del año 2004 con la ley 28251, que sanciona a quienes recurran a estas adolescentes para tener sexo remunerado.

Esto ha logrado, por lo menos en el contenido de las leyes, que se visibilice al cliente como un actor importante, que causa la demanda para que se dé esta oferta.

Sin embargo, este logro tuvo que pasar por largas discusiones por parte de quienes no entendían la necesidad de evidenciar esta situación, y aún hoy hay quienes consideran que es un exceso y que se atenta contra los derechos del cliente o usuario.

Con el avance del problema del VIH/SIDA han surgido muchos mitos que justifican, para la demanda, recurrir a niños, niñas y adolescentes en su búsqueda de servicios sexuales. Se debe a que muchos creen que este grupo aún no está infectado o que los va a inmunizar contra el VIH/SIDA de alguna manera.

Se justifica el derecho del usuario a disponer de las personas (sean niñas, niños, adolescentes o mujeres) para recrear y satisfacer sus necesidades, su derecho al placer, su poder. Todo esto es

aceptado y fomentado por la permisividad social. No se cuestiona al usuario, siempre se cuestiona a quienes se ofertan.

A fines del siglo XX comienzan a surgir redes de la sociedad civil que asumen la problemática y plantean alternativas de trabajo para evidenciar el enorme incremento de este grupo de niñas, niños y adolescentes a causa del aumento en la demanda. Dichas redes son las que están detrás de las campañas para responsabilizar al cliente, y que han sido el empuje para que se diera la Ley 28251.

El Estado asume el tema y establece propuestas de trabajo en red. Pero no se cuenta con la voluntad política que permita que los diferentes sectores trabajen coordinadamente (Salud, Educación, justicia, Mujer y Desarrollo Social Interior) o que se logren acciones concretas para el abordaje de esta problemática.

La mayor preocupación del Estado, y sobre todo de las Municipalidades, es la realización de operativos policiales de intervención en lugares donde se informa que hay adolescentes. Sin embargo, no hay un objetivo claro en relación con este grupo ni los recursos necesarios con los cuales se puede trabajar o derivar a las adolescentes.

Las diferentes investigaciones en esta población reproducen de alguna manera el enfoque que se da en la prostitución de personas adultas: identificar las causas individuales del por qué recurren a la prostitución. Sin embargo, sí se reconoce que generalmente, cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, no son decisiones personales, sino que son involucrados por individuos que los han engañado, presionado y/o traficado para explotarlos. No existe la posibilidad de que se opte voluntariamente.

En una investigación sobre trata realizada por el Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán² realizada en 8 ciudades del Perú (Cusco, Cajamarca, Puno, Madre de Dios, Tarapoto, Iquitos, Arequipa y Lima) se ha encontrado una alta incidencia de explotación sexual. Esta investigación ha identificado que uno de los mecanismos de captación es utilizar anuncios en periódicos y ofrecimiento de

² Melédez, Liz, Mallqui, Katty. «La trata de mujeres, niñas y niños en el Perú». Centro de la mujer peruana Flora Tristán, Lima. 2004.

empleo, siendo los grupos más vulnerables los niños y niñas de entre 14 y 18 años, y en algunos casos, como en Puerto Maldonado, Tarapoto y Lima, de entre 10 y 12 años.

Los factores de incidencia son, entre otros, dificultades laborales, indiferencia de la población y de las autoridades, y pobreza. También se menciona la demanda como “factor de riesgo”³.

En Perú sólo se ha realizado una investigación⁴ sobre el usuario de niñas, niños y adolescentes. Esta evidencia que la demanda responde a un imaginario social con una concepción de la sexualidad respaldada y difundida por la permisividad social y por mitos.

Esta demanda está conformada por hombres cuyas edades fluctúan entre los 18 y los 60 años, que “tienen sexo con mujeres adultas y también con menores de 18 según la oportunidad que se les presente”⁵. Consideran las relaciones con adolescentes algo natural no hay una sexualidad «prohibida», no hay restricciones. El hacerlo o no va en función de querer o no hacerlo y de tener la oportunidad.

El tener sexo con adolescentes responde al discurso de poder «tener dominio sobre ellas, reafirmar su capacidad de tener un desempeño sexual eficiente, la necesidad de satisfacer instintos sexuales irreprimibles y la posibilidad de que la mujer sea un objeto de intercambio»⁶.

De acuerdo con esta investigación, los clientes no consideran que tienen responsabilidad alguna cuando tienen sexo comercial con niños, niñas o adolescentes, ya que al ser una transacción comercial tienen el derecho a disponer aquello que han comprado. Por lo tanto no consideran que la situación sea violenta ni mucho menos que están vulnerando los derechos humanos.

La demanda es tan heterogénea que no permite establecer un perfil sino que es algo aceptado como algo común y frecuente, lo que permite que persista.

³ Polanía Molina, Fanny. La trata de personas: un fenómeno antiguo que cobra visos de actualidad. Lima 2004.

⁴ Save the Children Suecia. El cliente pasa desapercibido. Lima, Perú 2004.

⁵ Save the Children Suecia. El cliente pasa desapercibido. Lima. Perú 2004.

⁶ Ob. Cit.

Los medios de comunicación, al abordar la explotación de niñas, niños y adolescentes, atentan contra los derechos de los mismos al identificarlos y mostrar su estado, descuidando o pasando casi por alto la presencia del cliente, y aun la del proxeneta, que está penado de acuerdo con nuestras normas.

Si entendemos que la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes es “el empleo de los niños/as con fines comerciales de índole sexual por una remuneración u otra contra prestación entre el niño o la niña, el cliente, el intermediario o agente y otros que lucren con la trata de niños para estos fines”⁷, y que las modalidades son la prostitución, la pornografía, el turismo sexual y la trata con fines de explotación sexual. observamos que se ha hecho muy poco por lograr un abordaje que prevenga esta problemática. Lo que es mas, muchos actores sociales contribuyen más bien a su difusión, sobre todo los medios de comunicación, donde el abordaje sensacionalista es lo que prima.

La mayor parte de los artículos que se pueden encontrar en la prensa escrita no sólo no reparan en cuidar la identidad de las adolescentes encontradas en lugares de prostitución, donde han sido halladas a través de operativos policiales en coordinación con las Municipalidades, sino que resaltan su presencia, obvian la presencia de los usuarios y muy pocas veces hablan del proxeneta.

Los términos que usan y la información que brindan hacen referencia a mitos, como “el oficio más antiguo del mundo” o “les gusta la vida fácil”, y de una u otra manera las censuran.

Paralelamente, en espacios de avisos económicos, donde se ofrecen servicios sexuales, está aumentando la cantidad de anuncios de “jovencitas” o “de 18 añitos”⁸.

Lo mismo sucede con la televisión. El abordaje todavía es incompleto, si bien en los dos últimos años se ha dado en la televisión y en la radio, espacio y entrevistas a especialistas en el tema. También se ha dado espacio a spots contra la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes impulsadas por

⁷ Resumen de Documentos del Congreso Mundial contra la Explotación Sexual de los Niños/as realizado en Estocolmo (Suecia). Prostitución de Menores y Explotación Comercial de Niños/as. Creatividad y Cambio. Lima 2000.

⁸ El Comercio, Lima, Perú.

Fuerza contra la Explotación Sexual de Infantes y Adolescentes (FRESIA) y Save the Children Suecia.

La proliferación del servicio de cabinas de Internet ha permitido que se tenga acceso a páginas web que ofrecen pornografía o servicios sexuales. Si bien algunas Municipalidades han puesto algunas restricciones, no ha sido suficiente para evitar la demanda.

El lenguaje sexista, los programas donde el sexo es parte de lo cotidiano y las propagandas que utilizan el cuerpo de mujeres jóvenes para vender sus productos contribuyen a una distorsión de las relaciones entre hombres y mujeres en general.

Prostitución adulta-conceptos

Lora define a la prostitución como “una modalidad de explotación, ejercida mediante una actividad histórica y organizada, basada en los roles sexuales que la sociedad impone, consistente en una práctica de dominación sexual, en la mayor parte de los casos, con diversidad de clientes y carente de afecto. A cambio de un pago inmediato en dinero o bienes que son apropiados en parte por la víctima de la explotación y frecuentemente también por terceros organizados en torno a esa población”⁹.

Por otro lado, Trapasso plantea que “la prostitución es un fenómeno social que afecta diversos aspectos de la sociedad y que no se limita a actividades individuales (prostituta y cliente). Todo análisis de la prostitución requiere que se la ubique dentro del contexto político, social, económico y cultural que le ha dado origen y que la sigue alimentando. Requiere un esclarecimiento de los actores que la protagonizan y de las estructuras económicas y los sistemas sociales que la sostienen”¹⁰.

Ouintanilla sostiene que la prostitución “es una práctica social en la que participan varios agentes: además de la prostituta, el cliente y el proxeneta, intervienen terceros como ciertos

⁹ Lora, Víctor. “Una visión histórica jurídica de la prostitución y la pornografía” *Creatividad y Cambio*, Lima 2002.

¹⁰ Trapasso, Rosa Dominga. *La prostitución en contexto*. En: *Prostitución: ¿Trabajo o esclavitud sexual?*, CLADEM, Lima 2003.

comerciantes e instituciones del Estado como la policía y las Municipalidades”¹¹.

Estas definiciones plantean tener en cuenta la presencia de otros actores en el fenómeno de la prostitución en un abordaje más integral, considerando que la sociedad toda está comprometida.

La noción de derechos humanos está incluida, como también el papel que juega el establecimiento de roles sexuales, que es lo que permite que la prostitución persista, dentro de una serie de mitos sostenidos a través del tiempo.

Existen dos posiciones frente a las mujeres involucradas en prostitución respecto de cómo deciden entrar en ese ambiente. Una sostiene que la prostitución es una opción escogida voluntariamente y que las mujeres ejercen su derecho a disponer de su cuerpo, haciendo alusión a la libertad sexual. La otra plantea que no existe la prostitución voluntaria porque en todo caso atenta contra la dignidad humana. En el caso de los niños y jóvenes se reconoce la imposibilidad de tal opción.

Es aquí donde se hace necesario aclarar que la dignidad implica que “el ser humano no debe ser usado como medio para otro fin. El ser humano es un fin en sí mismo. Si es utilizado para un fin distinto, se está atentando contra su dignidad. La dignidad no es un bien jurídico disponible. La dignidad es inherente al ser humano”¹².

Otro tema de debate actualmente es la utilización del término «trabajo sexual». Surgido en las investigaciones sobre salud, su uso se ha ido generalizando, sin tener en cuenta las implicancias psicosociales: la prostitución se institucionaliza.

Los diferentes abordajes al tema de prostitución se centran en la presencia y características de quienes se prostituyen, sin considerar o dejando de lado la presencia de los otros actores involucrados.

Ouintanilla¹³ plantea que los principales actores son la prostituta y el cliente: la primera no existiría si no existiera el segundo.

¹¹ Ouintanilla Zapata, Tammy. Enfoque jurídico de un fenómeno social: la prostitución. Creatividad y Cambio, Lima 1994.

¹² Ouintanilla Zapata, Tammy. Prostitución, derechos humanos y libertad sexual. Creatividad y Cambio, Lima 2000.

¹³ Ouintanilla Zapata, Tammy. Prostitución, derechos humanos y libertad sexual. Creatividad y Cambio. Lima 2000.

Ambos tienen la responsabilidad de la existencia de la prostitución, pero se considera que la del cliente es mayor. A través del dinero con el que compra el servicio sexual tiene el poder de sostener la prostitución. Sin embargo, el cliente cuenta con la aceptación y permisividad social y se hace invisible su responsabilidad.

Los otros actores son los proxenetas, los comerciantes y las entidades públicas: los proxenetas son quienes lucran a través de la prostitución; el proxenetismo está penado como delito, y tiene 4 modalidades:

- el que favorece o promueve la prostitución,
- el que hace de intermediario entre la prostituta y el cliente,
- el que se hace sostener económicamente con el dinero que proviene de la prostitución, y
- el que opera en cualquiera de las fases del tráfico de personas con fines de prostitución (trata de blancas) dentro o fuera del país.

Los comerciantes son todas las personas que están alrededor de la prostitución: los que producen y venden pornografía o hacen propaganda, los que tienen algún negocio que ofrecen a los clientes, los que turísticamente ofrecen el destino para disfrutar de las mujeres de un país (turismo sexual), los que hacen difusión por Internet, etc.

Las entidades públicas que intervienen son la Policía, las Municipalidades, el Poder Judicial, el Ministerio Público y el Sector de Salud.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta los factores que explican la presencia y el crecimiento. Por ejemplo, en Lima la organización no gubernamental DEMUS¹⁴ (Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer) plantea que existen factores generales y específicos.

Los factores generales incluyen pobreza, abandono y expulsión familiar, discriminación de género, violencia familiar y sexual, impunidad y la existencia de redes de explotación sexual.

¹⁴ DEMUS. La prostitución en Urna: una visión desde los derechos humanos de las mujeres. Lima 2001.

La pobreza implica el cierre de alternativas económicas más formales. El abandono y expulsión familiar figuran en investigaciones que afirman que muchos menores que viven en la calle están más expuestos a ser involucrados en la prostitución por no tener otras alternativas para obtener ingresos. La discriminación de género, que establece roles y espacios diferenciados para hombres y mujeres, provoca la existencia de una demanda por parte de los hombres para obtener la satisfacción de necesidades consideradas «naturales» y de mujeres y jóvenes que van a responder a esa «necesidad».

En cuanto a la violencia familiar y sexual se ha encontrado que en las historias de las mujeres involucradas en prostitución la violencia es parte de sus vidas, su sexualidad es vivida como algo que no les pertenece y su autoestima se ve significativamente mermada.

Las redes de explotación sexual aprovechan la falta de oportunidades y las necesidades de mujeres jóvenes, estableciendo una alta incidencia de trata tanto al interior del país como fuera de él. En el Perú hay trata con fines de explotación sexual comercial de mujeres, niños, niñas y adolescentes que son traídos de las provincias a la capital para explotarlos en prostíbulos clandestinos.

Los proxenetas cuentan, además, con la complicidad de las autoridades que, por su desconocimiento e inadecuada aplicación de las normas existentes brindan impunidad a los casos de proxenetismo, pese a estar tipificado como delito.

Respecto de los factores específicos, DEMUS menciona la existencia de normas facilitadoras, la desidia judicial y la falta de coordinación interinstitucional.

En cuanto a la existencia de normas facilitadoras, el Decreto Legislativo No. 705 ó Ley de Promoción de Microempresa y Pequeña Empresa es un ejemplo. Permite la apertura de un negocio hasta por 12 meses presentando la solicitud simplificada de licencia municipal. Esto ha favorecido que en el centro histórico de Lima por ejemplo, proliferen los hostales, los cuales con esta simplificación

administrativa ven facilitado su funcionamiento y aprovechan para funcionar como prostíbulos clandestinos.

La desidia judicial está relacionada con el cierre de los locales que no cuentan con la licencia respectiva, pero que gracias a la interposición de recursos de amparo aceptados por los juzgados de Derecho Público pueden ser reabiertos, convirtiéndose en espacios que facilitan la práctica de la prostitución clandestina.

La falta de coordinación interinstitucional está relacionada con las acciones aisladas que realizan las instituciones comprometidas con la problemática. (Ministerio de Salud, Ministerio de Educación, Ministerio de la Mujer, Poder Judicial, Ministerio Público, Municipalidad de Lima y Policía Nacional).

En cuanto a una mirada de la prostitución bajo una perspectiva de género, Trapasso¹⁵ hace notar que la persistencia de los roles sexuales de hombres y mujeres contribuyen a la definición de los parámetros y características del comercio sexual: "La construcción social de la masculinidad y feminidad afecta profundamente nuestra socialización como hombres y mujeres y nuestro comportamiento sexual".

La creencia de que los hombres tienen derecho a exigir la satisfacción de sus necesidades sexuales es inculcada en hombres y mujeres, lo que conlleva que se perpetúe la prostitución.

Prostitución: breve reseña histórica

Existen informes que afirman que la prostitución existía en el Incanato. Si bien no se tiene claro cuáles fueron los motivos, se supone que las mujeres dedicadas a esto (pamparuna: persona o mujer de plaza, mujer pública)¹⁶ fueron primero sancionadas. Por algún motivo desconocido se les quitó de la distribución de tierras y productos, lo cual las llevó a padecer penurias y no les quedó más que dedicarse a la prostitución para poder sobrevivir.

¹⁵ Trapasso, Rosa Domínguez. La prostitución en contexto. En: Prostitución: ¿Trabajo o esclavitud sexual? CLADEM, Lima 2003.

¹⁶ Amor y Violencia Sexual. Valores indígenas en la sociedad colonial. Instituto de Estudios Peruanos-IEP.

Lora¹⁷ menciona que Garcilazo de la Vega, en su obra *Los Comentarios Reales*, refiere también que en el Incanato hubo prostitutas, llamadas “papaganas”, debido a “las migraciones internas obligatorias y a la desigualdad social y de poder que esto generaba”.

Con la conquista, la prostitución se incrementó. Se dieron condiciones por las cuales las mujeres indígenas se involucraron en la prostitución o fueron forzadas a hacerlo. Las mujeres indígenas fueron en muchos casos violadas, y dado que la honra de una mujer radicaba en su actividad sexual, eran sancionadas socialmente. Ya nadie las buscaría para casarse o tener una relación estable, lo cual les permitiría tener acceso a una vida con mayores posibilidades económicas en base a la dependencia de su pareja.

Asimismo, la muerte de hombres indígenas durante la conquista contribuyó más al deterioro de la economía de las mujeres. Pero todo esto se sumó a la gran demanda de los españoles por prostitutas, lo cual se fue incrementado con el crecimiento de las ciudades: “La sociedad colonial trajo la naturaleza urbana de la prostitución”.

En la colonia, el Virrey Toledo establece que la prostitución en Lima se debía circunscribir a la calle Las Barraganas¹⁸ Incluso por eso se les denominaba con el mismo nombre a quienes se prostituían.

Ya en la República, las mujeres dedicadas a la prostitución se ubicaban en las márgenes del río Rímac, en la calle de los Patos en Callejón Romero. Durante la gestión presidencial de Augusto B. Leguía, las prostitutas se situaban frente al Palacio de Gobierno, por lo cual este presidente pidió que se legislara sobre el tema, y designó a Monseñor Dávalos y Lissón, Obispo de Lima.

Monseñor censó a 120 meretrices y elaboró en 1911 lo que ahora se conoce como «Licencias Especiales», las cuales han ido teniendo modificaciones a través del tiempo.

¹⁷ Lora, Víctor. “Una visión histórica jurídica de la prostitución y la pornografía” *Creatividad y Cambio*, Lima 2002.

¹⁸ Ob. Cit.

En 1910 se dio la primera reglamentación y se observó un incremento notable de la prostitución.

El número de prostitutas mencionado por Dávalos y Lissón, en comparación con otras ciudades de América Latina, era reducido, frente a lo cual Bracamonte¹⁹ lo interpreta como «una cifra conservadora debido a la tardía imposición de la reglamentación que obligaba a estas mujeres a registrarse ante las autoridades a fin de ejercer el oficio de prostitutas.

Consideran que esta actividad se vio afectada por la pobreza como consecuencia de la guerra con Chile, ya que en 1914-1915, después de la reglamentación, el número de mujeres inscritas en la actividad prostibularia era de 588, y en una década había aumentado considerablemente.

Además, Lora refiere que en 1925 hubo una atracción por las chilenas, dándose por primera vez el tráfico de mujeres. Se les llamaba «chilenas», un modo de estigmatizar lo chileno como vergonzoso.

Bracamonte refiere que a inicios del siglo XX Lima tenía tres categorías de prostíbulos: «los de clase ínfima, ubicados en el Callejón de Romero, Colchoneras, Alguacil, Tajamar. Huarapo, Acho y Chivato; los de clase mediana, ubicados en los lugares de Salud, Huevo, Acequia Alta, Panteoncito, Puerta falsa del teatro, Mandamientos y el jirón Amazonas; y los de clase superior, ubicados en los lugares de Los Patos, Comesebo, Orejuelas, San Sebastián, Barranquita, Juan Simón, Naranjos, Penitencia y Moserrate».

Además de estos locales, también existían otro tipo de burdeles donde se consumía alcohol, música y baile. La prostitución iba adquiriendo importancia, lo cual también afectaba la subjetividad de los demás habitantes.

La presencia de la prostitución llevó sobre todo a las clases altas a exacerbar sus temores y establecer límites que diferenciaran a las mujeres prostitutas de las mujeres buenas (madres, esposas, hijas). Se puso énfasis en el honor y la decencia femenina, para

¹⁹ Bracamonte Allain, Jorge. Notas para una historia de las marginalidades: La prostitución y la inmigración china en Lima, Instituto de Estudios Peruanos.

que éstas fueran visibles públicamente y no fueran confundidas con la imagen de prostitutas. Esto se traduce en “actitudes, comportamientos, formas de expresión”²⁰ que eran inculcados en las familias, para demostrar su honorabilidad en cada una de sus acciones.

Con todo esto, un espacio que fue invadido fue el lecho conyugal, lo cual influyó en la sexualidad de las mujeres y las relaciones con los hombres: las «mujeres decentes» no podían manifestar sus deseos por ser ello manifestación de las «prostitutas».

Bracamonte cita al Dr. F. Merkel²¹: «La práctica demuestra, como lo ha demostrado siempre, que el matrimonio no satisface las aspiraciones de todos los hombres que se han casado y casan. No hacemos referencia a las infidelidades, [...] sino queremos hacer recordar que existen psicopatías sexuales, muy largas de enumerar. a la satisfacción de las cuales ni una mujer se prestaría, ni el marido, que debe ser considerado como enfermo, sería capaz de exigir a su consorte, a la que respeta y quiere como a digna compañera y madre ejemplar de sus hijos. Y así se encuentra ya, desde tiempo inmemorial, un grupo social de mujeres destinadas a este objeto: llenar el vacío que para algunos hombres deja el matrimonio».

Asimismo, los temores en las familias empobrecidas aumentaban porque las mujeres jóvenes podían ver a la prostitución como una alternativa para cubrir sus carencias.

Conforme aumentaba la prostitución, también «resultaba urgente la necesidad de exorcizarla, para lo cual debía ser convocada, satanizada y estigmatizada»²².

Los médicos de ese entonces, como autoridades de la ciencia, identificaron a las prostitutas como la fuente de enfermedades venéreas. Vistas como un peligro para los varones jóvenes que podían ser engañados al no decirles las mujeres su verdadero estado de salud. Por otro lado, las prostitutas eran un mal ejemplo para las menores de edad, ya que podían ser inducidas a «caer en las redes del vicio»²³.

²⁰ Ob. Cit.

²¹ Bracamonte Alláin. Jorge. Notas para una historia de las marginalidades: La prostitución y la inmigración china en Lima. Instituto de Estudios Peruanos.

²² Ob. Cit.

²³ El Comercio, en Bracamonte.

La visión sanitaria era que «el meretricio favorece la difusión de enfermedades venéreas, de las cuales unas dañan al individuo y otras influyen en la descendencia, convirtiéndose en factor de degeneración genésica»²⁴.

Esto se convirtió en parte del argumento para la normatividad sobre la prostitución.

Mannarelli²⁵ refiere que entre 1905 y 1910 hubo una alta incidencia de sífilis, más entre negros, después blancos, mestizos, amarillos e indios, y dado que había una «conspiración del silencio» por ser el tema sexual un tabú, la falta de información adecuada exponía a los jóvenes, quienes guiados «por sus necesidades fisiológicas y satisfacciones morales» encontraban en la prostitución una «fuente pródiga» para satisfacerse.

Se reconocían estas «necesidades fisiológicas» del varón como un imperioso impulso, el cual encontraba en el «amor reglamentado», la prostitución, un medio para satisfacer ese apetito sexual.

De una u otra manera, se justificaba la existencia de la prostitución a favor de los varones, y se cuestionaban las acciones de las mujeres involucradas en prostitución, estableciéndose incluso una clasificación de causas, a saber: «intrínsecas: temperamento lúbrico, perversión precoz y falta de educación y extrínsecas: mala educación, insuficiencia de salarios, atractivo del placer y lujo, desaparición de los principios religiosos, descenso del nivel moral, seducción, primer desliz, reprobación social, influencia de libros y figuras obscenas, abandono del amante, etc. Como causas de orden social se mencionan: condición del domicilio, ambiente familiar, medios de subsistencia individual y de la familia, etc.»²⁶

Asimismo, ya se reconocía la existencia de prostitución clandestina, esto es, la que es ejercida por mujeres en algunos casos en sus casas o en algún local, o las que se pasean por las calles y plazas²⁷.

²⁴ Solano Susana. A favor del abolicionismo. En: Prostitución. Liga Nacional de Higiene y Profilaxia Social, Lima, 1936.

²⁵ Mannarelli. María Emma. Limpias y modernas. En: Género, higiene y cultura en la Lima del 900. CENDOC, Lima.

²⁶ Valdetano, Alfieri. A favor del reglamentarismo. En: Prostitución. Liga de Higiene y Profilaxis. Lima 1936 28 Merkel, F. Reglamentación de la prostitución. Facultad de Medicina de Lima, 1908.

²⁷ Merkel, F. Reglamentación de la prostitución. Facultad de Medicina de Lima, 1908.

En 1935, la «Liga Nacional de Higiene y Profilaxia» empieza a luchar por la represión de la prostitución; se dan posturas a favor del abolicionismo y en contra de la reglamentación, como también quienes consideran que la reglamentación es lo que permitirá manejar los problemas de salud suscitados por ese grupo de mujeres.

En 1936, se organiza el Comité Abolicionista Peruano²⁸.

En 1949, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba el texto de un Convenio cuyo primer considerando dice: «La prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo y de la comunidad». La Asamblea invita a los países a tomar medidas legislativas abolicionistas²⁹.

En 1956 se dan normas sobre la inspección y carnetización dictadas y ejecutadas por el Ministerio de Salud. Esto implicaba el control sanitario de las mujeres en prostitución cada 15 días.

En 1957, diecinueve países ratifican el Convenio de 1949; el Perú persiste con el régimen reglamentarista. Se aprueba el nuevo reglamento de Licencias Especiales de Policía, considerándose la prostitución entre las actividades incluidas en dicho reglamento.

La Asociación Peruana de Higiene lanza un comunicado a la ciudadanía, y a fines de 1957 se expide un Decreto Supremo: una declaración en pro de la abolición.

En 1967 se constituye una nueva Comisión para estudiar el problema, que presenta un informe sobre la situación de la prostitución, donde en base al estudio de casos de mujeres involucradas en prostitución plantean algunas recomendaciones teniendo en cuenta el objetivo con el que fue convocada: «disponer medidas que prevengan la prostitución y aseguren la debida recuperación de quienes han incurrido en ella»³⁰, siendo entre otras el reconocimiento de la presencia de menores, las diferencias con las que se considera a la mujer frente al hombre que la prostituye, la existencia de grupos interesados en mantenerla y la desorientación de la opinión pública

²⁸ Informe preliminar sobre el problema de la prostitución. Ministerio de Salud. Lima 1967.

²⁹ Ob. Cit.

³⁰ Informe preliminar sobre el problema de la prostitución. Ministerio de Salud. Lima 1967.

que juzga la prostitución legítima pero desprecia y condena a la prostitución.

Además este informe señala algunas medidas dentro de la Rehabilitación, Prevención y lo Legal. Mayormente, estas medidas apuntan a la mujer que se prostituye, planteando su reclusión y tratamiento, al mismo tiempo que enfatizan las redadas para quienes no tienen licencia. Aluden tangencialmente a la demanda.

Entre 1972 y 1983 se dieron 4 modificaciones a las licencias especiales³¹.

En 1985 se designa a las Municipalidades para ejercer el control de la prostitución, que hasta ese entonces estaba a cargo del Ministerio del Interior, quienes estipulan una serie de requisitos, dentro de un reglamento, para el funcionamiento de locales³².

Mientras tanto, a partir de 1990 la prostitución clandestina aumenta considerablemente en las calles del centro de Lima³³.

En 1993 se deroga este reglamento y se emiten ordenanzas municipales que establecen multas y sanciones a los locales que no tengan licencia. Asimismo, se dieron normas municipales que planteaban la obligatoriedad de exámenes médicos.

Entre 1995 y 1998 se enfatiza nuevamente que las prostitutas son un foco infeccioso. Por este motivo las mujeres eran detenidas, llevadas a centros de salud y, en caso de que se encontraran infectadas con alguna ETS, eran encarceladas por delito contra la salud pública.

A finales de esa década se calculaba que alrededor de 12.000 prostitutas estaban ofreciendo sus servicios en el Centro Histórico de Lima. El 20% estaban comprendidas entre los 13 y 17 años, si bien entidades gubernamentales hablan de cifras mucho mayores, planteando que 75.000 mujeres se dedican a la prostitución en la ciudad de Lima, no pudiendo dar cifras exactas sobre las que se encuentran en prostitución clandestina³⁴.

Paralelamente al incremento de mujeres, desde 1992 se ha dado una proliferación de hostales, cines pornográficos, discotecas, etc.

³¹ Lora, Víctor. "Una visión histórica jurídica de la prostitución y la pornografía" Creatividad y Cambio. Lima 2002.

³² Quintanilla Zapata, Tammy. Prostitución, derechos humanos y libertad sexual. Creatividad y Cambio, Lima 2000.

³³ DEMUS. La prostitución en Lima: una visión desde los derechos humanos de las mujeres. Lima, 2001.

³⁴ DEMUS. La prostitución en Lima: una visión desde los derechos humanos de las mujeres. Lima, 2001.

Asimismo surgen medios de difusión de la oferta de servicios sexuales. Los medios de comunicación juegan un rol importante; los diarios mantienen secciones específicas donde se ofrecen estos servicios; también hay espacios televisivos y páginas web donde se ofertan incluso a niños, niñas y adolescentes. La pornografía como antesala de la oferta de servicios sexuales ha ido también incrementándose.

Por otro lado, con el surgimiento del VIH/SIDA, en los años 80 las mujeres en prostitución fueron objeto de diferentes investigaciones relacionadas con la incidencia o prevalencia de ETS.

Se ha observado que en los últimos años se ha incrementado el número de niños, niñas y adolescentes explotados sexualmente. Esto ha originado una mayor movilización de recursos en un abordaje de esa población. Sin embargo, no se trabaja con la demanda y quienes lucran con la explotación: es un extraordinario negocio.

En el 2004 se promulgó la ley 28251, que sanciona al usuario de mujeres cuyas edades estén comprendidas entre los 14 y 17 años, lo cual era un gran vacío legal.

Las investigaciones sobre el tema de prostitución se iniciaron desde un punto de vista biomédico. Sin embargo, en los últimos años se está intentando un enfoque psicosocial aunque siempre enfatizando la visión de la mujer que se prostituye y no la de la presencia del cliente.

La prostitución callejera está entendida como la comprendida por mujeres, niños, niñas y adolescentes de estratos socio económicos con menos recursos. Al ejercerse en la calle y en locales que no cuentan con licencia, quienes ofrecen estos servicios son blanco de mayor estigma y persecución, siendo objeto de mayor violencia y abuso de autoridad.

Esta modalidad de prostitución es la más perseguida por acciones dirigidas por la Municipalidad. Preocupada porque no pagan tributos, argumenta que las prostitutas atentan contra la seguridad de los usuarios al no estar registradas y no contar con control médico.

En los últimos años, las mujeres involucradas en prostitución, denominadas trabajadoras sexuales, se agrupan en asociaciones. Tal es el caso del Perú donde surge la Asociación de Trabajadoras Sexuales Miluska y Dignidad. Esta asociación argumenta su organización en aras de defender sus derechos, contra la violencia y a favor de la protección de su salud.

Trapasso³⁵ sostiene que «la defensa de las mujeres denominadas trabajadoras sexuales es una medida de corto plazo puesto que no cambia o modifica las relaciones de dominación y subordinación entre el cliente y la persona proveedora de sexo. La defensa de los derechos de las mujeres que ejercen la prostitución no cambia el hecho de que los hombres compren el cuerpo de la mujer. Si creemos que toda mujer es dueña de su propio cuerpo y tiene el derecho de vivir su sexualidad dentro de relaciones de mutualidad, respeto y justicia, entonces la prostitución y el tráfico de mujeres son totalmente inaceptables. Mas bien, estando convencidas de que los derechos sexuales son elemento fundamental de los derechos humanos, entonces toda manifestación de explotación sexual tendría que ser desterrada».

Esto ha llevado a algunas entidades estatales y privadas a participar de eventos donde el tema a discutir es los derechos de estas mujeres, sin darse cuenta de que están luchando por la institucionalización de la prostitución, que atenta contra ellas mismas y responde a la gran demanda.

Paralelamente se están dando propuestas para la creación de «zonas rosas», que parten desde algunas autoridades, en un intento por controlar la presencia de mujeres en las calles y argumentando que eso permitiría resguardar la seguridad del usuario.

La concepción de la prostitución es sesgada y por ello los diferentes abordajes responden a los estereotipos y mitos que se han mantenido a través de la historia del país.

³⁵ Trapasso. Rosa Dominga. La prostitución en contexto. En: Prostitución: ¿Trabajo o esclavitud sexual? CLADEM. Lima 2003.

Sexualidad y roles sexuales: breve reseña histórica

El proceso que ha pasado el Perú para poder explicar las creencias, actitudes y comportamientos frente a lo que es sexualidad y roles sexuales está registrado en los libros, incluso desde el Incanato.

Según reporta Guaman Poma de Ayala, se da una diferencia en la concepción de la mujer a través de la historia. Antes de la conquista se le considera más pura, dentro de un orden asociado al existente en el Incanato. Por otro lado, la mujer andina después de la conquista, es considerada parte de la corrupción y el desorden característicos de la colonización española. Esto se refiere al contacto y establecimiento de relaciones de pareja, generalmente forzadas, que se dieron dentro de la conquista, considerando por ello a las mujeres como «grandes putas»; sin embargo, afirma que los hombres andinos sí mantienen la pureza y el orden, ya que se identifican con «el pensamiento católico y machista de la época que identifica a las mujeres como seres débiles susceptibles a la degeneración moral»³⁶.

Guaman Poma, en su postura antimestiza, sostiene que «las mujeres no son víctimas pasivas de esta situación sino virtuales cómplices, son peores que negras y ya no tienen onrra»³⁷.

Cabe señalar que, durante el Incanato, las mujeres estaban sujetas a ser entregadas como parte de alianzas con grupos étnicos. «La apropiación de mujeres era una fuente de autoridad y prestigio»³⁸, lo cual se mantuvo en los inicios de la conquista. Los españoles recibieron mujeres de la nobleza como parte del deseo de establecer alianzas y mantener una serie de intereses económicos y sociales.

La disposición de las mujeres establece una diferencia entre los derechos de hombres y mujeres: «los hombres tenían derechos sobre las mujeres y éstas no necesariamente sobre los hombres ni sobre ellas mismas»³⁹, y esto tuvo continuidad en la conquista.

³⁶ Osorio, Alejandra. Seducción y Conquista: Una lectura de Guaman Poma. En: El género como construcción histórica, ALLPANCHIS, Tomo 11. Instituto de Pastoral Andina. Año XXII. N. 35/36 Cusco, 1990.

³⁷ Mannarelli, María Emma. Sexualidad y desigualdades genéricas en el Perú del siglo XVI. En: El género como construcción histórica. ALLPANCHIS. Tomo 11. Instituto de Pastoral Andina. Año XXII, N. 35/36 Cusco, 1990.

³⁸ Ob. Cit.

³⁹ Ob. Cit.

Mannarelli plantea que los españoles, «provenientes de una tradición patriarcal, optaron por amancebarse con las indias, a las que consideraban doblemente inferiores, por su género y por ser miembros de grupos étnicos sometidos»⁴⁰.

Es así que el establecimiento de las diferencias y la consideración de las mujeres como seres inferiores se va marcando dentro de un nuevo patrón que rige las relaciones entre hombres y mujeres, haciendo énfasis en la necesidad de un hombre dominante y con derecho a decidir sobre la vida de las mujeres.

Los españoles conquistadores tenían la visión de su país de origen: ante la ley, hijos e hijas tenían igual derecho en la herencia del patrimonio familiar; sin embargo, «las mujeres eran consideradas moral y mentalmente inferiores a los hombres, estipulándose que sobre ellas se ejerciera la tutela masculina»⁴¹. Esto se reflejaba en las decisiones de establecimiento de relaciones de pareja, de matrimonio, dotes, herencias, y con diferencias adicionales de acuerdo con las condiciones sociales y étnicas.

Estas diferencias se daban dentro de leyes establecidas. El imaginario social y la presencia de la Iglesia, que implicaba la aplicación de leyes, sanciones y castigos, con mayor fuerza en las mujeres. El adulterio era castigado más drásticamente en el caso de las mujeres, mientras que se daba mayor indulgencia, y por lo tanto castigos menores a los hombres: las sanciones sociales también establecían las diferencias y las presiones para que se mantuviera esta discriminación entre hombres y mujeres y se fomentaran las acciones violentas consideradas parte de las relaciones de matrimonio, siendo la sanción para el hombre agresor mínima o subestimada la falta.

Asimismo, en las primeras generaciones de la conquista, las mujeres españolas tuvieron un rol importante de introducción y difusión de una nueva cultura, creación de instituciones, difusión de cultivos de plantas provenientes de su país de origen, etc., aunque el grado de importancia que tiene en la construcción de una nueva cultura no está enfatizado.

⁴⁰ Zagarra Margarita. *Mujer y género en el Perú Colonial. Panorama General*. CENDOC - MUJER. Lima: 1997.

⁴¹ Ob. Cit.

La situación de la mujer durante el colonialismo y el virreinato peruano siempre estuvo sujeta a la dependencia de un hombre, tanto social como económicamente, sea cual fuere su situación de estado civil: casada, viuda, divorciada, concubina, soltera.

Las actividades laborales también estaban teñidas de las discriminaciones mencionadas, sociales y étnicas: las mujeres blancas pobres podían alquilar cuartos en su casa o coser, lo que no mermaba su honor. En cambio, las mujeres de estratos bajos, de las «Castas», las indias y esclavas, de quienes no se podía esperar «honor y recato», podían trabajar en actividades serviles, vender productos agrícolas, comidas, chicha. Esto último lo realizaban en «chiche rías», lugares frecuentados por hombres, lo cual según se reporta las ponía en situaciones de riesgo por el mismo ambiente que se generaba.

Debido a su convivencia en las casas, las esclavas establecían relaciones afectivas, de pareja, con los amos, lo que iba de la mano de la expectativa de la obtención de su libertad. Sin embargo, era frecuente que esto no se cumpliera; el tener relaciones sexuales era un bien valorado. Pero los amos aducían inocencia poniendo en duda la honestidad sexual de las mujeres, lo que implicaba que no eran necesariamente quienes iniciaron la relación o que no habían sido la primera pareja sexual. Lo cual los exoneraba de cualquier obligación.

Si bien el matrimonio era una institución reconocida como importante, según reporta Mannarelli, «en el Perú colonial urbano, la sexualidad transcurrió ampliamente fuera de la institución matrimonial, con fuerte presencia de relaciones prematrimoniales y amancebamientos»⁴², y si bien el amancebamiento era sancionado, las diferencias de género eran muy marcadas: las mujeres tenían mayores sanciones sociales e incluso económicas, mientras que los varones tenían mayores consideraciones. En principio, los hombres podían defenderse, pero las mujeres mayormente se quedaban en silencio, porque eran mal vistas las intervenciones públicas de las mujeres.

⁴² Zegarra Margarita. *Mujer y género en el Perú Colonial. Panorama General*. CENDOC-MUJER, Lima: 1997.

Por otro lado, si bien ambos podían pagar una multa, el adulterio era tratado de diferente manera para hombres y mujeres; para los hombres era más aceptado socialmente, mientras que para la mujer implicaba incluso poner en duda la paternidad de sus hijos, hasta penas como hacerla caminar semidesnuda por las calles.

El hombre podía solicitar la muerte de la esposa adúltera, y si él la mataba por haber sido engañado, recibía como pena ser desterrado un par de años de la ciudad o un tiempo corto en la cárcel.

La mayor sanción auto impuesta a las mujeres era aceptar en silencio ciertas condiciones, porque poner en evidencia cualquier problema conyugal la exponía socialmente.

En general, las relaciones sexuales al margen del matrimonio eran sancionadas como falta grave, y para la Iglesia era un pecado, pero al mismo tiempo la sociedad "se mostró bastante tolerante a las relaciones extra conyugales y a las situaciones que de éstas se derivaban"⁴³.

"En verdad, el mundo colonial desde sus inicios estuvo cuajado de relaciones de dependencia. (...) La verticalidad en las relaciones sociales afectó particularmente las relaciones entre hombres y mujeres"⁴⁴, y esto, sumado al gran número de nacimiento de hijos ilegítimos como resultado de estas relaciones, marcó una serie de diferencias, basadas en el dominio de los varones y la subordinación de las mujeres, consideradas inferiores al igual que los niños y esclavos.

La situación de los hijos ilegítimos, a través del tiempo, ha ido enfrentando situaciones difíciles; si bien la sanción social ha cambiado, ya no son tan estigmatizados, siguen vigentes problemas de reconocimiento legal y el hecho de que pueda contar con el apoyo paterno en su manutención y necesidades.

Ya en el siglo XVIII, de acuerdo con un estudio sobre la difusión de noticias periodísticas de ese entonces, se encuentra la presencia marcada de estereotipos sobre la mujer, establecidos de acuerdo con las diferencias étnicas.

⁴³ Mannarelli, María Emma. Sexualidad y desigualdades genéricas en el Perú del siglo XVI. En: El género como construcción histórica, ALLPANCHIS, Tomo 11. Instituto de Pastoral Andina. Año XXII, N. 35/36 Cusco, 1990.

⁴⁴ Ob. Cit.

Mas aun, si el contexto que se daba era el de argumentar la superioridad masculina y el prevenir el peligro de los placeres sexuales, y “la mujer y la tentación del sexo eran una amenaza para el hombre, porque eran contrarios al ejercicio de su razón y a la salvación de su alma”⁴⁵, el tipo de abordaje de los periódicos de ese entonces colaboró en la difusión de los prejuicios contra la mujer, muchos vigentes hasta la actualidad.

Se resaltaba la belleza de la mujer criolla limeña, lo cual inducía a resaltar su habilidad seductora, su «centro de vida... sería la búsqueda de marido, para lo cual despliega todas sus habilidades para seducir al hombre, pero sin perder el honor».

Se referían a las negras y mulatas, quienes generalmente eran amas de leche y se dedicaban a cuidar a niños pequeños, como transmisoras de enfermedades y «semillas de vil corrupción de su vil raza», se les presentaba como objeto de deseo sexual acompañado de comentarios que cuestionaban su moralidad.

En cuanto a las mujeres indígenas, se aludía a ellas como «sumisa al varón», afirmado que son «esclavas del varón»⁴⁶.

Si bien se mencionaba poco a la mujer selvática, las descripciones que hacían de ellas aludían a su vestimenta: decían que ocultaba «las partes menos honestas».

En general las referencias siempre iban teñidas de un cuestionamiento a su sexualidad y a su honor.

Sobre los niños, se puede encontrar una fuerte tendencia a no ocuparse de ellos. Cuando se referían a las niñas se enfatizaba la necesidad de educarlas dentro del recato, laboriosidad y prudencia, y con recomendaciones para que no fueran seducidas.

Las referencias a la mujer joven son siempre cuestionamientos por incitar a los hombres, y se les presiona para que lleguen al matrimonio, ya a partir de los 15 años, con actitudes críticas o burlonas hacia la mujer soltera. Se imponía el criterio de que ya a determinada edad debía estar casada; era adjudicarle valor por estar casada, por ella sola no lo tenía.

⁴⁵ Rosas Lauro, Claudia. Jaque a la Dama. La imagen de la mujer en la prensa limeña de fines del siglo XVIII. Simposio Internacional “La mujer en la Historia de América Latina”. Lima, 1997.

⁴⁶ Ob. Cit.

La alusiones a la mujer casada son en función de su servicio a la procreación y dentro del matrimonio, estado que era la continuación de la protección del padre, y también de dependencia del padre y del esposo. Además se expresaba que «el marido disponía y la mujer obedecía». Su rol primordial era el de madre y educadora de los hijos.

Por otro lado, las alusiones a la mujer religiosa eran tan frecuentes como las alusiones a «las mujeres de mala vida», presentadas como «fuente de pecado, instrumento de la lujuria y de los placeres de la carne»⁴⁷.

Se encontraban involucradas en la prostitución mujeres negras, indias, mestizas, mulatas y españolas, pero el matiz al referirse a ellas variaba de acuerdo con las diferencias étnicas, con una mayor condescendencia para las españolas.

En general las referencias siempre aludían a su pudor y su necesidad de depender de los hombres.

Todo lo anteriormente mencionado es la trayectoria que se ha dado como antecedente de lo que actualmente se encuentra que norma las relaciones de hombres y mujeres, para poder entender cómo se ha mantenido una actitud de subestimar a las mujeres y a los niños en función de creerles seres inferiores, donde el campo de la sexualidad siempre ha implicado mayor cuestionamiento, abuso de manera discriminadora, por un lado, y por otro ha originado una postura hacia las acciones y actitudes de los hombres de mayor permisividad y tolerancia social, que prevalece hasta nuestros días.

Al revisar el surgimiento del término «sexualidad» como tal, encontramos que aparece por primera vez en el siglo XIX (Foucault, en Giddens) dentro del campo de la biología y zoología; es recién al final del siglo que asume un significado más conocido, descrito en el Oxford English Dictionary como «la cualidad de ser sexuado o tener sexo»⁴⁸.

Sin embargo, desde sus inicios estableció una diferencia entre hombres y mujeres, ya que se usó para referirse a enfermedades que

⁴⁷ Rosas Lauro, Claudia. Jaque a la Dama. La imagen de la mujer en la prensa limeña de fines del siglo XVIII. Simposio Internacional. La mujer en la Historia de América Latina». Lima, 1997.

⁴⁸ Giddens Anthony. La transformación de la intimidad. Sexualidad, amor y erotismo en las sociedades modernas. Ediciones Cátedra. Madrid. 2000.

padecían las mujeres y no los hombres: problemas de «sexualidad femenina», entendiéndose sólo el aspecto fisiológico.

El término, en general fue definido alrededor de los límites de «normalidad»; lo que no correspondía era parte de la psicopatología⁴⁹.

Es por ello que al iniciarse el siglo XX, la sexualidad estaba cargada de lo impulsivo y represivo, evidenciado en la obra de Sigmund Freud.

En el Perú, en el siglo XIX y principios del siglo XX, la sexualidad era entendida, dentro del ámbito médico, como la «actuación de los órganos sexuales». Sin embargo, de acuerdo con las normas sociales, la moral tenía que establecer los límites; “la consumación de la ley fisiológica de la Naturaleza debería estar restringida por la moral”. Esta concepción trajo consigo un nuevo criterio de actitud de los hombres y de las mujeres, en donde la moral y lo fisiológico debían confluir. El matrimonio era percibido por los médicos como un fin que también satisfacía expectativas individuales⁵⁰.

En los años 80 es donde se da una gran producción de literatura sobre el tema de sexualidad, donde ya es vista como «una dimensión (fluida) de la cultura que se adquiere a través de la socialización».

Pero también se da otro cambio, justamente en los años 80, a raíz del problema del VIH/SIDA: se da el replanteamiento del término y se convierte en un tema que necesariamente se tiene que trabajar. Hasta ese entonces las teorías sobre el comportamiento sexual estaban centradas en la persona, queriendo identificar las razones que llevan a las personas a tener conductas de riesgo, pero se da un giro al entender que «es imposible comprender de manera global por qué los individuos tienden a adoptar un comportamiento sexual específico... si no se toman en cuenta los factores provenientes del contexto socioeconómico y cultural que influyen en la capacidad de decisión, como los comportamientos personales»⁵¹.

⁴⁹ Cáceres Palacios, Carlos, Rosasco Ana María. *Secreto a voces. Homoerotismo masculino en Lima: cultura, identidades y salud sexual*. UPCH-Redes jóvenes. Lima, 2000.

⁵⁰ Mannarelli, María Emma. *Nuevos discursos y transformaciones sociales en Lima a fines del S XIX. Y principios del XX*. En: *Mujeres y género en la historia del Perú*. Margarita Zegarra (Ed.). CENDOC Mujer, Lima, 1999.

⁵¹ Pérez, Freddy, Quintana Alicia, Hidalgo Catalina, Dourojeanni Diego. *Sexualidad y mujeres jóvenes. Negociación, protección y placer*. Instituto de Educación y Salud-IES. Lima, 2003.

Reflexión contemporánea sobre derechos sexuales

Ya en los 90, tanto en el trabajo académico como en el activismo en salud y derechos sexuales y re productivos en el Perú, se ha logrado un desarrollo que da una pauta de avance, y mientras que en los 80 los estudios daban énfasis a lo fisiológico en el campo de la fertilidad y reproducción, la demografía sobre dinámicas de una población, aproximaciones de las ciencias sociales a una noción clásica de género y miradas epidemiológicas al SIDA, en los 90 los estudios enfatizaron el acercamiento a la sexualidad desde una perspectiva sociocultural y en particular en adolescentes y jóvenes y en diversidad sexual; también se realizaron estudios de género que se van consolidando en el tema de las masculinidades y, lo más importante, «aparece una reflexión importante sobre derechos sexuales, que alude y cuestiona la violencia sexual el aborto y la discriminación por orientación sexual y tímidamente plantea el tema de placer y erotismo»⁵².

Asimismo, en los 90 se explora más en poblaciones adolescentes, escolares y de barrios urbanos populares, lo que contribuye a reportar los comportamientos de riesgo sexual y reproductivo de los jóvenes⁵³.

Las investigaciones han dado mayor énfasis a la prevención y aspectos relacionados con las ETS y el VIH/SIDA, si bien esto no se ha reflejado en las acciones concretas en programas e intervenciones.

Entre 1994 Y el 2000. los programas reconocían los derechos sexuales y reproductivos adolescentes, y adoptaron los acuerdos de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD), pero a partir del 2001, el gobierno no reconoce los compromisos del Estado frente al CIPD o la IV Conferencia Mundial de la Mujer, en lo que se refiere a Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva, y al lenguaje de género. Este mismo año se desactivó el Programa Nacional de Educación Sexual 1996-2000 que incorporaba el lenguaje del CIPD.

⁵² Cáceres Carlos (Ed). La salud sexual como derecho en el Perú hoy. Ocho estudios sobre salud, género y derechos sexuales entre los jóvenes y otros grupos vulnerables, Redes Jóvenes. Lima 2002.

⁵³ Palomino Nancy, Ramos Miguel, Valverde Rocío, Vásquez Ernesto. Entre el placer y la obligación. Derechos sexuales y derechos reproductivos de mujeres y varones de Huamanga y Lima. UPCH-Population Concern. Lima, 2003.

En el año 2003, el programa de Promoción de la Salud en el Centro Educativo, preparado por el Ministerio de Salud, enfatizó el retraso del inicio sexual la abstinencia, el valor de la fidelidad, sin hacer referencia al uso del condón para la prevención de ETS y VIH/SIDA o de métodos anticonceptivos.

Actualmente, además, se sostiene a nivel político que los términos de sexualidad, género, salud y derechos sexuales y reproductivos atentan contra la unidad familiar.

Se considera que plantear estos temas genera distorsiones sobre las relaciones familiares, entre otras consecuencias; plantean que se promueve la actividad sexual entre adolescentes, entendiendo la información como provocadora, y más aun si se habla de métodos anticonceptivos que no sean «el natural». Hay una negación de una situación real: la actividad sexual empieza desde muy jóvenes, y al no tener acceso a información, una de las consecuencias es la alta incidencia de embarazo adolescente.

El abordaje desde el sistema educativo también ha tenido todo un proceso en nuestro medio. Tradicionalmente la educación sexual estaba restringida sólo a lo reproductivo, también con un marcado sesgo de género, estableciendo las diferencias para hombres y mujeres, donde la responsabilidad de la reproducción y la educación de los hijos recaía en la mujer; se eximía al varón de responsabilidades en ambos aspectos.

Los textos escolares presentaban como parte de la educación sexual sólo los aparatos reproductivos, lo cual cambia a fines del siglo XX, cuando se elaboran guías metodológicas para docentes en las que se incluye la planificación familiar y la educación sexual «lo cual originó un enfrenamiento entre la Iglesia Católica y el Estado»⁵⁴.

En estas guías se plantea de modo indirecto o tangencialmente la necesidad de no fomentar los estereotipos, más no lo especifican. No hay alusión al placer sexual como derecho de hombres y mujeres.

⁵⁴ Palomino Nancy. Un debate inconcluso: la educación sexual en la escuela. En: Atajos.

En las guías que corresponden a Sto. de secundaria, hablan de grupos de riesgo, en lo que se refiere al contagio de ETS y VIH/SIDA, mencionando a las prostitutas, relaciones heterosexuales con varias parejas, hombres con actividades sexuales promiscuas y drogadictos, y concluyen que «por ello es conveniente evitar las relaciones sexuales y mas aun con personas que no se conocen»⁵⁵. Éstas fueron vetadas por el Estado posteriormente.

La Iglesia, con representación de Monseñor Cipriani, publicó una guía para padres y maestros de «Formación y orientación para el amor y la sexualidad», en la que «refuerza la sexualidad conyugal abierta a la fecundación y justifica la prostitución como mal menor para evitar secuestros y violaciones de mujeres inocentes que podrían darse si ésta se reprime citando a San Agustín: "Quítale las prostitutas al género humano y verás cómo lo arrastran las pasiones de la lujuria"⁵⁶.

En la última década, las iglesias han asumido una actitud moralista frente a la sexualidad, y difunden mensajes adversos en lo que se refiere a género y salud reproductiva⁵⁷.

En términos generales, en la sociedad peruana, el sentirse sujeto de derechos no está aún afianzado, y esto se refleja más en la población de adolescentes y jóvenes de ambos sexos, tanto desde ellos mismos como hacia ellos, y con mayor énfasis en lo que se refiere a lo relacionado con sexualidad y reproducción. Por ello, la vivencia de la sexualidad se da en acciones no planificadas, sin mayor información ni acceso a servicios de salud.

No se reconoce como un derecho el estar informado oportunamente ni acceder a servicios especializados; los adolescentes tienen que acudir acompañados de adultos, lo cual ya restringe el acceso y la libertad de poder expresar sus inquietudes y problemas relacionados con el tema, y por otro lado, en muchos servicios de salud no consideran que es un tema para tratar con adolescentes o jóvenes. La vivencia de su sexualidad no es reconocida; por lo tanto, tampoco reconocen sus derechos sexuales y reproductivos.

⁵⁵ Guía de Educación Familiar y Sexual para Docentes y Padres de Familia. Ministerio de Educación-Programa Nacional de Educación Sexual. Lima-Perú. Ed. Escuela Nueva S.A. 1996.

⁵⁶ Palomino Nancy. Un debate inconcluso: la educación sexual en la escuela. En: Atajos.

⁵⁷ El Perú a diez años de la Conferencia de Población y Desarrollo. Situación y compromisos pendientes. En: www.flora.org.pe/cairo10.htm.

Tradicionalmente la información y educación en salud sexual y reproductiva dirigida a adolescentes se han dado dentro de relaciones verticales, dirigidas por un maestro o un proveedor de salud, sin recoger las inquietudes y el deseo de saber de este grupo.

La información vertida se ha dirigido a la prevención del embarazo precoz y no deseado y a la prevención de ETS, "prevaleciendo las prohibiciones en un intento por apartar a la población juvenil de las conductas de riesgo"⁵⁸.

Es necesario entender que el inicio sexual se da dentro de un contexto en el que se sostiene que el hombre tiene que desfoguearse sexualmente, lo que promueve una percepción de las relaciones sexuales como válidas y sujetas a sus requerimientos, incluso en situaciones de violencia, tanto por parte del grupo de pares como de la sociedad en general.

Investigaciones realizadas en adolescentes y jóvenes buscan identificar las necesidades y expresiones existentes en este campo, y al mismo tiempo poder plantear alternativas de intervención de acuerdo con ellas.

Los conceptos que se están manejando en las investigaciones reconocen el aspecto sociocultural: "la sexualidad no es una categoría biológica, cuasi instintiva, sino una categoría socialmente construida, y opera como una dimensión de la cultura. En su construcción participan discursos hegemónicos que difieren de manera importante entre sí según tiempo y lugar, y en menor medida según otras categorías tales como la clase y étnicidad"⁵⁹.

La sexualidad es una manifestación del sexo que involucra los aspectos psicológicos, sociales y culturales, que se dan en un espacio y tiempo histórico determinado.

Asimismo, enfatizan que «las características de muchas experiencias sexuales están casi predeterminadas por la posición de las personas en la estructura social resultante de su condición de género, clase, etnia y otras dimensiones de diferencia que implican inequidades de poder»⁶⁰.

⁵⁸ Arias Quincot Rosario. Aramburu, Carlos E. Nuevos rostros y viejas costumbres. Sexualidad y salud reproductiva entre jóvenes andinos. Redes Jóvenes. Lima 2002.

⁵⁹ Cáceres Palacios Carlos. Salud sexual en una ciudad joven-Un Programa Comunitario en Salud Sexual con y para los Jóvenes. UPCH-Redes Jóvenes. Lima, 1998.

⁶⁰ Cáceres Palacios Carlos. Salud sexual en una ciudad joven-Un Programa Comunitario en Salud Sexual con y para los Jóvenes. UPCH-Redes Jóvenes. Lima, 1998.

La sexualidad, insertada en el proceso de aprendizaje cultural, es transmitida a través de permanentes procesos de socialización, a través de sus diferentes agentes y medios; por eso algunas investigaciones exploran los ámbitos donde se desenvuelven los adolescentes, tratando de identificar los valores y mandatos culturales, modelos de comportamiento y relaciones, el tipo de dinámica familiar, las relaciones con las diferentes instituciones sociales, los mensajes que se dan a través de los medios de comunicación, etc⁶¹.

Las investigaciones sobre sexualidad tratan temas como la iniciación sexual. Han descubierto que ésta por lo general se da en los varones en el rango de edad comprendida entre los 14 y 17 años, y mayormente refieren que se ha dado en relación de enamorados o con amigas o conocidas. Siempre prevalece la idea de que el hombre necesita desfogarse.

Sobre el deseo sexual masculino, los adolescentes lo consideran «parte de ser hombre», «es por su naturaleza de ser varón», «es parte importante de su identidad como varones heterosexuales», «los varones están más expuestos a estímulos eróticos que ofrecen los medios de comunicación» y a mujeres que «provocan a los hombres», los varones son presionados por sus pares a tener relaciones sexuales, etc⁶².

La primera información sobre sexualidad se ha obtenido por lo general en el colegio, seguidamente de los padres y después de los amigos, y conforme avanza la edad, los amigos son mayormente la fuente de información, además de los medios de información. Éstos son considerados una fuente de información accesible (televisión, periódicos, revistas); juegan un rol importante en la difusión de información.

La pornografía es considerada un medio para aprender técnicas sexuales, y hay mayor búsqueda de películas de este tipo.

Si bien hay información sobre el uso del preservativo como medio de protegerse, de acuerdo con informes encontrados,

⁶¹ Quintana Sánchez Alicia, Vásquez del Aguila Ernesto. Construcción social de la sexualidad adolescente. IES 1997.

⁶² Yon Leau, Carmen. Género y sexualidad. Una mirada de los y las adolescentes de cinco barrios de Lima. Movimiento Manuela Ramos. Lima 1998.

no siempre se usa preservativo y hay quienes nunca lo han usado.

Algunas conclusiones

A través de la historia del Perú, las mujeres y los niños en general han estado despojados de su derecho a decidir sobre sus vidas, y sobre todo en lo que a sexualidad se refiere.

La sexualidad ha estado teñida de mitos que han permitido que la prostitución persista, justificándola como «necesaria» para el «desfogue» de las necesidades fisiológicas de los hombres, entendiéndolas como un derecho de los mismos, lo cual incluso ha justificado la violencia, la explotación y la discriminación por género, edad, etnia o clase social.

Las normas jurídicas han permitido que las creencias, mitos y costumbres sesgaran la concepción y vivencia de la sexualidad y que se establecieran diferencias entre hombres y mujeres, que prevalecen hasta la actualidad, lo cual atenta contra los derechos humanos y los compromisos internacionales aceptados por el Perú.

La sociedad en general sigue contribuyendo a que niños, niñas, adolescentes y mujeres continúen siendo explotados sexualmente, bajo diferentes modalidades, y a que se oponga resistencia a un cambio que implica el cuestionamiento de la demanda. todavía respaldada por la permisividad social, que encuentra un terreno fértil en el desconocimiento real de la problemática, la pobreza y la falta de compromiso respecto del hecho de que la prostitución es un problema de todos.

Hace 100 años que se reglamentó la prostitución en nuestro país, y los criterios de ese entonces aún prevalecen sin ser cuestionados o sometidos a un debate público bien informado y amplio. Por lo tanto, los conceptos desarrollados a través de años de historia son los que aun están permitiendo el planteamiento de “zonas rosas”

como una alternativa para mantener «segura» a una demanda que se va incrementando a costa de la violación de los derechos de quienes están involucrados en la explotación sexual comercial, incluyendo nuestros niños, niñas y adolescentes.

FUENTE

- *¿Mercancía Sexual? Cómo hemos creado la demanda para la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes en el Perú.* Una investigación de CODENI (Cusco), IDEIF (Iquitos), REDES (Huancayo), Movimiento El Pozo (Lima). Con la colaboración de ECPAT. Noviembre 2005



Banco Mundial
Proyecto de Mejoramiento
de los Servicios de Justicia



Unidad de Coordinación del Proyecto
Mejoramiento de los Servicios de Justicia
Av. Paseo de la República s/n-Palacio de Justicia 4to. piso Of. 444
Telefax: 427-0292 Teléfonos: 719-6302 / 719-6300
ucp@pmsj.org.pe www.pmsj.org.pe