

UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA

ESCUELA DE POSGRADO

DOCTOR LUIS CLAUDIO CERVANTES LIÑAN



Tesis:

“LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL Y SU INCIDENCIA EN LA LUCHA CONTRA LA PROSTITUCIÓN INFANTIL, EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA, 2017”

Presentada por:

NORMA GRACIELA SAENZ GARCIA

Para optar el Grado Académico de Maestra en:

Derecho Penal

Asesor: Dra. Giovanna Vásquez Caicedo Pérez

Lima - Perú

2018

Dedicatoria

A Mauricio y Rodrigo mis hijos preciosos
quienes son la razón de mi vida.

Agradecimiento

A Jesús Luis por su comprensión y apoyo incondicional para hacer realidad este estudio.

Índice

Dedicatoria	2
Agradecimiento	3
RESUMEN	7
ABSTRACT	9
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I:	13
FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA INVESTIGACIÓN	13
1.1. Marco Histórico	13
1.2. Marco Teórico	14
1.2.1. Delito	14
1.2.2. Violencia	17
1.2.3. Violación Sexual	19
1.2.4. La Explotación Sexual Infantil	20
1.2.5. Prostitución Infantil	25
1.2.6. Indemnidad Sexual	30
1.2.7. Libertad Sexual	33
1.2.8. Abuso Sexual	36
1.2.9. Trata de Niñas Para Explotación Sexual	38
1.2.10. Derechos Humanos	39
1.2.11. Convención sobre los derechos del Niño	41

1.3.	Marco Legal	44
1.3.1.	Constitución Política del Perú	44
1.3.2.	Código Penal	45
1.3.3.	Ley 27942. Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual	47
1.3.4.	Ley N° 28950, Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes	47
1.3.5.	Derecho Comparado	49
1.4.	Investigaciones	53
1.5.	Marco Conceptual	62
 CAPITULO II:		67
EL PROBLEMA, OBJETIVOS, HIPÓTESIS Y VARIABLES		67
2.1	Planteamiento del Problema	67
2.1.1	Descripción de la Realidad Problemática	67
2.1.2	Antecedentes Teóricos	68
2.1.3	Definición del Problema	72
	2.1.3.1 Problema General	72
	2.1.3.2 Problemas Secundarios	72
2.2	Finalidad y Objetivos de la Investigación	72
2.2.1	Finalidad e importancia	72
2.2.2	Objetivo General y Específicos	73
	2.2.2.1 Objetivo General	73
	2.2.2.2 Objetivos Específicos	73
2.2.3	Delimitación de la Investigación	73
2.2.4	Justificación e Importancia	74
	2.2.4.1 Justificación	74
	2.2.4.2 Importancia	74
2.3	Hipótesis y Variables	75
2.3.1	Supuestos Teóricos	75
2.3.2	Hipótesis General	76
	2.3.2.1 Hipótesis General	76
	2.3.2.2 Hipótesis Específicas	76

2.3.3	Variables e Indicadores	76
2.3.3.1	Identificación de las Variables	76
2.3.3.2	Definición Operacional de las Variables	77
CAPITULO III:		78
MÉTODO, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS		78
3.1	Población y Muestra	78
3.1.1	Población	78
3.1.2	Muestra	78
3.2	Método y Diseño de la Investigación	80
3.2.1	Método de Investigación	80
3.2.2	Diseño de Investigación	80
3.3	Técnicas e instrumentos de recolección de datos	81
3.3.1	Técnicas de Recolección de Datos	81
3.3.2	Instrumentos	81
3.4	Procesamiento de Datos	82
3.5	Prueba de la Hipótesis	82
CAPITULO IV:		83
PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS		83
4.1	Presentación de los Resultados	83
4.2	Contrastación de Hipótesis	99
4.3	Discusión de los Resultados	105
CAPITULO V:		109
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES		109
5.1	Conclusiones	109
5.2	Recomendaciones	110
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS		111
ANEXOS		118

RESUMEN

La presente investigación tuvo como objetivo establecer la manera en que incide la declaración de Inconstitucionalidad del Delito de violación sexual previsto en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal por parte del Tribunal Constitucional (Exp. N° 0008-2012-PI/TC) en la lucha contra la prostitución infantil. Se utilizó para alcanzar dicho objetivo el método descriptivo y un diseño no experimental, asimismo la población objeto estuvo constituida por 700 operadores del derecho, entre ellos Jueces, Fiscales y Abogados Litigantes en materia penal. Al calcular el tamaño de la muestra se trabajó finalmente con 248 personas. En cuanto al instrumento de recolección de datos tenemos al cuestionario que fue validado por expertos, para ello realizaron la evaluación 3 Maestros en Derecho los que validaron criterios, la misma que constó de 15 ítems de tipo cerrado, los que se vaciaron en tablas en donde se calcularon las frecuencias y porcentajes, complementándose con el análisis e interpretación de los resultados, lo cual nos permitió contrastar las hipótesis. La prueba estadística utilizada fue la prueba chi cuadrado el margen de error utilizado fue 0.05.

Finalmente se concluyó que la declaración de Inconstitucionalidad del Delito de violación sexual previsto en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal por parte del Tribunal Constitucional (Exp. N° 0008-2012-PI/TC) ha debilitado las estrategias de lucha contra la prostitución infantil en nuestro país, dado que permite que ese grupo de personas (menores de 14y menos de 18 años) puedan decidir sobre su sexualidad, por ende las mismas pueden ser captadas con mayor facilidad por las personas inescrupulosas dedicadas a la trata y prostitución de personas.

Palabras clave: Declaración de Inconstitucionalidad, Delito de Violación Sexual, Prostitución Infantil, relaciones sexuales, derecho a la libertad sexual.

ABSTRACT

The investigation had as objective to establish the way in which the declaration of Unconstitutionality of the Crime of sexual violation provided for in paragraph 3 of Article 173 of the Criminal Code by the Constitutional Court (Exp. N ° 0008-2012-PI / TC) in the fight against child prostitution. The descriptive method and a non-experimental design were used to achieve this objective, and the target population was composed of 700 legal operators, including Judges, Prosecutors and Trial Lawyers in criminal matters. When calculating the sample size, we finally worked with 248 people. As for the data collection instrument, we have the questionnaire that was validated by experts, for which the evaluation 3 of the Masters in Law validated criteria, which consisted of 15 items of closed type, which were emptied into tables where the frequencies and percentages were calculated, complementing with the analysis and interpretation of the results, which allowed us to contrast the hypotheses. The statistical test used was the chi square test, the margin of error used was 0.05.

Finally, it was concluded that the declaration of unconstitutionality of the offense of rape provided for in paragraph 3 of Article 173 of the Penal Code by the Constitutional Court (Exp. N ° 0008-2012-PI / TC) has weakened the strategies to combat the child prostitution in our country, since it allows that group of people (under 14 and under 18 years) can decide on their sexuality, therefore they can be more easily captured by unscrupulous people engaged in trafficking and prostitution of people.

Keywords: Declaration of Unconstitutionality, Crime of Sexual Violation, Child Prostitution, sexual relations, right to sexual freedom.

INTRODUCCIÓN

Los delitos contra la libertad sexual e intimidad sexual son los que han sufrido el mayor número de modificaciones en nuestro ordenamiento penal, especialmente con las leyes 28251, que varió por completo el concepto de violación sexual, y 28704, que cambio diversos artículos del Código Penal incrementando la carcelería de las personas entre los 14 y 18 años, sin importar que la relación sexual hubiera sido consentida o con plena capacidad, es decir, desconociendo el proceso de maduración sexual y psicológica que se produce en esta etapa del desarrollo biológico de las personas.

La despenalización de las relaciones sexuales consensuadas en menores de edad, si bien es cierto sería necesaria, pero también resulta temprano hablar de ello por cuanto el Estado previamente debe desarrollar una política adecuada encauzada a la prevención que incida en las áreas social, económica, educacional y de capacitación de las familias. Nuestro país carece de una reforma integral el cual se debería implementar el cual atienda estos aspectos, atendiendo no solamente la normativa civil, penal y constitucional de los niños y adolescentes, sino también los aspectos sociológicos y psicológicos.

En este contexto la presente investigación la hemos desarrollado en cinco capítulos:

En el primer capítulo se describen los fundamentos teóricos que constan del marco histórico, legal, teórico y conceptual.

En el segundo capítulo se esboza el problema de investigación, La descripción de la realidad problemática, con definición del problema, objetivos e hipótesis; en el tercer capítulo se contempló el tipo, nivel, método, diseño y las técnicas utilizadas en la investigación.

En el cuarto capítulo ofrecemos la presentación, análisis e interpretación de los resultados, y quinto capítulo se aprecia las conclusiones y recomendaciones, acompañado con su respectiva bibliografía y anexos correspondientes.

CAPÍTULO I:

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Marco Histórico

El origen de la prostitución se encuentra en las sociedades primitivas donde era costumbre ofrecer a la esposa, a la hija o sirvienta al huésped en señal de estima.

En la prostitución sagrada, religiosa o ritual, se ofrecían a las jóvenes vírgenes más hermosas a los dioses en señal de estima. Extrañamente la prostitución en el mundo antiguo viene muy ligada con la religión, puesto que no eran pocas las congregaciones que adorando a un determinado dios (generalmente relacionado con el amor o el sexo), durante sus fiestas entraban en trance y realizaban ofrendas sexuales a su dios.

La prostitución es un negocio que permanece vivo desde los anales de la historia, no en vano, la misma Biblia nos narra la historia de Maria Magdalena, donde ya en tiempos de Cristo, era una profesión totalmente arraigada en las costumbres sociales de la época.

En la antigüedad no ha habido buen emperador que no se precie de tener su buen harem de concubinas, pues visto desde una óptica mas allá del placer, un gran número de mujeres en su harem garantizaba cubrir los instintos más naturales de procreación y mantenimiento de la estirpe. Y es que la prostitución tuvo en las antiguas culturas de oriente, sin duda su nacimiento y su educación.

La prostitución a variado tanto según las épocas, como los pueblos y hasta desde el punto de vista jurídico, social y médico. Las ideas cristianas fijaron ante todo el punto de vista de la promiscuidad sexual para caracterizar la prostitución según se ve en una carta de San Jerónimo en la que se define a la prostitución como la que se entrega al vicio de muchos.

Quizá el único momento en el que la prostitución fue claramente escondida y mermada fue durante el ascenso de los regímenes autoritarios del siglo XX que potenciaron una fuerte moralidad, ayudados por el catolicismo, que condeno a la prostitución a refugiarse en las esquinas de callejones estrechos, protegidos por la noche y sin más seguridad social que la que se procesan entre ellas.

1.2. Marco Teórico

1.2.1. Delito

El delito es *“la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso [sic]”* (Carrara 2010: p. 43).

Medina (2001) define al delito como:

“Aquella conducta imputable; quiere decir que dicha acción se encuentra tipificada, en los distintos ordenamientos de la ley penal [sic]”. Sin la ley no hay delito y que las conductas que quedan fuera de las leyes son impunes, solo se puede asegurar lo que el delito es, interrogando la ley misma [sic]” (p. 29).

García (2003) nos describe a la “Teoría del Delito como:

“Un conjunto de conceptos que se desarrollan en torno a la naturaleza, conformación, existencia, inexistencia o formas de aparición del delito, como realidad jurídica y social [sic]” (p. 31).

Reynoso (2006) Considera el delito como:

”Comportamiento humano dependiente de la voluntad que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior; trata la conducta como factor causal del resultado, sin tomar en cuenta la intención que llevo al sujeto a cometerla [sic]” (p. 12).

➤ **Tipos de delito**

Los delitos pueden clasificarse teniendo en cuenta diversos criterios:

De acuerdo a las formas de la culpabilidad:

- Doloso: concordancia entre las intenciones del autor del delito y la acción delictiva llevada a cabo.
- **Culposos imprudentes:** en este caso el autor no tuvo la intención de perpetrar el acto delictivo.

Según la forma de la acción:

- **Por comisión:** este tipo de delito hace referencia a una acción producida por el sujeto.
- **Por omisión:** como su nombre lo indica, se refiere a una abstención.

Según la calidad del sujeto activo

- **Comunes:** los delitos comunes pueden perpetrarse por cualquier persona.
- **Especiales:** los delitos especiales tienen la particularidad de que solo pueden ser consumados por individuos con una calificación específica.

De acuerdo al resultado:

- **Materiales:** aquí es ineludible la efectuación de un resultado específico.
- **Formales:** se destacan porque en ellos la consumación del delito concuerda con el último acto que conforma la acción, de esta manera, no es posible separar al resultado de la misma.

Por el daño que causan:

- **De lesión:** en estos delitos se presenta un daño observable del bien jurídico.
- **De peligro:** se cometen cuando el objeto resguardado jurídicamente es expuesto a un peligro.

1.2.2. Violencia

La violencia tiene un efecto profundo sobre la mujer, el que empieza antes del nacimiento, en algunos países, con abortos selectivos según el sexo o al nacer, cuando los padres desesperados por tener un hijo varón pueden matar a sus bebés del sexo femenino. Las niñas tienen mayor probabilidad que sus hermanos de ser violadas o agredidas sexualmente por miembros de su familia, por personas en posiciones de poder o confianza, o por personas ajenas (Fernández 1993).

Rojas L. (1995) nos dice que la forma más restringida de entender la violencia e identificarlas así mismo:

“Uso intencionado de la fuerza física en contra de un semejante con el propósito de herir, abusar, robar, humillar, dominar, ultrajar, torturar, destruir o causar la muerte [sic]” (p. 11).

La OMS (2002) define la violencia como:

“El uso intencional de la fuerza física o el poder contra uno mismo, hacia otra persona, grupos o comunidades y que tiene como consecuencias probables lesiones físicas, daños psicológicos, alteraciones del desarrollo, abandono e incluso la muerte.” Incluyendo la intencionalidad de producir daño en la comisión de estos actos [sic]”. (p. 3)

Segato (2003) considera que:

“La violencia basada en género debe entenderse entonces como aquella violencia que refuerza e impone los postulados de este sistema de género, el que señala que hay una "dimensión violenta inherente en la propia dinámica tradicional de género, prácticamente inseparable de la estructura misma, jerárquica, de esa relación [sic]”.

Benyakar, M. (2003) Lo esencial de la violencia, a diferencia de la agresión, es:

“El que ejerce el daño aparece enmascarado, cauteloso, y no le permite al que experimenta la violencia captar la amenaza implícita contenida en la situación ni alertarse contra ella; una conducta malintencionado como y como señal se inscribe como distorsionado. La violencia es disimulada por racionalizaciones que le confieren una fachada de normalidad por lo tanto quien la

padece no es capaz de elaborar formas de protegerse, evitarla o incluso enfrentarla [sic]”.

Browne (2007) indica que es necesario tener claro sobre la diferencia entre tres conceptos claros: abuso, violencia y acoso.

“En el caso del abuso es preciso señalar que se refiere a una situación en la que la víctima es menor o que posee unas capacidades disminuidas o se encuentra en una situación de inferioridad [sic]”.

1.2.3. Violación Sexual

La violencia sexual es un acto que afecta a todos los géneros desde las mujeres, hombres y niñas durante sus vidas. Es una violación al derecho humano a una vida segura. Los efectos pueden ser devastadores para las personas, familias y comunidades pero sin embargo, existe ayuda a todas aquellas personas víctimas de ese mal, cuando todas trabajamos en conjunto para ayudar a las víctimas y responsabilizar a las perpetradoras/ es, los efectos negativos pueden reducirse. Juntas, podemos cambiar las condiciones que contribuyen a la violencia sexual.

Krug, (2003) como:

“Todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona,

independientemente de la relación de ésta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo” (p. 161)

OMS (2005) como:

“La inclusión de un niño en una actividad sexual que él o ella no comprende totalmente, para la que es incapaz de brindar consentimiento informado, o para la que el niño no está preparado por su nivel de desarrollo y no puede consentir (...)”.

1.2.4. La Explotación Sexual Infantil

Esta explotación comercial, es la realización de tener relaciones sexuales en contra de su voluntad, es decir, se podría establecer como una forma de esclavitud comercial, y con ella degradando la condición como ser humano y con ello violando el derecho a la indemnidad sexual.

Este delito se comenzó a hacer más visible en la sociedad por las diversas denuncias que hacían los parientes por la desaparición de mujeres, en el que los familiares tenían la sospecha en que habían sido víctimas y raptadas por organizaciones proxenetas.

Pero según **Chejter (2001)** nos dice que:

“Hay cuestiones simbólicas y culturales que encubren la explotación sexual comercial bajo otras formas de abuso” (p. 20).
Es decir los explotadores buscan otros medios para realizar dicha

explotación sin que estos puedan llegar a ser descubiertos, es por este negocio se desarrolla de manera clandestina [sic]”.

Para este tipo de explotación sexual, los explotadores buscan a víctimas que se encuentren en situaciones más vulnerables, como niños y mujeres jóvenes que a través de engaños ingeniosos, logran engañar y hasta ganarse su confianza para luego poder obligarlas a través de la coerción a tener relaciones sexuales con terceros.

Este tráfico que se desarrolla de manera ilícita es hacia niñas, y mujeres menores de edad, generando a los tratantes en sus ingresos económicos millones de dólares.

Según lo definió el **Congreso Mundial (1997)** explico que la explotación sexual como:

“Una violación fundamental de los derechos del niño. Esto comprende el abuso sexual por adultos y la remuneración en metálico o especie al niños o niña y a una tercera persona o varias. El niño es tratado como un objeto sexual y una mercancía. La explotación sexual comercial de los niños constituye una forma de coerción y violencia contra los niños, que puede implicar el trabajo forzoso y formas contemporáneas de esclavitud [sic]” (p. 10).

Ello quiere decir que la explotación sexual es una forma de la violación sexual hacia los menores de edad y que es usado por el explotador sexual o el tratante para sus fines lucrativos, que es desarrollado a

través de una organización y que este de manera sistematizada le entrega a un tercero para que satisfaga sus necesidades sexuales.

La explotación sexual se puede dar de diversas formas como es el caso de la pornografía, el turismo sexual, el tráfico de niños, niñas y adolescentes, nuestra legislación penaliza aquel delito que agrede el bien jurídico, en este caso la indemnidad sexual.

Como son algunos de los siguientes artículos de nuestro “*Código Penal*” que penaliza la violación hacia la libertad sexual y en caso de ser menor de edad la indemnidad sexual:

153° trata de personas

170° violación sexual

179° proxenetismo

183° exhibiciones y publicaciones obscenas

Es así que podemos establecer que la explotación sexual infantil no solo tiene una sola modalidad de desarrollarse sino de diversas formas, como la prostitución infantil, la pornografía infantil, la trata de niñas con fines sexuales y hasta hablar del turismo sexual infantil.

Todas estas modalidades de explotación no solo dañan la indemnidad sexual el bien jurídico que todo menor de edad posee sino también daña su integridad tanto moral, física así como de manera psíquica, lo que entorpece su libre desarrollo sexual.

Estos derechos, el estado es responsable de garantizar que no se violen así como lo establece nuestro “*Código Penal*” y el “*Código de Niños y Adolescentes*” que protegen a que el niño o niña menor de edad pueda desarrollarse libremente sexualmente.

Pero la violación sexual es un problema latente hoy en la actualidad que causa daños graves no solo al menor de edad sino a los familiares y hasta la misma sociedad, ya que la víctima a través de engaños seductores acaba con la resistencia del menor de edad.

Así lo indica **(Roy, s.F)**

“Es necesario no confundir la violencia a que se refiere la ley como medio coercitivo para lograr el acceso carnal intravas, con la razonable fuerza física que emplea el varón para vencer la natural resistencia que el recato impone a la mujer. Esa dulce violencia seductora pero no coercitiva no es la violencia física necesaria que exige la ley para considerar temible el acto sexual [sic]” (p. 56-57).

Hay que hacer énfasis que al tener el consentimiento del menor se estaría hablando de una violación permisible, en que el hombre mayor de edad, a través de la seducción y la falta de desarrollo de su capacidad de ejercicio consigue poder tener acceso carnal con la menor de edad.

O como lo indica **(Roy, s.F)** que expresa:

Que haya existido una “resistencia constante y siempre igual por parte de la persona que se pretende violada, por lo que se considera suficiente que la resistencia haya cedido un instante, para decidir que la presunta violada consintió [sic]” (pág. 56).

Es así que a través de coqueteos y engaños el hombre puede llegar a conseguir a que la menor de edad deje de resistirse y de manera inconciente de el consentimiento de tener relaciones sexuales, como se da en casos de la cultura machista.

Olvidando de esa forma el derecho que tienen todos los niño, el de disfrutar su niñez, llevando una vida de manera productiva, en el ambito familiar, escolar y hasta en la sociedad, pero al ser captados en la explotacion sexual se olvidan de todos estos derechos que poseen y son obligados a tener acceso carnal con extraños.

Ademas de ser explotados sexualmente, tambien son violentados fisicamente y psicologicos por parte de quienes los explotan, al negarse a tener relaciones, generando con ello a que estos sean victimas de bofetadas, patadas y golpes, que muchas veces los lleva a quedar inconscientes y en el peor de los casos hasta llevarlos hasta la muerte.

Pero ademas de los abusos fisicos, estos tambien son victimas de poder ser contagiados de infecciones como es VIH o el SIDA, que dichas enfermedades se contagia por la trasmision sexual, que tienen estos

menores y que en ellos es mas facil la trasmision de estas enfermedades.

Es asi que estos menores a aparte de sufrir violencia sexual, tambien sufre de abusos fisicos, psicologicos, hasta llegar al extremo de ser victima de contagios de enfermedades por trasmision sexual.

1.2.5. Prostitución Infantil

La prostitución infantil, es una actividad que se ha venido desarrollando y promoviendo en el ámbito delictivo, que es desarrollado hacia menores de 18 años, pero que dicha actividad es realizado a cambio de bienes económicos, materiales u otro beneficio.

Este negocio que se realiza de manera clandestina y que se ha ido desarrollando en nuestra sociedad, se desarrolla por y se ampara por la participación de adultos que buscan este medio satisfacer sus necesidades, teniendo acceso carnal con menores de edad.

Es así que se puede considerar este negocio como un medio de iniciar una esclavitud moderna, que se ha venido desarrollando y creciendo diariamente en diversos países, teniendo entre sus víctimas a mujeres menores de edad, que a través de promesas de una vida mejor, una buena oportunidad laboral e incluso una oportunidad para tener una mejor educación.

Según **Castro (2012)** indico que

“la violencia inscripta en todas estas prácticas, más allá del compromiso corporal de la niña, reside en la degradación de su condición como ser humano, para convertirse en una esclava destinadas al placer de los adultos [sic]” (p. 15).

Estas diversas promesas que se hacen hacia la victima al aceptar y llegar al destino en que se realizara dicho negocio, se ven obligadas a trabajar en algo distinto a lo que se había acordado y con ello a tener que ser parte de esa explotación sexual.

Estas aceptan ser parte de este negocio en diversos casos porque son llevadas a otros países, en el que se dice son países más prósperos, lo que lleva a falta de dinero a aceptar dicha oferta, pero también hay casos en que dicha explotación se da en su mismo país, que se da en casos en que menores están ansiosas de poder tener un futuro mejor.

Pero no se debe confundir el abuso sexual con la prostitución sexual, debido a que ambas abarcan aspectos diferentes, mientras que el abuso sexual involucra que la explotación sexual sin el consentimiento de menor, mientras que en la prostitución sexual hay el mínimo consentimiento pero que a cambio de ello hay un pago económico.

Pero a esto el abuso sexual y la prostitución infantil, ambos se caracterizan por tener un mismo fin, así como lo explica Chejter (2001) que explica que

“El abuso sexual infantil la prostitución infantil tiene una misma matriz: el poder adulto y además sexista, ya que la demanda es en su abrumadora mayoría, masculina [sic]” (p. 175).

La prostitución infantil, esta explotación no solo genera la violación de derechos fundamentales que poseen los menores de edad, sino además hacer considerar que este es una nueva visión de trabajo, considerando con ello una violación grave hacia el género femenino ya que comienza a ser visto como un objeto sexual.

Pero para otros autores como **Maqueda, (2007)** que considera que:

“La prostitución de manera global como Los casos de explotación calificándolos de aislados y propis de subculturas de la marginalidad, mientras que dada la persistencia de valores sexistas y patriarcales-la prostitución de mujeres se considera una necesidad para el funcionamiento equilibrado de la sexualidad masculina [sic]” (p. 297-298).

Estos pensamientos, es lo que hace que se facilite y se crea que la prostitucion infantil es algo natural, ignorando con ello la gravedad del abuso, generando con ello una cultura en el que el hombre puede abusar y tener acceso carnal sin reproche alguno, por existir el consentimiento.

Como **Perez (2004)** expresa que:

“Profesion mas vieja del mundo, crece con el desempleo y el libre mercado. Desde su perspectiva feminista de genero señala que el analisis de la prostitucion se afinca en las dinamicas de poder y en los procesos de subjetividad [sic]” (p. 125).

Estas diversas ideologias que se han venido dando en el pasar del tiempo acerca de la prostitucion infantil, ayuda a que de una manera de justifique la prostitucion infantil y con ello el de proteger a quienes lucran con la explotacion sexual infantil.

Solari, (2002) lo define

“La prostitución infantil no es un ejercicio de libertad, sino una de las manifestaciones más crudas de violencia y el sometimiento, uno de los ejercicios más dramáticos del poder abusivo de los adultos y particularmente de los varones sobre las niñas en primer lugar [sic]” (p. 3)

Es decir, de ninguna forma se puede llegar a considerar la prostitución infantil como un medio de trabajo o como una vieja profesión, sino que es la utilización de violencia de parte de los adultos para poder tener acceso carnal con un menor de edad.

Que en muchos casos las niñas que entran a este trabajo forzado y que son víctimas de este negocio que se desarrolla de manera clandestina y que son llevadas a través de engaños, falsas promesas de superación y aprovechándose de su extrema pobreza.

Así como lo define **Fellini (2000)** que:

“Una de las causas que motivan el aumento de la explotación y uso de los niños en la prostitución es generalmente la pobreza, causa que no solo se manifiesta en países de África y de Asia sino también en otros del mundo desarrollado [sic]” (p. 2).

O en el peor de los casos, en que por factores como el de la extrema pobreza, llegan a ser a veces hasta los mismos padres quienes entregan a sus niñas a cambio de una remuneración económica a organizaciones clandestinas sin saber el fin a que se dedican.

Cayendo de esta forma en otra ideología errada al asociar la extrema pobreza con la prostitución infantil, ya que la mayoría de los menores que se encuentran emergidos en este negocio son de sectores populares esta es otra forma de justificar la prostitución infantil.

Es así que podemos establecer que la prostitución infantil, tiene mayor acceso en sectores de extrema pobreza, en el cual es más fácil a que los menores accedan a este negocio, pero que de ninguna forma puede llegar a considerarse como un oficio más.

Además de que la prostitución infantil no es cometido por el niño, sino que es realizado por quien ofrece sus servicios, que viola sus derechos fundamentales a cambio de una remuneración económica, es decir, el niño pasa a ser considerado como un objeto sexual.

1.2.6. Indemnidad Sexual

Este término jurídico, es utilizado al momento de tipificar un delito pero solo en los casos en que afecten a menores de edad, junto a la libertad sexual, este término es nuestra legislación, es un bien jurídico que se encuentra protegido en nuestro código penal.

Es así que podemos definirlo como el derecho que tiene un menor de edad para que este no sufra ninguna interferencia mal ávida en la formación de su sexualidad, para que de esa forma pueda tomar y realizar actos correctos respecto a su comportamiento sexual.

Según **Donna (2005)** indico que:

“El bien jurídico de la integridad sexual no es otra cosa que la libertad de la persona mayor de 18 años y el desarrollo sexual de los menores de esa edad teniendo en cuenta que nadie puede introducirse en la esfera sexual ajena, sin la voluntad de la otra persona, con capacidad para consentir, y menos aún en quien no puede hacerlo. En cuando a los menores de 13 años, el bien jurídico es la intangibilidad o indemnidad sexual del niño [sic]” (pág. 14). En este punto hay interés del Derecho de evitar que terceras personas, ajenas o no a la vida del menor, tengan injerencia en su personalidad a través de su sexualidad.

Es así que se puede establecer que el bien jurídico protegido, esta dirigido a proteger a menores de edad, que son la población mas vulnerable, ya que este problema no solo ocurre en un lugar

determinado, sino que esta explotación sexual se ha ido desarrollando a lo largo de los años.

La afectación hacia este bien jurídico se puede dar en diversos delitos, no solo en la explotación sexual, sino también en los delitos de violación sexual hacia menores de edad, en el que el violador toma en cuenta la falta de madurez y por considerarlo indefenso.

Otro caso es la prostitución sexual, que se da hacia los menores edad, aquí se deja de lado el querer satisfacer los estímulos sexuales, pasando a querer satisfacer el lucro, es decir, lo que se va a lograr ganar monetariamente por uso sexual del menor de edad.

O es el caso de la pornografía, este delito se consuma cuando se publica imágenes o videos, en el que se exhiban menores de edad, pero que tengan escenas pornográficas, que tiene como intención la reproducción y visualización de terceros.

Estos son una de las diversas modalidades con las que se puede llegar a trasgredir este derecho fundamental, que no solo se puede dar hacia menores de edad sino también hacia personas que son incapaces, es decir, que no tiene un buen desarrollo su capacidad de goce que lo tienen todas las personas que son sujeto de derecho.

Según **Bustos (1986)** afirma que:

“Como en general sucede con la libertad, no sólo se protege la capacidad de actuación sino también la seguridad de la libertad, esto es, los presupuestos objetivos de ella, lo que en la doctrina

moderna ha sido denominada intangibilidad o indemnidad sexual [sic] (p. 133).

Es así que la indemnidad sexual no puede ser confundida con la libertad sexual, y más cuando es en la esfera de menores de edad, debido a que esa edad no se tiene la debida capacidad para poder tomar la debida decisión en cuanto a su vida sexual.

Es por ello que nuestro código penal penaliza que terceros que abusen de esa incapacidad, que ocasiona en ello una violación hacia el bien jurídico que es la indemnidad sexual.

Y podemos establecer que la indemnidad sexual es el derecho fundamental que poseen los menores de edad, es decir, de no haya tercero alguno que agrede su desarrollo sexual para que más adelante pueda desarrollarse de la manera más idónea.

Además que según **s.N (2007)**

La indemnidad sexual solo se hace aceptable como bien jurídico protector de los intocables sexuales, “únicos individuos cuyas características de inmadurez y vulnerabilidad hacen legitima, la imposición garantista de determinada reglamentación específica en materia sexual, basado en el rechazo y la persecución penal de toda relación sexual que involucre a los sujetos protegidos, en el entendimiento de que las prácticas sexuales con estos son lesivas y perturbadoras para los mismos [sic] (p. 41).

Esto establece que la indemnidad sexual es un bien jurídico que protege a los menores de edad por ser sujetos más vulnerables a los engaños o violaciones sexuales de parte de terceros.

1.2.7. Libertad Sexual

Hablar del término de libertad sexual no solo implica decisiones de derechos sexuales sino que también abarca la dignidad, el cuerpo y la mente, este derecho involucra que la sexualidad se lleve a cabo con las mejores decisiones de manera responsable.

Pero este derecho que posee la persona, que son sujeto de derecho, ha sido trasgredido en el pasar de los años, como es el caso de dos casos como la violación sexual, que implica que el tipo sexual que se va a practicar no tendrá el consentimiento y la explotación sexual es el acto de obligar a la otra persona a tener un acto sexual.

El derecho penal hoy en día no solo regula y penaliza la indemnidad sexual que es cometido hacia menores de edad, sino que también tipifica y regula la libertad sexual que es cometido hacia mujeres pero que ya son mujeres de edad, pero que ello no quiera decir que no sea penalizado.

Así como índico **Morales & Garcia (1996)**

“Los adultos, que la orientación de los tipos penales se dirige a castigar conductas que obstaculicen la libre opción sexual, y respecto a los menores, que los tipos penales se orientan a la preservación de las condiciones básicas para que en el futuro

puedan alcanzar un libre desarrollo de la personalidad en la esfera sexual [sic]” (p. 872)

Este delito constituye la acciones de ciertas actividades que se preveen como delitos en la ley penal, que dicho comportamiento es realizado mediante violencia o coerción de parte del agresor, o amenaza.

Es así que podemos definir el derecho a la libertad sexual como la libertad de tener sobre el cuerpo, intimidad o cualquier practica sexual, es decir, de su libre disposición, pero que la violación de la libertad sexual es lo que hace que se considere como un delito hacia el individuo.

Este derecho sexual que posee las personas, es la libertad que se le otorga a la persona, pero con ciertas limitaciones como el que nadie se aproveche a través de engaños o alguna explotación sexual en el que se abuse de esa libertad.

Es así que las conductas que violen este derecho, serán castigados y reprimidos con pena de cárcel como lo estipula nuestro “*Código Penal, en el artículo 170°*” que estipula en el primer párrafo:

“El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años”.
(*Código Penal, en el artículo 170*)

Este artículo establece que cualquier acto en el que se obligue a tener un acto sexual de cualquier modalidad, o que le introduzca objetos a las partes íntimas, violando de esa forma su derecho a la libertad sexual será reprimido con prisión preventiva.

Este delito se da en diversos casos por el comienzo de la seducción, en el que mediante engaños, o también por diversas amenazas que se hacen, que lleva a que se aproveche y con ello poder tener acceso carnal.

Este término según **Quintero (1996)** lo definió que:

“Un objeto jurídico de protección que se inserta en la esfera de la libertad personal, cuyo contenido esencial son las facultades de autodeterminación sexual, actual o in fieri como valor en suma de una sociedad pluralista y tolerante [sic]” (p. 228).

Es así que como este objeto jurídico, lo que busca es proteger a los adultos su libertad sexual y que de esa manera no se aprovechen de esa libertad a través de engaños.

O como lo define **s.N (2007)** que establece que:

“La libertad sexual representa el plano de la voluntad o el albedrío allanado, en tanto la indemnidad sexual, garantiza el derecho o la garantía jurídica de no sufrir atropello o trasgresión lesiva en la dimensión sexual protegida apela directamente al puntual quebranto bio-psico-social en que se constituye la

sexualidad en su sentido lato que dicha esfera ha sufrido a través de un acto de violencia [sic]” (p. 41).

La libertad sexual, considerado un bien jurídico que es protegido por nuestra normatividad, busca que ningún tercero trasgreda este derecho a través de la violencia física o psíquica.

1.2.8. Abuso Sexual

En una sociedad en que priman las diversas desigualdades sociales de género, constituyen una de las formas de vulnerabilidad que favorece a que los niños y niñas sean explotados por organizaciones dedicadas a la trata de personas, dicho negocio hoy en día ha tenido una demanda nacional.

Según **García (2006)** indico que:

“La nueva esclavitud es nueva, no solo por su prohibición legal sino por sus causas y especialmente, por las nuevas formas de llevarla a cabo [sic]” (p. 7).

Las víctimas de este abuso sexual son hacia el género femenino, en especial hacia los menores de edad y que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad y pobreza extrema.

Según **Montero, (2009)**

“El género es una de las divisiones que establece jerarquías desigualitarias en nuestras sociedades consideradas avanzadas lamentablemente por varias: la etnia, la clase social, la

procedencia. En sí mismas, estas jerarquías ya son violencias, en muchos casos más sangrantes que las violencias físicas, por cuanto de permanentes en el tiempo y por cuanto invisibles son las barreras que las generan [sic]” (p. 188).

Es así que en la explotación sexual intervienen diversos factores así como los explotadores o tratantes sexuales tienen en cuenta diversas causas como es el género femenino y en especial hacia menores de edad, ya que no pueden ejercer de manera plena sus derechos fundamentales.

Según considera situaciones de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, su estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Esta vulneración que se da en la explotación sexual infantil comprende diversas modalidades, como si, la prostitución infantil, que es sometimiento del cuerpo y la voluntad de las víctimas, despojándolas de sus más elementales de derechos humanos.

También es el caso pornografía infantil, es la utilización de niños, como fotografías, o películas, en las que se los as, para producir material pornográfico, como es el caso de fotografías o videos, en la que se muestren actividades sexuales, en las que se muestren parte intimas del cuerpo.

O la trata de niños o niñas con propósitos sexuales, que es el traslado ilegal de venta de niños, para que estos sean usados como un objeto sexual, dicho traslado es a través de engaños o mentiras en el que se le ofrece al menor una vida mejor.

1.2.9. Trata de Niñas Para Explotación Sexual

Al hablar de la trata de niñas se suele confundir con el tráfico de personas, pero que ambas son términos muy diferentes ya que el tráfico de personas, es el transporte que se realiza de manera ilícita de los diversos emigrantes mientras que la trata de personas se puede llegar a conceptualizar como el transporte, el reclutamiento

Calceta, (2000) afirma que el la trata de personas es:

El movimiento ilícito y clandestino de personas a través de las fronteras nacionales e internacionales, principalmente de países en desarrollo y algunos países con economías en transición, con el fin último de forzar a mujeres y niñas a situaciones de opresión y explotación sexual o económica, en beneficio de proxetas, tratantes y bandas criminales organizadas, así como otras actividades ilícitas relacionadas con la trata de mujeres, por ejemplo, el trabajo doméstico forzado, los matrimonios falsos, los empleos clandestinos y las adopciones fraudulentas.
(pág. 297)

Esta trata de personas, es considera un delito que ha sido reconocido y tipificado como delito en lo largo de nuestro tiempo, como es el caso de nuestro Código Penal en el artículo 153. Que tipifica el delito de trata de personas.

1.2.10. Derechos Humanos

Los derechos humanos son aquellos que incluyen tanto derechos como obligaciones; asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos. “La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos; en el plano individual, así como debemos hacer respetar nuestros derechos humanos, también debemos respetar los derechos humanos de los demás [sic]” (Castellano 2004).

I. Características generales de los derechos humanos

(<http://derechoshumanosugma>)

Los derechos humanos tienen determinadas características, iguales en todas partes del mundo, como son las siguientes:

- a. Son innatos y congénitos, porque todos los seres humanos nacemos con ellos.

- b. Son universales, en cuanto se extienden a todo el género humano en todo tiempo y lugar.
- c. Son absolutos, porque su respeto se puede reclamar indeterminadamente a cualquier persona o autoridad.
- d. Son necesarios porque su existencia deriva de la propia naturaleza del ser humano.
- e. Son inalienables, porque pertenecen en forma indisoluble a la esencia misma del ser humano.
- f. Son inviolables, porque ninguna persona o autoridad puede actuar legítimamente en contra de ellos, salvo las justas limitaciones que pueden imponerse a su ejercicio, de acuerdo con las exigencias del bien común de la sociedad.
- g. Son imprescriptibles, porque forman un conjunto inseparable de derechos.

Es importante resaltar también, que la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, reconoció un principio básico como derecho humano, que es el derecho de toda persona a mejorar económica, social y culturalmente.

1.2.11. Convención sobre los derechos del Niño

Los derechos de la infancia están plenamente estipulados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Elaborada durante 10 años con las aportaciones de representantes de diversas sociedades, culturas y religiones, la Convención fue aprobada como tratado internacional de derechos humanos el 20 de noviembre de 1989. La Convención sobre los Derechos del Niño se ha utilizado en todo el mundo para promover y proteger los derechos de la infancia.

EXPLORACIÓN SEXUAL

Es derecho del niño ser protegido de la explotación y abuso sexuales, incluyendo la prostitución y su utilización en prácticas pornográficas.

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

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

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía¹

Reconociendo que algunos grupos especialmente vulnerables, en particular las niñas, están expuestos a un peligro mayor de explotación sexual, y que la representación de niñas entre las personas explotadas sexualmente es desproporcionadamente alta, Preocupados por la disponibilidad cada vez mayor de pornografía infantil en la

Internet y otros medios tecnológicos modernos y recordando la Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en la Internet (Viena, 1999) y, en particular, sus conclusiones, en las que se pide la penalización en todo el mundo de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda de este tipo de pornografía, y subrayando la importancia de una colaboración y asociación más estrechas entre los gobiernos y el sector de la Internet.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño; como doctrina de la protección integral, sirve de sustento al instrumento internacional más importante en materia de derechos humanos relativos a la niñez, adoptada en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el 20 de noviembre de 1989, diez años después que se conformó el Grupo de Trabajo Abierto que redactó el proyecto.

¹ Asamblea General – Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000

En atención a la protección primordial y superior de la infancia, los consagrados por la convención son “derechos específicos” con el fin de reforzar los derechos otorgados a los seres humanos en general, cuando se trata de aplicarlos a niños y adolescentes, adecuándolos a su proceso de desarrollo. En otras palabras se reconoce no menos derechos de los establecidos para los seres humanos en general, pero reforzados, dada la especial protección de sus destinatarios.

Suscrita la Convención por nuestro país, en agosto de 1990, fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico interno, de conformidad con el Art. 105 de la entonces vigente Constitución de 1979. Nuestra legislación tuvo que ser modificada plasmándose el cambio en el primer Código de Niños y Adolescentes, vigente desde junio de 1993.

Debe destacarse, que no obstante lo precisado, el texto de la convención debe entenderse como un marco mínimo y flexible, respecto a la legislación interna del país u otros textos internacionales, como lo consagra el Art. 41° que establece que: Nada de lo dispuesto en ella afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en el derecho interno de un Estado parte, o el derecho internacional vigente en dicho Estado.

1.3. Marco Legal

1.3.1. Constitución Política del Perú

Artículo 1.- Defensa de la persona humana: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona: Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.
2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

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

20 a ser atendido por la autoridad competente

24. b, que señala libertad y seguridad personales y el artículo

24, d.- Nadie puede ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley...”

24. h, que nadie puede ser víctima de violencia moral.

1.3.2. Código Penal

Artículo 173°.- violación sexual de menor de edad: El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.
3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

Si el agente tuviere alguna posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua.

Artículo 179°.- Favorecimiento a la prostitución: El que promueve o favorece la prostitución de otra persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

La pena será no menor de cinco ni mayor de doce años cuando:

1. La víctima es menor de dieciocho años.
2. El autor emplea violencia, engaño, abuso de autoridad, o cualquier medio de intimidación.
3. La víctima se encuentra privada de discernimiento por cualquier causa.
4. El autor es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o es cónyuge, concubino, adoptante, tutor o curador o tiene al agraviado a su cuidado por cualquier motivo.
5. La víctima ha sido desarraigada de su domicilio habitual con la finalidad de prostituirla o está en situación de abandono o de extrema necesidad económica.
6. El autor haya hecho del proxenetismo su oficio o modo de vida.
7. El agente actúa como integrante de una organización criminal² (Modificatoria de la Ley N° 30077, publicada el 20 de agosto de 2013)

² Modificatoria de la Ley N° 30077, publicada el 20 de agosto de 2013.

1.3.3. Ley 27942. Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual

Artículo 1.- Del Objeto de la Ley La presente Ley tiene por objeto prevenir y sancionar el hostigamiento sexual producido en las relaciones de autoridad o dependencia, cualquiera sea la forma jurídica de esta relación.

Artículo 4.- Concepto El Hostigamiento sexual Típico o Chantaje Sexual consiste en la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual no deseada y/o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad así como sus derechos fundamentales.

1.3.4. Ley N° 28950, Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes

Artículo 1.- Objeto: El presente Reglamento precisa los alcances y la aplicación efectiva de la Ley N° 28950, Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, la que en adelante se denominará la “Ley”. Regula las medidas de prevención de estos delitos, sus factores de riesgo, la persecución a los agentes del delito, la protección, asistencia y reintegración de las víctimas de Trata de Personas y de las y los migrantes objeto de tráfico ilícito; colaboradores, testigos, peritos y sus familiares dependientes, con el objeto de implementar y

desarrollar por parte del Estado peruano, en coordinación con la sociedad civil y la cooperación internacional, las medidas previstas en la Ley.

Artículo 4.- Principios.

4.1 La interpretación y aplicación del presente Reglamento, sin perjuicio de lo establecido en la Constitución Política del Perú e instrumentos internacionales de derechos humanos y los específicos en materia de Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes ratificados por el Estado peruano, se orientará por los principios, enfoques y criterios contenidos en la presente norma.

4.2 Las entidades que se encuentran bajo el ámbito de la Ley y del presente Reglamento, así como las instituciones del sector público, privado y los organismos encargados de su implementación, deberán respetar en todas las acciones los siguientes principios:

- a. Respeto a la dignidad y derechos de los seres humanos
- b. No discriminación
- c. Protección integral de la víctima de Trata de Personas
- d. Debida diligencia
- e. Presunción de minoría de edad
- f. Interés Superior de la Niña, Niño y Adolescente
- g. Confidencialidad y privacidad
- h. Equidad
- i. Principio de no devolución

1.3.5. Derecho Comparado

CÓDIGO PENAL ARGENTINO.

Art. 119: Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo, cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso, por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.-

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:

- a. Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima,
- b. El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guardia,

- c. El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio.
- d. El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas.
- e. El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones.-
- f. El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.-

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e), ó f).

Art. 120.- Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado".-

La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias-previstas en los incisos a), b), c), e) ó f) del cuarto párrafo del artículo 119".

Art. 125.- El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión de tres a diez años.-

CÓDIGO PENAL COLOMBIANO.

Art. 208 - Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

Art. 209. Actos sexuales con menor, de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años.

CÓDIGO PENAL FEDERAL DE MÉXICO

Art. 203 BIS. A quien realice cualquier tipo de actos sexuales reales o simulados con una o varias personas menores de dieciocho años de edad, o con una o varias personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o con una o varias personas que no tienen capacidad para resistirlo, en virtud del turismo sexual, se le impondrá una pena de doce a dieciséis años de prisión y de dos mil a tres mil días multa, asimismo, estará sujeto al tratamiento psiquiátrico especializado.

CÓDIGO PENAL DE VENEZUELA.

Art. 379.- El que tuviere acto carnal con persona mayor de doce y menor de dieciséis años; o ejecutare en ella actos lascivos, sin ser su ascendiente, tutor ni institutor y aunque no medie ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 375, será castigado con prisión de seis a dieciocho meses y la pena será doble si el autor del delito es el primero que corrompe a la persona agraviada.

El acto carnal ejecutado en mujer mayor de dieciséis años y menor de veintiuno con su consentimiento, es punible cuando hubiere seducción con promesa matrimonial y la mujer fuere conocidamente honesta; en tal caso la pena será de seis meses a un año de prisión.

Se considerará como circunstancia agravante especial, en los delitos a que se contrae este artículo, la de haberse valido el culpable de las gestiones de los ascendientes, guardadores o representantes legales u otras personas; encargadas de vigilar la persona menor de edad o de los oficios de proxenetas o de corruptores habituales.

CÓDIGO CHILENO

Art. 361 La violación de una mujer será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo; a presidio mayor en su grado medio. Se comete violación yaciendo con la mujer en alguno de los casos siguientes:

1. Cuando se usa de fuerza o intimidación.
2. Cuando la mujer se halla privada de razón o de sentido por cualquier causa.

3. Cuando sea menor de doce años cumplidos, aun cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores. En el caso del número 3.º del inciso anterior, la pena será de presidio mayor en su grado medio a máximo.³

Art. 362 Los delitos de que trata este párrafo se consideran consumados desde que hay principio de ejecución.

CÓDIGO PENAL BOLIVIANO

Art. 308º.- (VIOLACIÓN). El que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo, incurrirá, en privación de libertad de cuatro a diez años, en los casos siguientes:

1. Si se hubiere empleado violencia física o intimidación.
2. Si la persona ofendida fuere una enajenada mental o estuviere incapacitada, por cualquier otra causa, para resistir.

Sí la violación fuere a persona menor que no ha llegado a la edad de la pubertad, el hecho se sancionará con la pena de diez a veinte años de presidio; y si como consecuencia del hecho se produjere la muerte de la víctima, se aplicará la pena correspondiente al asesinato.

1.4. Investigaciones

Peña Daniel (2009) en su investigación titulada “Pluricausalidad Criminológica en los Delitos Contra la Libertad Sexual: Violación de Menor, Artículo 173 del Código Penal”: Caso 38º Juzgado Penal (Reos en Cárcel) Distrito Judicial de Lima. En el Periodo Histórico (2000 - 2005)” concluye:

- a) El biologismo postulaba inicialmente la existencia del llamado “delincuente nato”, al que se refirió el médico y antropólogo italiano Cesare Lombroso (1836-1909). Esta teoría en el tiempo fue ampliamente rebatida y luego replanteada a base nuevas formulaciones, entre ellas la importancia que tendrían los estudios sobre la impulsividad que caracterizan a algunas personas. Se pensó, en ese entonces, que la constitución física y determinadas características permitían signos de agresividad en ciertos sujetos. Investigaciones posteriores sobre su etiología, incidieron en que no se trataba de individuos indebidamente agresivos, sino que se hallaban frecuentemente sometido a influencias ambientales. En ese sentido, estudios sociales destacan la importancia del ambiente en el individuo; escasas oportunidades de desenvolvimiento social, fácil acceso a lugares de moralidad relajada, ambiente muchas veces desfavorable del hogar, relaciones interpersonales y etapas de crisis que atraviesan nuestras sociedades. Se sostiene que todos esos elementos o situaciones coadyuvan el surgimiento de la criminalidad (p. 165).
- b) La Pluricausalidad Criminógena de los condenados por el delito contra la libertad sexual: Violación de menor, la encontramos en el campo de la ciencia médica, lo que justifica en consecuencia el abordaje multidisciplinario de su enfoque, canalizándolo a través de operaciones periciales que procuren un dictamen científico sobre la posibilidad de que en el futuro el agente repita su comportamiento sexualmente delictivo, otro límite sería el tema de la readaptación social del sentenciado por los referidos ilícitos penales basado en la pericia médico legal que pronostique en forma individualizada y favorable su posible reinserción social.

Diversos proyectos legislativos sólo atienden la problemática desde el punto de vista de incremento de la pena como prevención especial negativa, sintonizando su perspectiva con el reclamo social de la búsqueda de mecanismos de prevención de la recurrencia criminal o de soluciones definitivas y aún drásticas para el tratamiento de los autores de estos delitos, situación que se recrudece cuando las crónicas periodísticas dan cuenta de algún caso “aberrante” reciente, olvidando que se trata de una realidad multifactorial que es necesario afrontar científicamente con el ánimo de medirla (p. 165, 166).

- c) La violencia sexual de los delincuentes pedófilos, formaría parte de un cuadro más amplio de conductas antisociales al decir que innumerables agresores sexuales serían también delincuentes en otros delitos: Contra el patrimonio, contra la vida el cuerpo y la salud, contra la salud pública, etc., representando un patrón de conductas violentas propio de las subculturas delictivas o de violencia (p. 167).

- d) En cuanto al tratamiento de los agresores sexuales, los especialistas coinciden en que el fracaso del ideal terapéutico es muy elevado. Es decir, el tratamiento no es fácil y se naufraga por varios factores que deben ser superados para poder hablar de eficacia: Entre ellos porque no suele ser voluntario y presenta dificultades técnicas muy graves. No hay protocolos, los violadores de menores de edad a menudo son muy distintos unos de otros, etc. Por lo tanto habrá que contribuir a que asuman que tienen un verdadero problema, una sexualidad destructiva para los demás, sino

también para ellos mismos, entrenarlos en la aceptación de valor que incluyan la ética aplicada a la sexualidad (p. 168).

- e) En plano jurisdiccional verificamos dificultades en la sustanciación de los procesos contra la libertad sexual: violación de menor y en los aspectos relativos a su defensa, en primer término por las diversas modificaciones que ha sufrido el artículo 173 del Código Penal, el limitado número de personal jurisdiccional que agrava el problema, la excesiva carga procesal que soportan los juzgados y Salas Penales y a esto se suma las restricciones en el presupuesto a los órganos jurisdiccionales, y en segundo aspecto por la insuficiencia de recursos económicos con que cuenta el procesado y las limitaciones logísticas que posee el Ministerio de Justicia con respecto al número de Abogados de Oficio que se desempeñan en los juzgados y Tribunales penales. De otro lado en las resoluciones judiciales, como hemos podido verificar no se examina exhaustivamente los aspectos bio-psico sociales del agente, ya que a menudo los medios de comunicación ejercen influencia mediática en el pronto castigo de los referidos transgresores sexuales, y el restringido 170 conocimiento por parte de los jueces penales de la realidad multifactorial, agravándose dicha situación con el actual panorama legislativo que consagra penas severas, hasta cadena perpetua, contraponiéndose a lo preceptuado en la Constitución Política del Estado en su artículo 139, inciso 22: “El principio del régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”; concordante con el artículo II del Código de Ejecución penal (D.Leg.654): “La ejecución penal tiene por

objeto la rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. (p. 169).

Betancourth Zaida (2010) en su investigación titulada “Las Paradojas de la Explotación Sexual Estudio de Caso: Centro Histórico de Quito (Ecuador)”.
Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Sede Ecuador

- a) La explotación sexual habla del desarrollo social y cultural de una sociedad, pues como ninguna otra problemática evidencia y concentra una serie de insuficiencias institucionales y sociales, que, por tanto, ameritan una mirada preventiva antes de la explotación sexual. La explotación sexual está ligada a la pobreza y expresa una serie de violaciones de derechos humanos fundamentales que sufren las niñas y adolescentes por un Estado ausente en forma reiterativa, que no ha cubierto sus más elementales necesidades (salud, educación, alimentación) y tampoco los protege de abusos sexuales al interior de su familia (incesto y violaciones) y en el ámbito público.

- b) El Estado ecuatoriano no garantiza los derechos de las niñas y adolescentes y que esta no observancia, las vulnerabiliza hacia la explotación sexual. En ese sentido, los testimonios refieren la existencia de una familia que las abandona y no les da elementos para su desarrollo integral. Sin embargo, llama la atención que aún cuando la familia no sólo brinda elementos para el desarrollo integral de las jóvenes y están más bien relacionadas con estrategias de explotación; las propuestas gubernamentales y públicas insisten en la inserción de las víctimas a las familias.

- c) Las jóvenes se emplean en trabajos que las explotan sin que el Estado pueda controlar estos fenómenos, el trabajo doméstico en muchas de las entrevistadas es una puerta de entrada a la explotación sexual.
- d) El Estado no tiene un papel fundamental, ya que el marco jurídico y de políticas públicas no ha desarrollado capacidad intersectorial para resolver la protección de la víctimas y la reparación de sus derechos, de hecho las pocas casas que existen en el país para atención especializada son apenas dos, de las cuales una está en 113 la mitad del mundo en manos de organizaciones no gubernamentales, que enfrentan resistencias, dificultades y contradicciones para brindar soluciones integrales y eficaces que ayuden a que las víctimas cambien sus condiciones que propiciaron su inserción en la explotación sexual.
- e) Las jóvenes explotadas sexualmente se camuflan como adultas, esconden su edad y tienen cédulas de identidad que les asignan su mayoría. Este hecho revela la corresponsabilidad social y del Estado en la construcción de redes.

Delgado W. (2015) en la tesis titulada “Teoría del Error en el Delito de violación sexual de menores, provincia de Huancavelica Huánuco – Perú” concluye:

“Está comprobado que los operadores del proceso (jueces, fiscales y vocales) no aplican en los procesos penales a su cargo los aspectos dogmáticos de la teoría del error en sus variantes de error de tipo, error de prohibición y error de comprensión culturalmente condicionado, en los casos por violación sexual de

menor cuando el agente actúa con desconocimiento o conocimiento equivocado del algún elemento del tipo objetivo o que su hecho estaba prohibido o que dada su cultura es normal tener prácticas sexuales a temprana edad. Asimismo desprotegen derechos fundamentales y vulneran garantías procesales que consagra la Constitución Política en su artículo 139” (p. 90).

Rivera Diana (2014: 157) en su investigación titulada “Directrices para la prevención de la trata con fines de explotación sexual de la niñez en educación básica” concluye:

- a) El delito de trata de personas es una figura sumamente compleja debido a los factores que confluyen en esta actividad, lo cual ha originado algunas problemáticas como la gran confusión el tráfico ilícito de personas; o la complejidad que se les presenta a los operadores jurídicos para integrar el tipo penal y la poca sistematización de estadísticas y datos confiables que nos acerquen a la realidad del problema.
- b) Pese a los inconvenientes descritos en el párrafo que antecede, se sabe que la explotación sexual es la modalidad más extendida a nivel mundial y con vergüenza y estamos al tanto que mujeres, niñas y niños menores de 13 años de edad representan el grupo más afectado por este delito.
- c) Una parte de la humanidad ha ido incrementando su grado de violencia y crueldad, así como de los medios para poder llevar a cabo sus ruines propósitos, han ido cambiando las formas de apropiarse de los cuerpos de otras y los motivos por los que lo hacen. En vista de ello se ha ido modificando también el lenguaje en torno a la explotación sexual que antes

solamente se creía que perseguía un fin lucrativo, pero la práctica ha demostrado que no siempre es así.

- d) Las niñas y niños víctimas del delito de Trata con Fines de Explotación Sexual (TFESN) experimentan casi todos los tipos de maltrato y violencia y por ser menores de 18 años se les vulneran un cúmulo de derechos relacionados con su condición de niño o niña, además de que las consecuencias que padecen en ocasiones se pueden extender a lo largo de toda su vida.
- e) Las niñas y niños víctimas del delito de Trata con Fines de Explotación Sexual (TFESN) experimentan casi todos los tipos de maltrato y violencia y por ser menores de 18 años se les vulneran un cúmulo de derechos relacionados con su condición de niño o niña, además de que las consecuencias que padecen en ocasiones se pueden extender a lo largo de toda su vida.
- f) Dado que el grupo más afectado por el delito de trata de personas lo constituyen aquellos de 13 a 17 años, se consideró oportuno prevenirles antes de que llegaran a ese rango de edad, por ello se consideró a la niñez entre 8 y 12 años; además de que a esa edad su pensamiento es más estructurado, y hay menos resistencia por parte de los padres y madres para que sus hijos (as) reciban esta información en las escuelas.
- g) En México existe un amplio marco legal que contempla la prevención como una herramienta para combatir el delito en cuestión y en donde se expresa la responsabilidad tanto la Secretaría de Educación Pública así como la

Secretaría de Educación de Gobierno del Estado de incluir dentro de su currícula programas de prevención del delito de trata y es muy importante que se realice cuanto antes esta encomienda ya que la educación es el principal medio de control social en la prevención del delito.

- h) La prevención se presenta no solo como anticipador del crimen sino como un agente posibilitador del cambio de ideologías en futuras generaciones, algunas de las herramientas para posibilitar este cambio son las nuevas masculinidades, la educación sexual integral, ente otras que analizamos y que ya han dado algunos frutos de éxito. Parte de esos frutos pudieron ser percibidos en la experiencia de investigación realizada en Buenos Aires ya que en ese lugar han estado trabajando con ahínco y voluntad política para empoderar a la población de la TFESN.

Hurtado, J (2016: 50) en el trabajo de investigación titulado “El Delito de Violación Sexual de Menores y la Circunstancia Agravante del Docente Escolar como Agente de la Infracción Punible” concluye:

- a) Los lugares donde se han cometido delitos de violación a menores de edad, son con más frecuentes en las provincias en genera, que en Lima.
- b) De las provincias, La región sierra especialmente en Ayacucho es donde los docentes escolares han cometido los delitos de violación de menores de 14 años de edad más frecuentemente. Por docentes escolares
- c) El porcentaje de mujeres menores de edad agraviadas por el delito de violación sexual es el 90%, y el porcentaje de hombres menores de edad por el delito de violación sexual es del 10%.

- d) Quedan demostradas las hipótesis planteadas en esta investigación
- e) Se concluya que en la sierra del Perú, no solamente es la región más atrasada del país, sino también es donde ocurre la mayor incidencia de casos de violación sexual de menores” (p. 50).

1.5. Marco Conceptual

Abuso sexual: comprende cualquier forma de contacto sexual con fuerza o intimidación, cuando la persona se halle privada de razón o sentido, o sea menor de 12 años. Los actos en los que se puede manifestar el abuso son muy variados, y pueden implicar desde tocamientos obscenos hasta la penetración.

Abuso sexual infantil: El abuso sexual a menores puede realizarse desde dos ópticas: “la jurídica y la psicológica, que no siempre coinciden, por cuanto la valoración jurídica de esas conductas sexuales está condicionada por el criterio objetivable del grado de contacto físico entre los órganos sexuales de agresor y víctima, algo que no necesariamente correlaciona con la variación en el grado de trauma psicológico [sic]” (Lameiras 2002: p. 61).

Acción Penal: Es el poder jurídico de iniciar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de Derecho Penal, al mismo tiempo que el conjunto de trámites destinadas al progreso de la causa hacia la obtención de una sentencia. (Cabanellas

Agresividad: Instancia Psíquica que engloba los impulsos destructivos del individuo, siendo experimentado por un sentimiento de pérdida o frustración.

Condenado: Sujeto contra quien se ha pronunciado sentencia condenatoria, en causa criminal, imponiéndole una pena. Es la persona, en quien ha recaído la consecuencia jurídica del delito.

Criminología: “Estudio que incluye todo el conocimiento necesario para la comprensión y la prevención del delito, el castigo y el tratamiento de los delincuentes y criminales [sic]” (Taft, 1957; citado en Wilson, 2015, p. 74).

Delito: el delito es el “acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal [sic]” (Castellanos 2007: p. 125)

Derechos Humanos: “Los derechos humanos son derechos subjetivos, son expectativas formadas en todas las personas en relación con la acción u omisión de los Estados, las empresas, los poderes fácticos y del resto de las personas respecto a ciertos bienes primarios constitutivos de lo que se considera la dignidad humana [sic]” (Ferrajoli 2006: p. 33).

Imputado: Es el sujeto procesal con papel central, protagónico en el proceso, y tan indispensable en la relación procesal como el juez y el fiscal. El imputado es la persona contra quien se dirige la pretensión represiva del Estado. Según la doctrina, el imputado es la persona capaz que tiene la condición de sospechoso de un hecho considerado ilícito, por lo que sufre la persecución del estado.

Intimidación: es el acto de amenazar, asustar y atemorizar a otro individuo. La intimidación es un mecanismo natural de supervivencia presente en los seres humanos, sale relucir positivamente cuando se enfrenta a la muerte, tratando de evadirla con la intimidación [sic]” (<http://conceptodefinicion.de/intimidacion>).

Jurisprudencia: La jurisprudencia es una fuente del derecho, compuesta por los “actos pasados de los que ha derivado la creación o modificación de las normas jurídicas. Por eso, en ocasiones, se dice que un cierto caso “ha sentado jurisprudencia” para los tribunales de un país [sic]” (Cevallos 2010: p.9).

Legalidad: Se puede adquirir certeza acerca de un hecho litigioso por cualquier medio de prueba. Los medios de prueba se pueden agrupar en medios documentales, medios de información, medios por declaración, medios por investigación; por último, si bien los indicios pueden constituir elementos que pueden integrarse como pruebas, requieren una operación lógica que no es un medio de prueba, sino que lleva a la presunción (Gandulfo 2009: p. 90).

Menor De Edad: Estado civil de la persona sujeta a la patria potestad o la tutela por encontrarse en incapacidad de ejercer sus derechos por sí mismos. Dícese de aquellas personas que no han cumplido los 18 años de edad conforme lo establece la Constitución Política del Perú.

Periodicidad de la violencia: “Regularidad con la que se presentaron las situaciones de violencia en la pareja durante los últimos 12 meses [sic]” (Bonaccorsi y Carmen 2008).

Prueba: Acción y efecto de probar. Las pruebas, por lo tanto, “son los ensayos que se hacen para saber cómo resultará algo en su forma definitiva, o los argumentos y medios que pretenden demostrar la verdad o falsedad de algo [sic]” (Valderrama 1983).

Pena: La pena es la “primera y principal consecuencia jurídica del delito directa del principio de legalidad, de ahí su importancia en el entendido que se

trata de una institución que constituye uno de los pilares fundamentales dentro del Sistema Penal, en efecto, la pena es un instrumento de control estatal [sic]” (De León 2009: p. 42).

Política Criminal: Es una de las disciplinas que se relaciona con el Derecho Penal. Modernamente se limita su campo de acción a los medios de combatir el delito después de cometido, a la tarea legislativa contra las críticas de las leyes penales existentes y a la propensión de la reforma de las mismas. El Estado, es quien traza, supervisa y ejecuta ésta política criminal, teniendo, en cuenta las consideraciones específicas de un Estado.

Principios: los principios son “mandatos óptimos, puesto que prescriben algo a realizar, pero a realizar de forma gradual, en mayor o en menor medida [sic]” (R. Alexy 1995: p. 71)

Prostitución: término prostitución surgen tres pensamientos velozmente: la idea de vender el cuerpo por dinero; la idea de que es una mujer quien vende y un hombre quien demanda; la idea de mala reputación o estigma asociada a las personas que hacen este tipo de transacciones (Musto & Trajtenberg 2011 p. 139).

Procesado: Es aquel contra el cual se ha dictado auto de procesamiento, por la pruebas e indicios existentes o supuestos contra él y que como presunto reo, comparecerá ante el Juez o Tribunal, que lo deberá absolver de no encontrarlo culpable o imponer la pena correspondiente al acreditar su responsabilidad. Culmina la condición de procesado, cuando se emite el pronunciamiento final, es decir, con la sentencia.

Proceso: Significa avanzar una trayectoria, siendo el conjunto de actos coordinados y sistemáticamente regulados por la ley procesal estableciendo un orden preclusivo, ligado entre sí. Instrumento del debido proceso en un ordenamiento jurídico, por el cual las partes y el Estado, poseen mecanismos a través de los códigos procesales, para actuar según regularizaciones con las formas, plazos y recursos para ser atendidos oportunamente.

Víctima: es “la persona sobre quien recae la acción criminal o sufre en sí misma, en sus bienes o en sus derechos, las consecuencias nocivas de dicha acción [sic]” (Fairchild 1980: 311).

Violencia: “la violación de la integridad de la persona “, la cual “suele ejercerse cuando interviene la fuerza física o la amenaza de su uso, pero también cuando se actúa en una secuencia que causa indefensión en el otro”, por lo que este autor la considera un proceso en el que participamos todos y no un simple acto cuyo fin es la afirmación del “dominio” a través del cual busca el “control” de la presencia y las condiciones del estar, así como hacer del otro un medio considerándolo como propio y operando siempre sobre el “estar” del sujeto [sic]” (Vidal 2008 p. 17).

Violencia Sexual: aquella que se manifiesta con agresiones a través de la fuerza física, psíquica o moral, rebajando a una persona a condiciones de inferioridad, para implantar una conducta sexual en contra de su voluntad. Este es un acto cuyo objetivo es someter el cuerpo y la voluntad de la víctima; La violencia sexual puede ser: física, mediante el acto sexual, tocamientos, etc. (<http://conceptodefinicion.de/violencia-sexual>)

CAPITULO II:

EL PROBLEMA, OBJETIVOS, HIPÓTESIS Y VARIABLES

2.1 Planteamiento del Problema

2.1.1 Descripción de la Realidad Problemática

El problema de investigación planteado en el presente trabajo, surgió al analizar el pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional del Perú, en el proceso de inconstitucionalidad promovido respecto de los alcances artículo 173, inciso 3 del Código Penal, modificado por ley N° 28704, donde mediante interpretación constitucional se despenalizó el delito de violación sexual de menores de edad de 14 años y menos de 18, dando lugar a la disyuntiva de establecer si el pronunciamiento del Tribunal Constitucional incide en el aumento de la Prostitución Infantil y la Trata De Personas.

El delito de violación sexual en agravio de menores es un hecho que en todas las esferas de la sociedad es rechazado, lamentablemente es un acto que con frecuencia sufren los menores, que por su indefensión son

más vulnerables a este delito, por tanto es necesario que desde el marco normativo debe establecerse los mecanismos más apropiados para el bienestar de los menores, a fin que de los autores de estos ilícitos penales reciban la sanción respectiva, respetando desde todo punto de vista los principios reconocidos en el marco constitucional.

Por otro lado, la prostitución infantil constituye un flagelo mundial, siendo en nuestro país un tema relevante para el Estado vulnerable, debido a la precaria situación económica que aqueja a las diferentes regiones del territorio patrio, y es en donde la criminalidad organizada se aprovechó de ello para fomentar la trata de personas y la prostitución infantil específicamente

En tal sentido, la presente tiene como propósito el de establecer la manera en que incide la declaración de Inconstitucionalidad del Delito de violación sexual previsto en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal por parte del Tribunal Constitucional (Exp. N° 0008-2012-PI/TC) en la lucha contra la prostitución infantil.

2.1.2 Antecedentes Teóricos

Evidentemente que uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es la libertad sexual. En efecto, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional “las relaciones amorosas y sexuales se hallan bajo el ámbito de protección del derecho

al libre desarrollo de la personalidad”, se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y realización de la vida privada de una persona, propia de su autonomía y dignidad.

La Convención sobre los Derechos del niño, aprobada mediante Resolución Legislativa N.º 25278 de fecha 3 de agosto de 1990, a tenor de la obra de Martínez (2010), establece lo siguiente: “artículo 1: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, y artículo 6º: “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”, y “2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

El artículo 5º de dicha convención prevé que “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”; lo cual en términos de la Defensoría del Pueblo, se encuentra vinculado fundamentalmente al principio de evolución de facultades del niño y del adolescente, el mismo que “ocupa un lugar central en la búsqueda del equilibrio entre el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como protagonistas activos de su propia

vida y la necesidad de recibir protección en correspondencia con su situación de vulnerabilidad, en la medida que las personas menores de edad, especialmente los y las adolescentes, siguen siendo vulnerables a la agresión sexual”.

La Política Criminal es la formulación de principios y valores que debe adoptar el Estado para la aplicación del derecho penal. También comprende la selección de los medios para criminalizar o no una conducta. Igualmente le corresponde hacer un seguimiento de las alternativas legislativas adoptadas para verificar si coinciden con las exigencias cambiantes de la realidad social, con los principios y valores adoptados, para medir su eficacia o no; caso contrario, modificar o derogar la ley penal.

Se entiende, también, que aun cuando el consentimiento del menor sea manifiesto o aparente, se trata de abuso sexual, pues en toda relación que involucre un menor, existe una relación desigual de uso de poder, ya que el niño o niña carecen de desarrollo emocional cognoscitivo y físico para poder tomar una decisión de esta naturaleza, millones de niños en el mundo sufren de abuso sexual. Hay que hablar de ello y poner fin a esta tragedia infantil. El daño emocional y psicológico a largo plazo puede ser destructivo. El abuso sexual a los niños puede ocurrir en la familia, a manos de un padre, un padrastro, hermano u otra persona (Castillo 2002).

En consecuencia la contravención de la despenalización del delito de violación sexual de menor de edad, consiste en determinar si la

intervención en el ámbito normativo del derecho fundamental se encuentra justificada, tanto desde una perspectiva formal como material; dado que los derechos fundamentales, por regla general, no tienen la condición de derechos absolutos. Una intervención en el ámbito prima facie garantizado por el derecho no puede considerarse como sinónimo de violación del mismo.

Tal situación jurídico-constitucional sólo se producirá si, en relación con el específico derecho fundamental de que se trate, se observa que no se han respetado las diversas exigencias que la Constitución establece como criterios de justificación para su intervención.

El legislador, por tanto, contará con una línea de proyección cuando requiera modificar la norma penal en todos sus ámbitos, mejorando no sólo los niveles de aplicación de la norma, sino también generando una mejor situación de estabilidad legal, propia de un Estado de Derecho Democrático.

Situaciones particulares, de modificaciones legislativas para casos puntuales impiden ver una Política de Estado uniforme, centrada y sobre todo coherente con los postulados de defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, por ello coincidimos con Zaffaroni (2007), cuando nos refiere que es necesario que los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Ministerio Público y sobre todo el Legislativo, tengan niveles de coordinación interinstitucional para efectos de modificar una ley penal cuando sea necesaria y hacerla bajo los parámetros de exigibilidad social.

2.1.3 Definición del Problema

2.1.3.1 Problema General

¿De qué manera incide la declaración de Inconstitucionalidad del Delito de violación sexual previsto en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal por parte del Tribunal Constitucional (Exp. N° 0008-2012-PI/TC) en la lucha contra la prostitución infantil?

2.1.3.2 Problemas Secundarios

- a. ¿De qué manera incide la despenalización de relaciones sexuales consentidas en menores de 18 a 14 años, en la lucha contra la prostitución infantil?
- b. ¿De qué manera incide el reconocimiento del derecho a la libertad sexual de menores de 18 a 14 años en la lucha contra la prostitución infantil?

2.2 Finalidad y Objetivos de la Investigación

2.2.1 Finalidad e importancia

El desarrollo de la investigación tiene por finalidad establecer la manera en que incide la declaración de Inconstitucionalidad del Delito de violación sexual previsto en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal por parte del Tribunal Constitucional (Exp. N° 0008-2012-PI/TC) en la lucha contra la prostitución infantil.

2.2.2 Objetivo General y Específicos

2.2.2.1 Objetivo General

Establecer la manera en que incide la declaración de Inconstitucionalidad del Delito de violación sexual previsto en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal por parte del Tribunal Constitucional (Exp. N° 0008-2012-PI/TC) en la lucha contra la prostitución infantil.

2.2.2.2 Objetivos Específicos

- a) Establecer la manera en que incide la despenalización de relaciones sexuales consentidas en menores de 18 a 14 años en la lucha contra la prostitución infantil.
- b) Establecer la manera en que incide el reconocimiento del derecho a la libertad sexual de menores de 18 a 14 años en la lucha contra la prostitución infantil.

2.2.3 Delimitación de la Investigación

- a) **Delimitación Temporal:** La investigación está delimitada al año enero 2017 a enero 2018.
- b) **Delimitación Espacial:** La investigación fue efectuada el Distrito Judicial y Fiscal de Lima.
- c) **Delimitación Conceptual:** Delito de Violación Sexual, Prostitución Infantil.

2.2.4 Justificación e Importancia

2.2.4.1 Justificación

Justificación Teórica: La presente investigación se justifica teóricamente porque analiza la figura jurídica del Delito de violación sexual que fuera objeto de despenalización vía declaración de inconstitucionalidad de por parte del Tribunal Constitucional.

Justificación Práctica: propone brindar protección los adolescentes que están expuestos a la prostitución infantil y la trata de personas.

Justificación Metodológica: servirá para futuras investigaciones que busquen profundizar la investigación.

2.2.4.2 Importancia

La importancia de la presente investigación se manifiesta, toda vez que se viene vislumbrando a la fecha un alarmante número de denuncias por el delito expuesto en el Art 173° del Código Penal, a su vez este fenómeno social constituye un tema que se encuentra constantemente ha llamado en nuestra sociedad.

2.3 Hipótesis y Variables

2.3.1 Supuestos Teóricos

La causa principal por la cual se aplica se basa en la teoría del fin preventivo especial negativo; toda vez que se pretende amedrentar al delincuente a fines que este no cometa el ilícito en cuestión.

Carrara (...) consideran que la seducción supone el engaño como indispensable esencia; Jiménez de Asúa, parece ser de la misma opinión cuando, al criticar la legislación argentina vigente, manifiesta que la misma “sólo exige para que el acceso carnal sea incriminable, dos referencias al sujeto pasivo: que sea "mayor de doce años y menor de quince, y que se trate de "mujer honesta [sic]” (Amparo Penal Directo 8605/45, México, 1946).

Al tipificar el delito de seducción en el artículo 201, se señalaba “será reprimido con prisión no mayor de 2 años, el que sedujera y tuviera el acto carnal con una joven, de conducta irreprochable, de más de 16 años y menos de 21 años [sic]” (Alcalde, 2007, p. 84).

Figuroa (2014) hace incidencia en la teoría de Freud de 1986 titulada “teoría de la seducción infantil. Esta investigación desencadenó encendidas polémicas por las consecuencias para la vida sexual de los niños, las implicancias para el funcionamiento afectivo al interior de familias y grupos de socialización y suspicacias acerca de las intenciones del comportamiento de adultos y pequeños [sic]” (p. 84)

2.3.2 Hipótesis General

2.3.2.1 Hipótesis General

La declaración de Inconstitucionalidad del Delito de violación sexual previsto en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal por parte del Tribunal Constitucional (Exp. N° 0008-2012-PI/TC) incide negativamente en la lucha contra la prostitución infantil.

2.3.2.2 Hipótesis Específicas

- a) La despenalización de relaciones sexuales consentidas en menores de 18 a 14 años incide negativamente en la lucha contra la prostitución infantil.
- b) El reconocimiento del derecho a la libertad sexual de menores de 18 a 14 años incide negativamente en la lucha contra la prostitución infantil.

2.3.3 Variables e Indicadores

2.3.3.1 Identificación de las Variables

Variable Independiente (VI)

La declaración de Inconstitucionalidad del Delito de violación sexual.

Variable Dependiente (VD)

Lucha contra la prostitución infantil

2.3.3.2 Definición Operacional de las Variables

Variables	Dimensiones	Indicadores
VI: La declaración de inconstitucionalidad del delito de violación sexual	<ul style="list-style-type: none">• Despenalización de relaciones sexuales consentidas en menores de 18 a 14 años.• Reconocimiento del derecho a la libertad sexual de menores de 18 a 14 años	<ul style="list-style-type: none">• Falta de reproche penal riguroso.• Falta de reproche penal simbólico• Manipulación del consentimiento de la menor valiéndose de su inmadurez• Manipulación del consentimiento sometida a relación de dependencia
VD: Lucha contra la prostitución infantil		<ul style="list-style-type: none">• Captación de menores para actividades sexuales a cambio de una remuneración.• Captación de menores para exponerla a la trata de personas.

CAPITULO III:

MÉTODO, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

3.1 Población y Muestra

3.1.1 Población

La población es Finita y está conformado por los 40 jueces penales del Distrito Judicial de Lima, 60 Fiscales penales del Distrito Fiscal de Lima, así como los 600 abogados que laboran en el Distrito Judicial de Lima.

3.1.2 Muestra

Para el cálculo del tamaño de la muestra se utilizó el muestreo aleatorio simple a través de la siguiente fórmula:

$$n = \frac{Z^2 N pq}{E^2 (N-1) + Z^2 pq}$$

Donde:

n = Tamaño de la muestra

N = Población (700)

Z = Nivel de confianza (1.96)

p = Tasa de prevalencia de objeto de estudio

(0.50)

q = (1-p) = 0.50

E = Error de precisión 0.05

Entonces:

$$n = \frac{(1.96)^2 (700) (0.50) (0.50)}{(0.05)^2 (699-1) + (1.96)^2 (0.50) (0.50)}$$

$$n = \frac{672.28}{1.7475 + 0.9604}$$

$$n = \frac{672.28}{2.7079}$$

$$n = 248$$

3.2 Método y Diseño de la Investigación

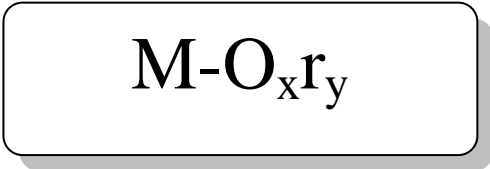
3.2.1 Método de Investigación

La investigación aplicó básicamente el método deductivo descriptivo de las variables.

3.2.2 Diseño de Investigación

El diseño es descriptivo no experimental, es decir no se manipula ninguna variable.

Diseño específico es el siguiente:



M-O_xr_y

Donde:

M = Muestra

O = Observación

x = La declaración de inconstitucionalidad del delito de violación sexual

y = Lucha contra la prostitución infantil

r = índice de correlación

3.3 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

3.3.1 Técnicas de Recolección de Datos

Las principales técnicas utilizadas son las siguientes:

- a) Técnicas de Recolección de Información Indirecta.- Se realizó mediante la recopilación de información como libros, revistas, periódicos escritos, trabajos de investigaciones anteriores y otros.
- b) Técnicas de Recolección de Información Directa.- Este tipo de información se obtuvo mediante la aplicación de encuestas en muestras representativas de la población citada, al mismo tiempo también se aplicó técnicas de entrevistas y de observación directa con ayuda de una guía debidamente diseñada.
- c) Técnicas de Muestreo
 - Muestreo aleatorio simple
 - Determinación del tamaño de la muestra.

3.3.2 Instrumentos

El principal instrumento que se utilizó fue el cuestionario que se aplicó a jueces, fiscales y abogados a abogados especialistas en el área de Lima Metropolitana.

3.4 Procesamiento de Datos

Para el procesamiento de datos se siguió el siguiente procedimiento:

- Cálculo de las frecuencias
- Cálculo de los puntajes obtenidos
- Gráficos respectivos.

3.5 Prueba de la Hipótesis

La prueba de la hipótesis que se utilizó es la prueba chi cuadrado; la que compara la distribución observada de los datos con una distribución esperada de los datos.

CAPITULO IV:

PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

4.1 Presentación de los Resultados

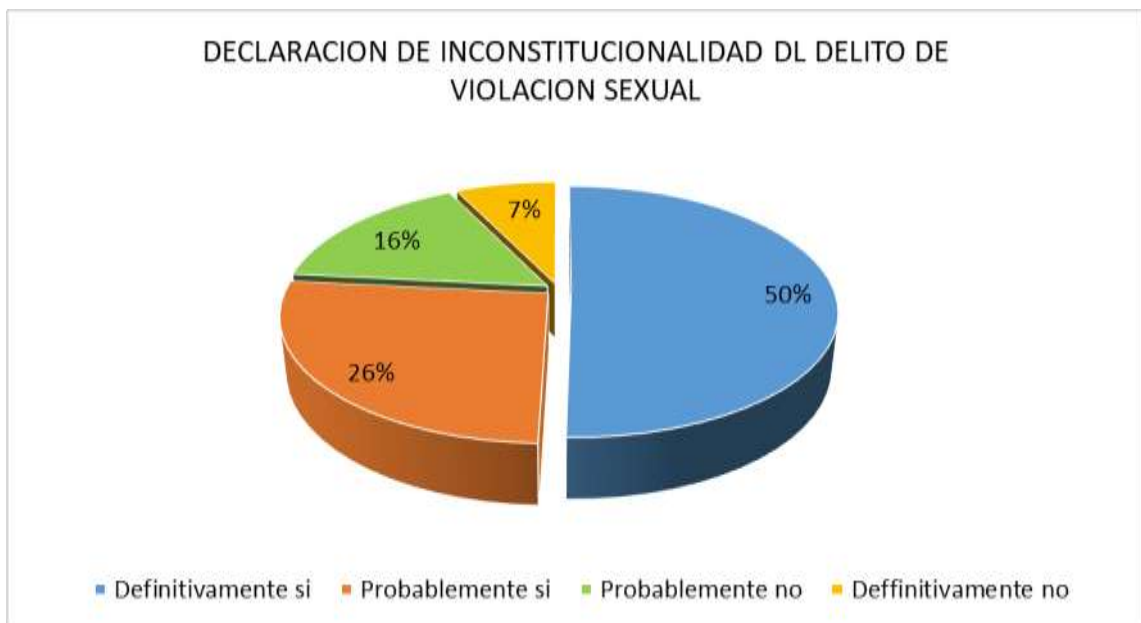
En este capítulo se han presentado los resultados de la encuesta aplicada a los jueces penales, Fiscales penales y 700 abogados del Distrito Judicial de Lima. Los antes mencionados se han presentado entablas y gráficos, los mismos que han sido debidamente interpretados, seguidamente se procedió a la contrastación de las hipótesis y discusión de los resultados, para finalmente plantear las conclusiones y recomendaciones.

Resultados de la encuesta aplicada

Tabla N° 01

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DL DELITO DE VIOLACION SEXUAL		
Respuestas	Nº	%
Definitivamente si	125	50%
Probablemente si	65	26%
Probablemente no	40	16%
Definitivamente no	18	7%
Total	248	100%

Gráfico N° 01

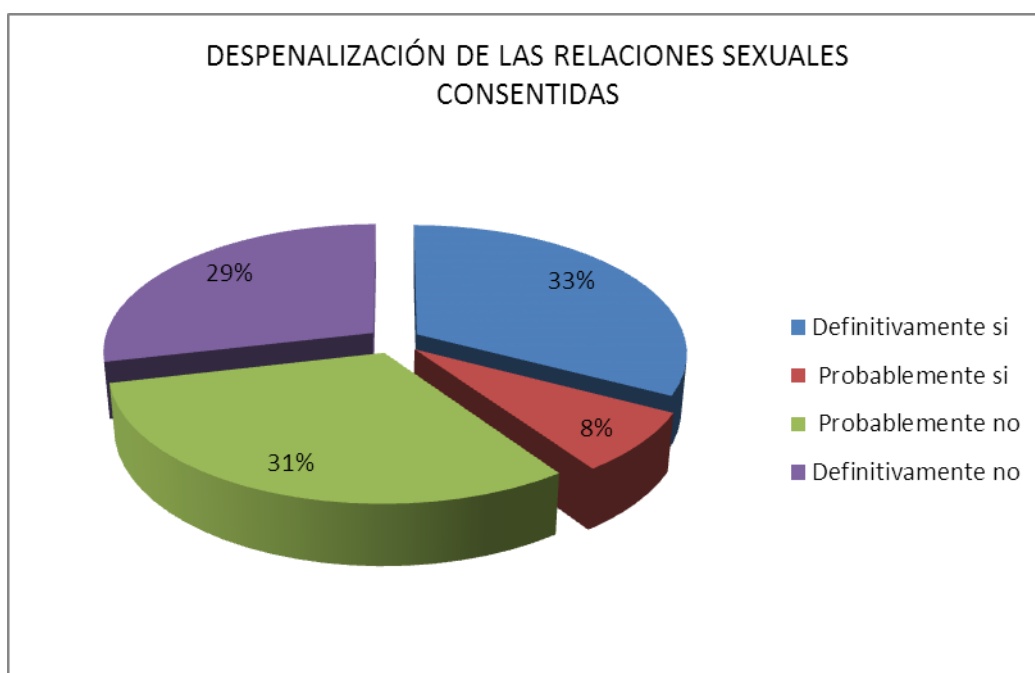


A la pregunta si es que la declaración de inconstitucionalidad del delito de violación sexual de las menores de 14 y menos de 18 años afecta la seguridad de las mismas, el 50% respondió que definitivamente sí, el 26% respondió que probablemente sí, el 16% respondió que probablemente no y el 7% respondió que definitivamente no.

Tabla N° 02

DESPENALIZACIÓN DE LAS RELACIONES SEXUALES CONSENTIDAS		
Respuestas	Nº	%
Definitivamente si	81	33%
Probablemente si	19	8%
Probablemente no	77	31%
Definitivamente no	71	29%
Total	248	100%

Gráfico N° 02

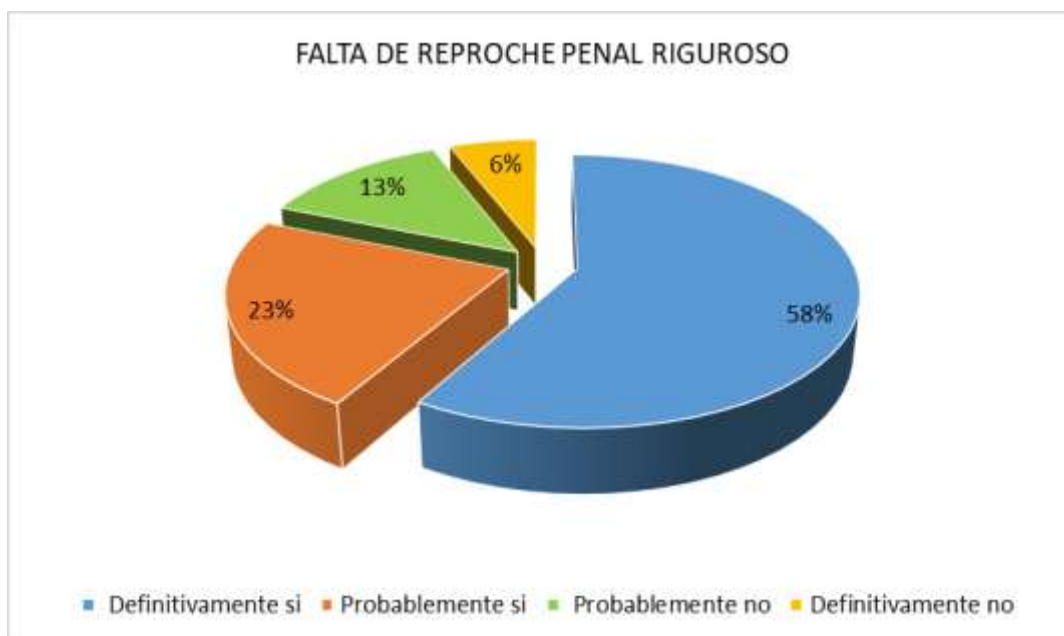


A la interrogante de que si es acertado la despentalización de relaciones sexuales consentidas en menores de 14 y menos de 18 años, el 33% respondió que definitivamente sí, el 31% respondió que probablemente no, el 29% respondió que definitivamente no y el 8% respondió que probablemente sí.

Tabla N° 03

FALTA DE REPROCHE PENAL RIGUROSO		
Respuestas	N°	%
Definitivamente si	145	58%
Probablemente si	56	23%
Probablemente no	32	13%
Definitivamente no	15	6%
Total	248	100%

Gráfico N° 03

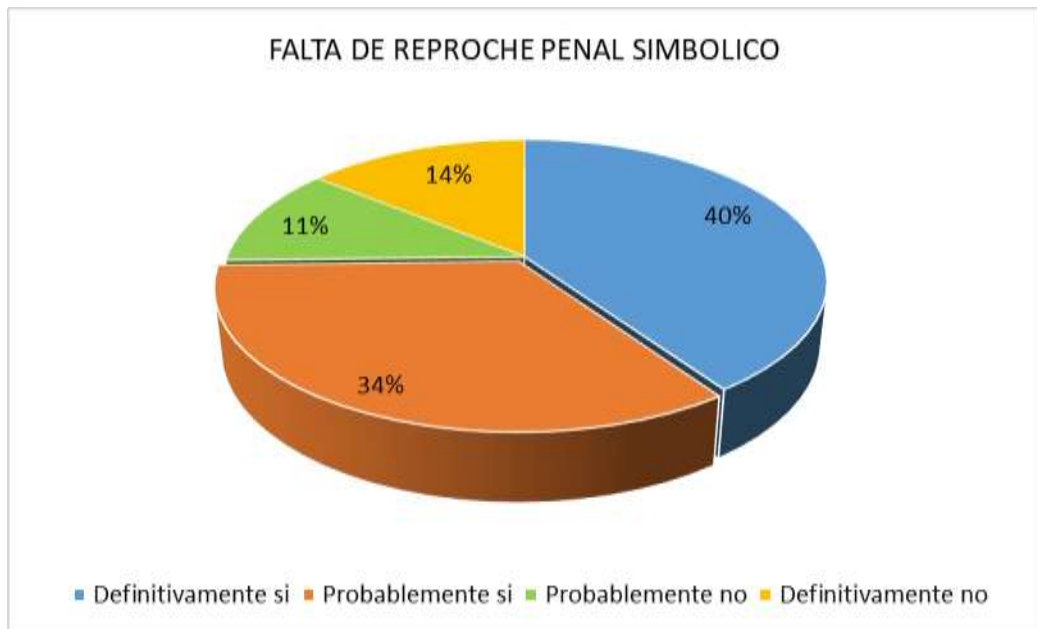


A la pregunta si es que uno de los fundamentos para la despenalización del delito de violación sexual es la falta de reproche penal riguroso, el 58% respondió que definitivamente sí, el 23% respondió que probablemente sí, el 13% respondió que probablemente no y el 6% respondió que definitivamente no.

Tabla N° 04

FALTA DE REPROCHE PENAL SIMBOLICO		
Respuestas	Nº	%
Definitivamente si	100	40%
Probablemente si	85	34%
Probablemente no	28	11%
Definitivamente no	35	14%
Total	248	100%

Gráfico N° 04



A la pregunta de que otro de los fundamentos para la despenalización del delito de violación sexual es la Falta de reproche penal simbólico, el 40% respondió que definitivamente sí, el 34% respondió que probablemente sí, el 14% respondió que definitivamente no y el 11% respondió que probablemente no.

Tabla N° 05

RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA LIBERTAD SEXUAL		
Respuestas	Nº	%
Definitivamente si	62	25%
Probablemente si	9	4%
Probablemente no	86	35%
Definitivamente no	91	37%
Total	248	100%

Gráfico N° 05



A la interrogante si es que el reconocimiento del derecho a la libertad sexual de menores de 14 y menos de 18 años es una decisión acertada del máximo intérprete de la Constitución, el 37% respondió que definitivamente no, el 35% respondió que probablemente no, el 25% respondió que definitivamente sí y el 4% respondió que probablemente sí.

Tabla N° 06

DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE VIOLACION Y EL CONSENTIMIENTO E INMADUREZ DE LA MENOR		
Respuestas	Nº	%
Definitivamente si	154	62%
Probablemente si	40	16%
Probablemente no	21	8%
Definitivamente no	33	13%
Total	248	100%

Gráfico N° 06



A la pregunta si es que la despentalización de los delitos de violación sexual es un factor que va permitir que los inescrupulosos aprovechen la misma y busquen manipular el consentimiento de la menor valiéndose de su inmadurez, el 62% respondió que definitivamente sí, el 16% respondió que probablemente sí, el 13% respondió que definitivamente no y el 8% respondió que probablemente no.

Tabla N° 07

DESPENALIZACIÓN DE LOS DELITOS DE VIOLACION Y LA RELACION DE DEPENDENCIA DE LA VICTIMA CON EL AGRESOR		
Respuestas	Nº	%
Definitivamente si	175	71%
Probablemente si	29	12%
Probablemente no	23	9%
Definitivamente no	21	8%
Total	248	100%

Gráfico N° 07



A la pregunta si es que la despentalización de los delitos de violación sexual de menores de 14 a 18 años es un factor que va permitir la manipulación del consentimiento, sobre todo cuando existe una relación de dependencia de la víctima con el agresor, el 71% respondió que definitivamente sí, el 12% respondió que probablemente sí, el 9% respondió que probablemente no y el 8% respondió que definitivamente no.

Tabla N° 08

LUCHA CONTRA LA PROSTITUCIÓN INFANTIL		
Respuestas	Nº	%
Muy efectiva	10	4%
Efectiva	13	5%
Poco efectiva	96	39%
Nada efectiva	129	52%
Total	248	100%

Gráfico N° 08



A la interrogante de cómo es la lucha contra la prostitución infantil en nuestro país, el 5% respondió que efectiva, el 4% respondió que muy efectiva, el 52% respondió que nada efectiva y el 39% respondió que poco efectiva.

Tabla N° 09

DESPENALIZACIÓN DE LA VIOLACIÓN SEXUAL Y LA VULNERABILIDAD DE LOS MENORES A SER CAPTADOS PARA LA PROSTITUCIÓN		
Respuestas	Nº	%
Definitivamente si	145	58%
Probablemente si	52	21%
Probablemente no	20	8%
Definitivamente no	31	13%
Total	248	100%

Gráfico N° 09

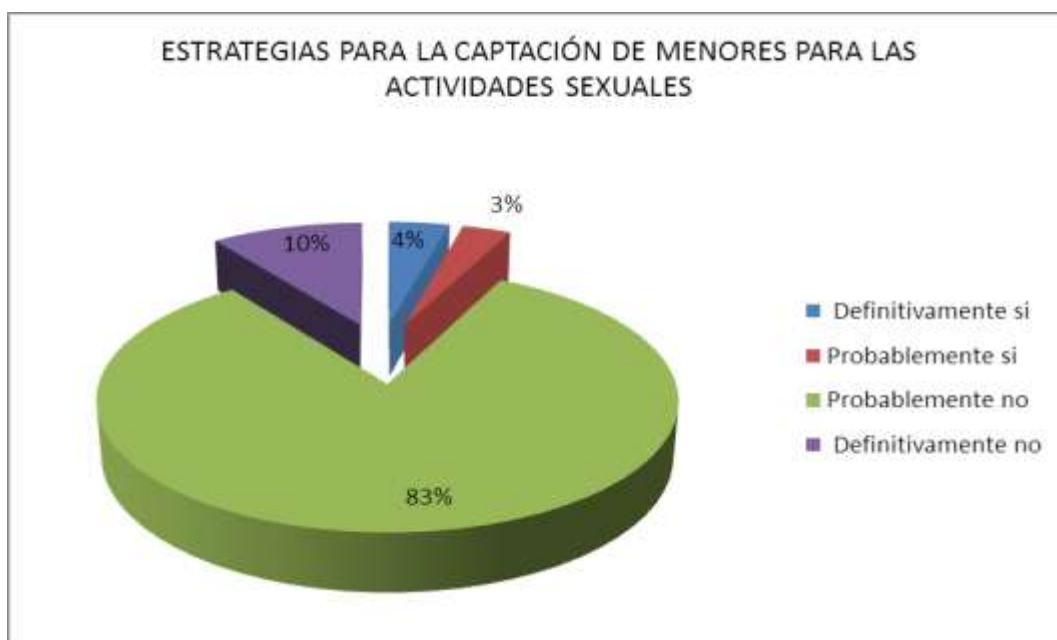


A la pregunta si es que la despenalización del delito de violación sexual de los menores de 14 y menos de 18 años es un aspecto muy delicado, dado que vuelven más vulnerables a los menores para ser captados por las personas que se dedican a la trata de personas, el 58% respondió que definitivamente si, el 21% respondió que probablemente sí, el 13% respondió que definitivamente no y el 8% respondió que probablemente no.

Tabla N° 10

ESTRATEGIAS PARA LA CAPTACIÓN DE MENORES PARA LAS ACTIVIDADES SEXUALES		
Respuestas	Nº	%
Definitivamente si	10	4%
Probablemente si	8	3%
Probablemente no	205	83%
Definitivamente no	25	10%
Total	248	100%

Gráfico N° 10

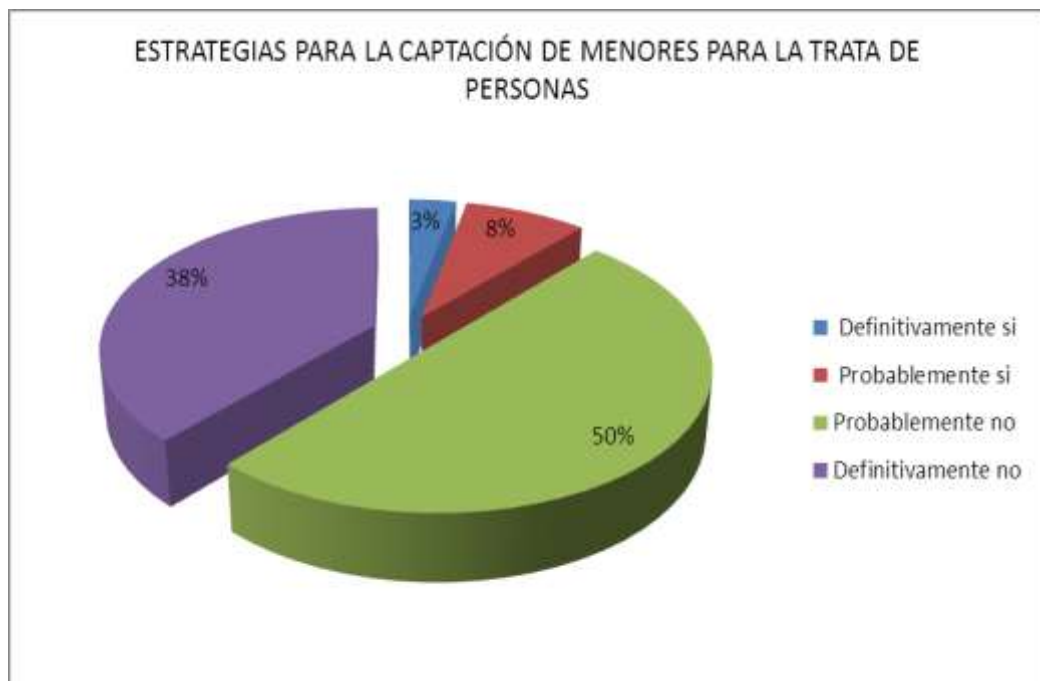


A la interrogante de que si en nuestro país existen estrategias efectivas para la protección en la captación de menores para actividades sexuales a cambio de una remuneración, el 83% respondió que probablemente no y el 10% respondió que definitivamente no, el 4% respondió que definitivamente si y el 3% respondió que probablemente sí.

Tabla N° 11

ESTRATEGIAS PARA LA CAPTACIÓN DE MENORES PARA LA TRATA DE PERSONAS		
Respuestas	Nº	%
Definitivamente si	8	3%
Probablemente si	21	8%
Probablemente no	124	50%
Definitivamente no	95	38%
Total	248	100%

Gráfico N° 11



A la pregunta si es que en nuestro país existen estrategias efectivas para la protección en la captación de menores para exponerla a la trata de personas, el 50% respondió que probablemente no, el 38% respondió que definitivamente no el 8% respondió que probablemente sí y el 3% respondió que definitivamente sí.

Tabla N° 12

DESPENALIZACIÓN DE LA VIOLACIÓN SEXUAL Y LA DESPROTECCIÓN DE LOS MENORES		
Respuestas	Nº	%
Definitivamente si	165	67%
Probablemente si	26	10%
Probablemente no	36	15%
Definitivamente no	21	8%
Total	248	100%

Gráfico N° 12

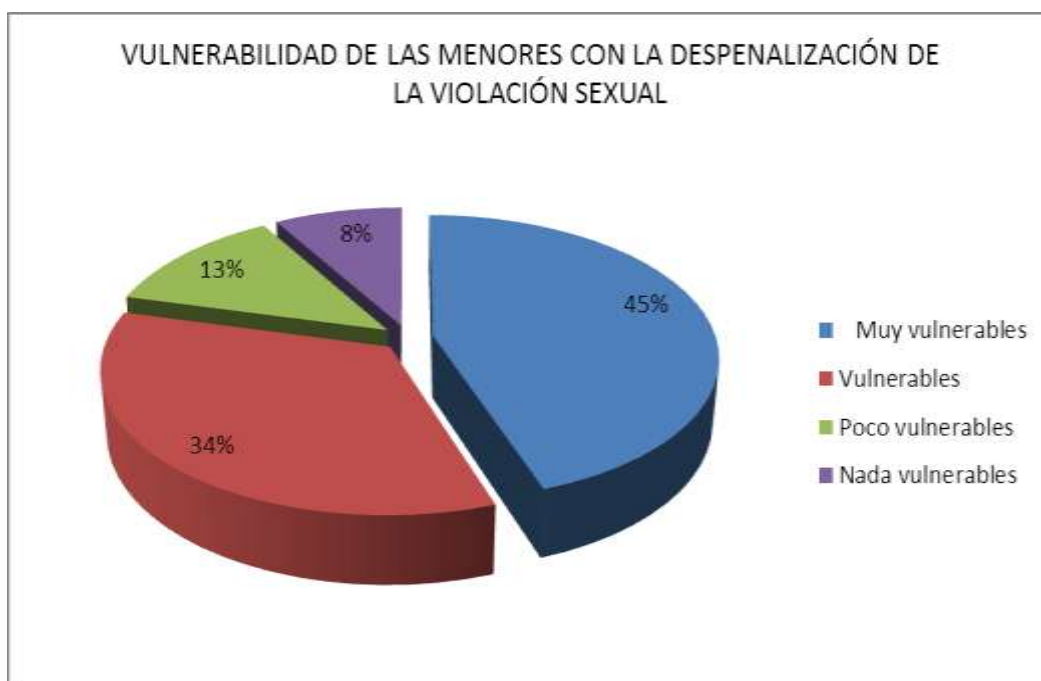


A la pregunta si es que la despenalización de las relaciones sexuales consentidas de los menores de 14 y menos de 18 años es una medida que desprotege a ese grupo de personas dentro de nuestra nación, el 67% respondió que definitivamente sí, 15% respondió que probablemente no, el 10% respondió que probablemente sí y el 8% respondió que definitivamente no.

Tabla N° 13

VULNERABILIDAD DE LAS MENORES CON LA DESPENALIZACIÓN DE LA VIOLACIÓN SEXUAL		
Respuestas	Nº	%
Muy vulnerables	111	45%
Vulnerables	85	34%
Poco vulnerables	31	13%
Nada vulnerables	21	8%
Total	248	100%

Gráfico N° 13

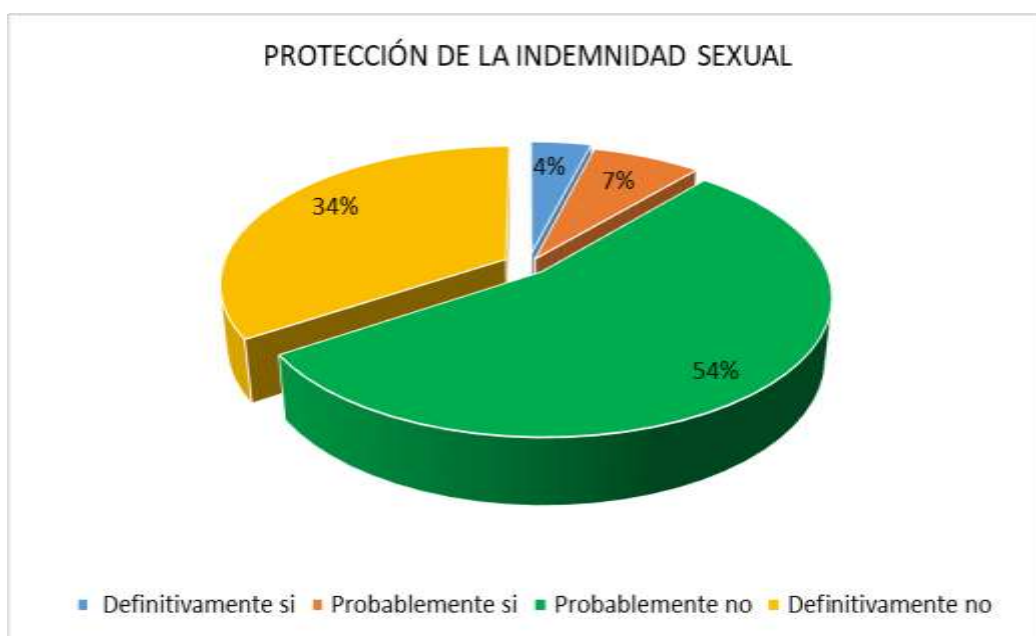


A la pregunta de qué tan vulnerables se encuentran actualmente los menores de 14 y menos de 18 años de las redes de la trata de personas, el 45% respondió que muy vulnerables, el 34% respondió que vulnerables, el 13% respondió que poco vulnerables y el 8% respondió que nada vulnerables.

Tabla N° 14

PROTECCIÓN DE LA INDEMNIDAD SEXUAL		
Respuestas	Nº	%
Definitivamente si	10	4%
Probablemente si	18	7%
Probablemente no	135	54%
Definitivamente no	85	34%
Total	248	100%

Gráfico N° 14

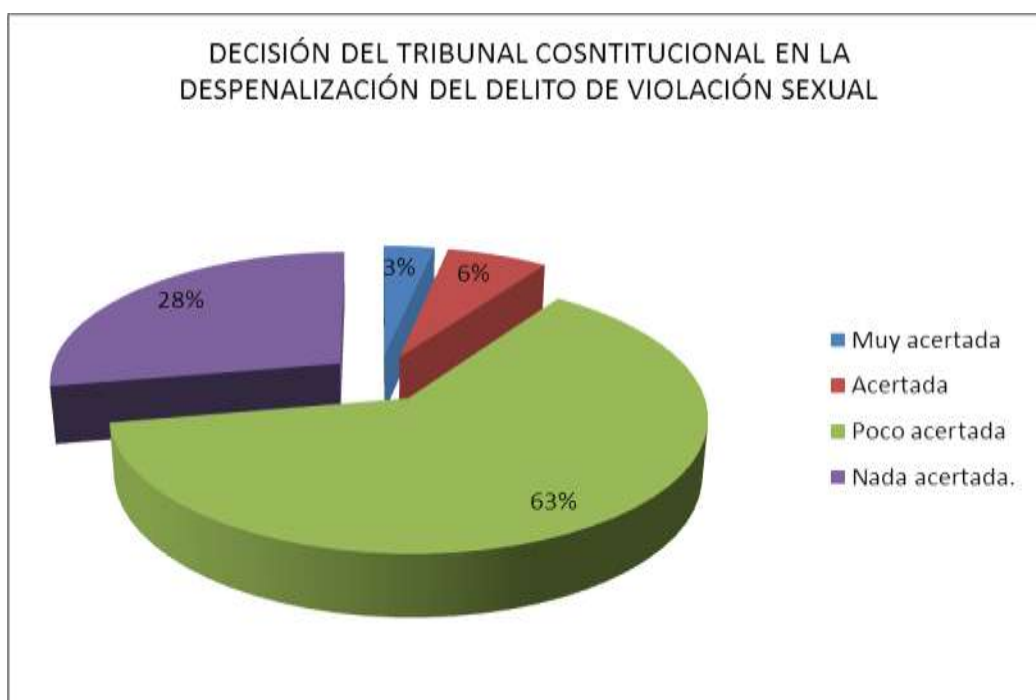


A la interrogante de que si en nuestro país existe una efectiva protección de la indemnidad sexual de las menores de 14 y menos de 18 años por parte del Estado Peruano, el 54% respondió que probablemente no, el 34 % respondió que definitivamente no el 7% respondió que probablemente sí y el 4% respondió que definitivamente sí.

Tabla N° 15

DECISIÓN DEL TRIBUNAL COSNTITUCIONAL EN LA DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL		
Respuestas	Nº	%
Muy acertada	8	3%
Acertada	16	6%
Poco acertada	155	63%
Nada acertada	69	28%
Total	248	100%

Gráfico N° 15



A la pregunta de qué tan acertada ha sido la decisión del Tribunal Constitucional en su pronunciamiento sobre la despenalización del delito de violación sexual de menores de 14 y menos de 18 años cuando existe consentimiento, el 63% respondió que es poco acertada, el 28% respondió que nada acertada y el 6% respondió que acertada y el 3% respondió que es muy acertada.

4.2 Contratación de Hipótesis

La contrastación de la hipótesis se realizó con la prueba chi cuadrada tal como se muestra a continuación:

HG: La declaración de Inconstitucionalidad del Delito de violación sexual previsto en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal por parte del Tribunal Constitucional (Exp. N° 0008-2012-PI/TC) incide negativamente en la lucha contra la prostitución infantil.

H0: La declaración de Inconstitucionalidad del Delito de violación sexual previsto en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal por parte del Tribunal Constitucional (Exp. N° 0008-2012-PI/TC) no incide negativamente en la lucha contra la prostitución infantil.

Frecuencias observadas

Declaración de inconstitucionalidad del delito de violación sexual	Lucha contra la prostitución infantil				Total
	Muy efectiva	Efectiva	Poco efectiva	Nada efectiva	
Definitivamente si	5	7	8	65	85
Probablemente si	3	3	25	34	65
Probablemente no	2	2	15	21	40
Definitivamente no	0	1	48	9	58
Total	10	13	96	129	248

Frecuencias esperadas

Declaración de inconstitucionalidad del delito de violación sexual	Lucha contra la prostitución infantil				Total
	Muy efectiva	Efectiva	Poco efectiva	Nada efectiva	
Definitivamente si	3,43	4,46	32,90	44,21	85,00
Probablemente si	2,62	3,41	25,16	33,81	65,00
Probablemente no	1,61	2,10	15,48	20,81	40,00
Definitivamente no	2,34	3,04	22,45	30,17	58,00
Total	10,00	13,00	96,00	129,00	248,00

- 1) Suposiciones: La muestra es una muestra aleatoria simple.
- 2) Estadística de Prueba.- La estadística de prueba es:

$$x^2 = \sum \frac{(O - E)^2}{E}$$

Donde:

Σ = Sumatoria

“O” = Frecuencia observada en cada celda

“E” = Frecuencia esperada en cada celda

3) Distribución de la Estadística de Prueba

En este cuadro observamos que, cuando H_0 es verdadero, X^2 , sigue una distribución aproximada de chi cuadrada con $(4 - 1) (4 - 1) = 09$ grados de libertad.

4) Nivel de Significancia o de Riesgo

Es de 0.05 y es determinado por el investigador.

5) Regla de Decisión

Rechazar la hipótesis nula (H_0) si el valor calculado X^2 es mayor o igual a 16.919

6) Cálculo de la Estadística de Prueba

Al desarrollar la fórmula tenemos:

$$x^2 = \frac{(O - E)^2}{E} = 78.65$$

7) Decisión Estadística

En estos cuadros observamos que $78.65 > 16.91$, entonces se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis planteada.

8) Conclusión

La declaración de Inconstitucionalidad del Delito de violación sexual previsto en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal por parte del Tribunal Constitucional (Exp. N° 0008-2012-PI/TC) incide negativamente en la lucha contra la prostitución infantil.

Formulación de la hipótesis 1

H1: La despenalización de relaciones sexuales consentidas en menores de 18 a 14 años incide negativamente en la lucha contra la prostitución infantil.

H0: La despenalización de relaciones sexuales consentidas en menores de 18 a 14 años no incide negativamente en la lucha contra la prostitución infantil.

Frecuencias observadas

Despenalización de las relaciones sexuales consentidas	Lucha contra la prostitución infantil				Total
	Muy efectiva	Efectiva	Poco efectiva	Nada efectiva	
Definitivamente si	1	1	8	71	81
Probablemente si	1	1	7	10	19
Probablemente no	6	7	53	11	77
Definitivamente no	2	4	28	37	71
Total	10	13	96	129	248

Frecuencias esperadas

Despenalización de las relaciones sexuales consentidas	Lucha contra la prostitución infantil				Total
	Muy efectiva	Efectiva	Poco efectiva	Nada efectiva	
Definitivamente si	3,27	4,25	31,35	42,13	81,00
Probablemente si	0,77	1,00	7,35	9,88	19,00
Probablemente no	3,10	4,04	29,81	40,05	77,00
Definitivamente no	2,86	3,72	27,48	36,93	71,00
Total	10,00	13,00	96,00	129,00	248,00

1) Suposiciones: La muestra es una muestra aleatoria simple.

2) Estadística de Prueba.- La estadística de prueba es:

$$x^2 = \sum \frac{(O - E)^2}{E}$$

Donde:

Σ = Sumatoria

“O” = Frecuencia observada en cada celda

“E” = Frecuencia esperada en cada celda

3) Distribución de la Estadística de Prueba

En este cuadro observamos que, cuando H_0 es verdadero, X^2 , sigue una distribución aproximada de chi cuadrada con $(4 - 1) (4 - 1) = 09$ grados de libertad.

4) Nivel de Significancia o de Riesgo

Es de 0.05 y es determinado por el investigador.

5) Regla de Decisión

Rechazar la hipótesis nula (H_0) si el valor calculado X^2 es mayor o igual a 16.919

6) Cálculo de la Estadística de Prueba

Al desarrollar la fórmula tenemos:

$$x^2 = \frac{(O - E)^2}{E} = 85.61$$

7) Decisión Estadística

En estos cuadros observamos que $85.61 > 16.91$, entonces se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis formulada.

8) Conclusión

La despenalización de relaciones sexuales consentidas en menores de 18 a 14 años incide negativamente en la lucha contra la prostitución infantil.

Formulación de la hipótesis 2

H2: El reconocimiento del derecho a la libertad sexual de menores de 18 a 14 años incide negativamente en la lucha contra la prostitución infantil.

H0: El reconocimiento del derecho a la libertad sexual de menores de 18 a 14 años no incide negativamente en la lucha contra la prostitución infantil.

Frecuencias observadas

Reconocimiento del derecho de la libertad sexual	Lucha contra la prostitución infantil				Total
	Muy efectiva	Efectiva	Poco efectiva	Nada efectiva	
Definitivamente si	1	1	49	11	62
Probablemente si	0	0	3	6	9
Probablemente no	5	7	8	66	86
Definitivamente no	4	5	36	46	91
Total	10	13	96	129	248

Frecuencias esperadas

Reconocimiento del derecho de la libertad sexual	Lucha contra la prostitución infantil				Total
	Muy efectiva	Efectiva	Poco efectiva	Nada efectiva	
Definitivamente si	2,50	3,25	24,00	32,25	62,00
Probablemente si	0,36	0,47	3,48	4,68	9,00
Probablemente no	3,47	4,51	33,29	44,73	86,00
Definitivamente no	3,67	4,77	35,23	47,33	91,00
Total	10,00	13,00	96,00	129,00	248,00

1) Suposiciones: La muestra es una muestra aleatoria simple.

2) Estadística de Prueba.- La estadística de prueba es:

$$x^2 = \sum \frac{(O - E)^2}{E}$$

Donde:

Σ = Sumatoria

“O” = Frecuencia observada en cada celda

“E” = Frecuencia esperada en cada celda

3) Distribución de la Estadística de Prueba

En los cuadros observamos, cuando H_0 es verdadero, X^2 , sigue una distribución aproximada de chi cuadrada con $(4 - 1) (4-1) = 09$ grados.

4) Nivel de Significancia o de Riesgo

Es de 0.05 y es determinado por el investigador.

5) Regla de Decisión

Rechazar la hipótesis nula (H_0) si el valor calculado X^2 es mayor o igual a 16.919

6) Cálculo de la Estadística de Prueba

Al desarrollar la fórmula tenemos:

$$x^2 = \sum \frac{(O - E)^2}{E} = 75.25$$

7) Decisión Estadística

Dado que $15.25 > 16.91$

Se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis formulada.

8) Conclusión

El reconocimiento del derecho a la libertad sexual de menores de 18 a 14 años incide negativamente en la lucha contra la prostitución infantil.

4.3 Discusión de los Resultados

Se ha podido comprobar que la La declaración de Inconstitucionalidad del Delito de violación sexual previsto en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal por parte del Tribunal Constitucional (Exp. N° 0008-2012-PI/TC) incide negativamente en la lucha contra la prostitución infantil; sin embargo, para corroborar dicha afirmación es necesario sustentar esta investigación con otras investigaciones relacionadas con el tema:

Vásquez C. (2003) su investigación tiene como objetivo “determinar si la aseveración de las penas tiene una relación directa o inversamente proporcional con los índices delictivos; esto es, si el carácter intimidante de la pena ha traído consigo que los ciudadanos se abstengan o no de cometer delitos que lesionan el bien jurídico libertad sexual; utilizo el **método dogmático**. Una vez establecida la aludida relación el investigador se propone identificar los factores determinantes de la misma” (p. 5), y entiende por violación sexual “el estado asumió la vía de la intimidación como medio para reducir los índices delictivos. Recurrió a la severización de las penas con las que se conmina a dichos delitos, poniendo al descubierto la deficiencia o carencias de una política criminal seria” (p. 3)

Y entres sus apreciaciones finales que “la dogmática penal dominante admite que no solo la capacidad de reproche del sujeto agente del delito, sino su grado de culpabilidad, deben ser valorados por el órgano jurisdiccional al sancionar el ilícito tipificado como delito. Consecuentemente, se debe advertir si el sujeto es imputable (capacidad de culpabilidad), conocía la antijurídica del hecho o se le pudo exigir una conducta distinta a la cuestionada [sic]” (p. 63).

Betancourth Zaida (2010) su investigación se asume que la explotación sexual desde la delimitación de dos preguntas centrales ¿Cuáles son las paradojas de la explotación sexual que viven las jóvenes en sus trayectorias de explotación sexual y Cuál es la relación con sus representaciones?, para observar el entramado de factores sociales, económicos y culturales, que subyacen en la familia, el Estado y el mercado; y complejizar los múltiples elementos que llevan a estas jóvenes a la explotación sexual a través de la dinamización de rutas de inserción, permanencia y salida. Estudio que tiene como objetivos Conocer las representaciones sociales que las jóvenes en explotación sexual tienen sobre sexualidad, maternidad, rol del Estado en la garantía de los derechos, familia, como significados que potencian o limitan su inserción en la explotación sexual y Caracterizar las trayectorias de la explotación sexual en las mujeres que trabajan en el Centro Histórico de Quito, específicamente en la entrada, permanencia y salida (p. 13).

El enfoque intenta trascender un énfasis victimario y un quehacer que centra sus acciones en la erradicación con una mirada jurídica que establece “distancias” respecto al trabajo sexual, que sin embargo, potencia acciones que no ayudan a resolver el problema, cuyo dictamen tiene consecuencias de mayor discriminación a las niñas. Se muestra las dificultades que el Estado tiene para orientar un enfoque preventivo que tenga como punto de partida la promoción de los derechos de las niñas y adolescentes y el entendimiento de las determinaciones sociales y culturales que les lleva a las jóvenes a la explotación sexual (p. 7).

La explotación sexual comercial se muestra con la oportunidad de develar estas perversiones sublimadas a través de retóricas que alientan e hiperrepresentan la familia como el núcleo básico de la sociedad o subliman la maternidad enmascarando las otras caras de familias y maternidades opresoras (p. 8).

Hurtado J. (2016) en su investigación “utiliza el método dogmático, y tiene como objetivo principal el “Realizar un estudio demográfico para conocer los lugares donde han ocurrido la comisión del delito sexual en agravio de menores de edad” (p. 43), y entiende por delitos sexuales “los delitos sexuales perpetrados en agravio de menores se realizan a menudo en el hogar y en la escuela, es decir, donde se supone que existe un control social, que permite pensar que el menor está protegido cuando realmente en la práctica resulta lo contrario” (p. 5).

Villavicencio J. (2017) el investigador utiliza el método dogmático, y que tiene como objetivo general “Analizar la relación jurídica y social, que encontramos entre la prevención y la normatividad penal en los delitos contra la libertad sexual: violación de menor” (p. 16), y entiende por abuso sexual “El abuso sexual de niños y adolescentes, ocurre en todos los estratos socioeconómicos y tiene el mismo factor de riesgo que el maltrato físico, el consumo excesivo de alcohol y drogas, problemas familiares y pobreza” (p. VI).

Delgado W. (2015) investigación que usa el método dogmático, y tiene como objetivo general “Conocer la aplicación judicial de la Teoría del Error cuando los Jueces, Fiscales y Jueces Superiores conocen casos penales donde el agente de un delito de violación sexual de menor actúa con desconocimiento o conocimientos equivocados de alguno de los elementos de tipo objetivo o en la creencia de que su conducta es lícita y/o que es su forma de vida de acuerdo a su cultura” (p. 16),

y entiende por violaciones sexuales “Las violaciones sexuales son un delito frecuente en América Latina. El Perú es uno de los países con más altas tasas de denuncias por violaciones sexuales de la región y en donde la violencia sexual es un fenómeno extendido en todos los sectores económicos, grupos de edad y espacios urbanos y rurales. Sin embargo, las investigaciones en torno al fenómeno de las violaciones sexuales han sido escasas” (p.12).

CAPITULO V:

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones

- a) La declaración de Inconstitucionalidad del Delito de violación sexual previsto en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal por parte del Tribunal Constitucional (Exp. N° 0008-2012-PI/TC) ha debilitado las estrategias de lucha contra la prostitución infantil en nuestro país, dado que permite que ese grupo de personas (menores de 14y menos de 18 años) puedan decidir sobre su sexualidad, por ende las mismas pueden ser captadas con mayor facilidad por las personas inescrupulosas dedicadas a la trata y prostitución de personas.
- b) La despenalización de las relaciones sexuales consentidas en menores de 18 a 14 años es una decisión que en vez de incidir positivamente en la lucha contra la prostitución infantil, permite que dicho flagelo se prolifere y termine por no poderse controlar y erradicar.
- c) El reconocimiento del derecho a la libertad sexual de menores de 18 a 14 años es un factor que poco o escasamente ayuda a la lucha contra la prostitución infantil en nuestro país, dado que al convertir los actos sexuales de los menores de 14 a menos de 18 años en no punibles, estos van a contribuir a que dicho grupo de personas a corta edad decidan sobre su

sexualidad y por ende serán presas fáciles de quienes se dedican a la trata y prostitución de menores de edad.

5.2 Recomendaciones

- a) Sería de mucha trascendencia que el Tribunal Constitucional de acuerdo a sus facultades, pueda realizar algunos cambios en este tema, esto con la finalidad de poder afrontar de manera directa y frontal la prostitución de menores de edad en nuestro país. Sin embargo, para ello también se hace necesario la participación directa del Estado a través de los operadores jurídicos del derecho.
- b) Es de gran importancia que el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial tengan una participación directa en ofrecer normas y políticas claras y efectivas para la lucha contra la prostitución infantil en nuestro país. Es decir, deben existir planes a largo plazo que ataquen la raíz de dicho problema; de lo contrario, solo se aplicarán fórmulas populistas que se extinguirán y en vez de combatir este flagelo terminarán reforzándola y haciéndola invencible.
- c) Los Jueces y Fiscales también deben realizar trabajo de campo, que consiste en asistir a Centros Educativos Nacionales y Privados, con la finalidad de ilustrar a los alumnos sobre la prostitución infantil y de informar sobre las estrategias que existen para poder combatir este flagelo que cada día gana terreno en nuestro país.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abad, J. (2004) Alternativas a la privación de libertad. Editorial GRILEY. Lima-Perú.
- Abad, S. Y MORALES, J. (2005) El derecho de acceso a la información pública – Privacidad de la intimidad personal y familiar. En: Gaceta Jurídica. LA CONSTITUCIÓN COMENTADA. Análisis artículo por artículo. Obra colectiva escrita por 117 autores destacados del País. (pp.81-116). T-I. (1ra. Ed.). Lima.
- Alcalde Muñoz, Elvis Jorge (2007) Apreciación de las características psicosociales de los violadores de menores. Tesis para optar el grado académico de magister en derecho con mención en ciencias penales. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Alexy, R.: Right, Reason, Discurso, Suhrkamp, Frankfurt, (1995) Teoría de los derechos fundamentales. Nomos, Baden-Baden, p. 71.
- Amparo penal directo 8605/45. Domínguez Pablo. 5 de julio de 1946. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Ortiz Tirado. La publicación no menciona el nombre del ponente. México.
- Betancourth Aragón, Zaida Victoria Narcisa (2010) Las paradojas de la explotación sexual: estudio de caso: Centro Histórico de Quito (Ecuador). Maestría en Ciencias Sociales con mención en Estudios de Género; FLACSO sede Ecuador. Quito. 136 p.

Beccaria, C. (1994) De los delitos y de las Penas. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia.

Bernales E. (1999) La Constitución de 1993. Editora RAO, Lima-Perú.

Bramont L. (2008) Manual de Derecho Penal parte general. Editorial .Rodhas. Lima - Perú

PLENO CASATORIO N° 008-2012-PI/TC

Bonaccorsi, Nélide y Carmen Reybet (2008) Derechos sexuales y reproductivos: un debate público instalado por mujeres”. En Liminar. Estudios Sociales y Humanísticos. Vol. vi, núm. 2. San Cristóbal de las Casas.

Bustos, M. (1986) Manual de Derecho Penal. Parte Especial. España- Barcelona: Ariel.

Benyakar, M. (2003) Lo disruptivo. Amenazas individuales y colectivas: el psiquismo ante guerras, terrorismo y catástrofes sociales. Buenos Aires: Biblos.

Browne, K. (2007) Count Me in too - Additional Findings Report. Domestic Violence and abuse. LGBT Lives in Brighton and hove. [Versión electrónica] www.countmeintoo.co.uk.

Castro, N. (2012). Trata de Niñas, Niños y Jóvenes con Fines de Explotación Sexual Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.

Castellanos Tena Fernando (2007) Lineamientos Elementales de Derecho Penal (parte general), Ed. Porrúa, México, p.125

- Castellano, Danilo, (2004) Racionalismo y Derechos Humanos. Sobre la anti-filosofía político-jurídica de la modernidad, Marcial Pons, Madrid.
- Carrara, Francisco (2010) Programa de Derecho Criminal. Parte general, volumen I, Editorial Temis, Bogotá, p 43.
- Ceballos Atienza Rafael (2010) Estudio médico-legal sobre el infanticidio, 1883, ed. 2010, Formación Alcalá, pág. 9.
- Chejter, S. (2001). La Niña Prostituta. Estudio sobre la Explotación Sexual Comercial Infantil en Argentina. Buenos Aires: Unicef.
- Constitución Política del Perú.
- Congreso Mundial. (1997) La Explotación Sexual de Menores con Fines Comerciales. Estocolmo.
- Delgado W. (2015) Teoría del error en el Delito de Violación Sexual de Menores, Provincia de Huancavelica Huánuco – Perú.
- De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela (2009) Derecho Pena.” Guatemala; Editorial Magna Terra Editores; p. 54
- Decreto Supremo N° 007-2008-IN, se aprobó el Reglamento de la Ley N° 28950, Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes
- Donna, E. (2005) Delitos Contra la Integridad Sexual. Editorial Rubinzal- Culzoni.
- Fairchild, Henry Pratt, (1980) Diccionario de Sociología, FCE, México, p. 311.
- Fellini, Z. (2000). Delito de Tráfico de Niños. Buenos Aires: Hammurabi.

- Ferrajoli, Luigi (1998) Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Tercera Edición, Editorial Trotta S.A. Valladolid. pp. 33.
- Fernández, Ana María. (1993) Poder e Imaginario social. En "La mujer de la ilusión", Bs. As. Edit. Piados.
- Figueroa C. Gustavo (2014) La seducción sexual infantil: revolución y repercusiones de la teoría de Freud. Departamento de Psiquiatría, Escuela de Medicina, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile. Rev., Med. Chile
- García, M. (2006). Trata de Personas y Explotación sexual. Estudio de Derecho Penal y Criminología. Comare: Granada.
- García-Moreno C et al. Estudio multipaís de la OMS (2005) Sobre salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer: primeros resultados sobre prevalencia, eventos relativos a la salud y respuestas de las mujeres a dicha violencia. Ginebra, Organización Mundial de la Salud.
- Gandulfo R., Eduardo (2009) ¿Qué queda del principio nullum crimen nulla poena sine lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica. Política Criminal. P. 90.
- García Jiménez Arturo (2003) Dogmática Penal en la Legislación Mexicana, Porrúa, 2003, Pág. 31.
- Hurtado Rojas, Juana (2016) El Delito de Violación Sexual de Menores y la Circunstancia Agravante del Docente Escolar como Agente de la Infracción Punible. Tesis Universidad Privada Norbert Wiener Facultad de Derecho y Ciencia Política Lima, Perú. p. 50

- Kruger J et al. (1998) A public health approach to violence prevention in South Africa.
En: Van Eeden R, Wentzel M, eds. The dynamics of aggression and violence in South Africa. Pretoria, Human Sciences Research Council. p. 161
- Lameiras Fernández, María (2002) Aproximación psicológica. Editorial: Pirámide, págs. 60-61.
- Ley 27942: Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual
- Ley N° 28950: Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes
- Maqueda, M. (2007). La Trata de Mujeres para Explotación Sexual. Valencia: Tirant lo Blanc.
- Medina Peñalosa Sergio J. (2001) Teoría del Delito; Casualismo, Finalismo e Imputación objetiva, Ed. AE, México p.29
- Montero, S. (2009). La Violencia de las Fronteras Legales: violencia de género y mujer migrante. Buenos Aires: Del Puerto.
- Morales, P., & García, A. (1996). Comentarios al Nuevo Código Penal. ED. Aranzadi.
- Musto, C. & Trajtenberg, N. (2011). Prostitución y trabajo sexual. El estado de arte de la investigación en Uruguay. Revista de Ciencias Sociales. p. 139
- OMS (2002) Informe mundial sobre la violencia y la salud. Washington, DC: OPS [versión electrónica]
- Perez, K. (2004). Dimensión de género en la prostitución. América Libre: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.

- Quintero, O. (1996). Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal Español. Madrid: Aranzadi.
- Reynoso Dávila Roberto (2006) Teoría General del Delito, Ed. Porrúa; Av. República de Argentina num. 15, México (6ta ed) p.12
- Rivera Pardo Diana Marisol (2014) “Directrices para la prevención de la trata con fines de explotación sexual de la niñez en educación básica. Tesis maestría. Universidad Autónoma de San Luis Potosí
- Rojas L. (1995). Las semillas de la violencia. Madrid: Espasa-Calpe. Pág. 11.
- Roy, L. (s.F). Derecho Penal. Parte Especial. Lima: Eddili.
- Segato, Rita Laura (2002) Uma Agenda de Ações Afirmitivas para as mulheres indígenas do Brasil. Série Antropologia 326 Brasília: Depto. De Antropología da Universidad de Brasília/FUNAI/GTZ.
- S.N. (2007) Abuso y Explotación Sexual. Lima.
- Solari, N. (2002) La Niñez y sus Nuevos Paradigmas. Buenos Aires: La Ley.
- Valderrama, E (1983) Manual de investigación criminal. Bogotá, Colombia.
- Villavicencio J. (2017) La Prevención y la Normatividad Penal en los Delitos contra la Libertad Sexual: Violación de Menor. Huánuco – Perú.
- Vásquez Boyer Carlos Alberto (2003) Pena Aplicable a los Delitos de Violación Sexual en las Tendencias de los Índices Delictivos. Unidad de Posgrado. UNMSM. Lima, Perú.

Vidal F., F (2008) Los nuevos aceleradores de la violencia remodelada” en García-Mina F., A. p. 17.

Wilson, Jeffrey R. (2015) The Word Criminology: A Philology and a Definition. Journal of Criminology, Criminal Justice, Law & Society: p. 61-82.

Zaffaroni Eugenio Raúl (2007) Derecho Penal. Ed. Ediar. (Edición anterior a la expuesta supra).

http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/abstract_es.pdf

<http://derechoshumanosugma.blogspot.es>

<http://conceptodefinicion.de/intimidacion>

<http://conceptodefinicion.de/violencia-sexual>

ANEXOS

Problemas	Objetivos	Hipótesis	Variables	Dimensiones	Indicadores	Metodología
<p>Principal</p> <p>¿De qué manera incide la declaración de Inconstitucionalidad del Delito de violación sexual previsto en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal por parte del Tribunal Constitucional (Exp. N° 0008-2012-PI/TC) en la lucha contra la prostitución infantil?</p>	<p>Principal</p> <p>Establecer la manera en que incide la declaración de Inconstitucionalidad del Delito de violación sexual previsto en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal por parte del Tribunal Constitucional (Exp. N° 0008-2012-PI/TC) en la lucha contra la prostitución infantil.</p>	<p>Principal</p> <p>La declaración de Inconstitucionalidad del Delito de violación sexual previsto en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal por parte del Tribunal Constitucional (Exp. N° 0008-2012-PI/TC) incide negativamente en la lucha contra la prostitución infantil.</p>	<p>VI:</p> <p>La declaración de Inconstitucionalidad del Delito de violación sexual</p>	<ul style="list-style-type: none"> ○ Despenalización de relaciones sexuales consentidas en menores de 18 a 14 años. • Reconocimiento del derecho a la libertad sexual de menores de 18 a 14 años 	<p>Falta de reproche penal riguroso.</p> <p>Falta de reproche penal simbólico.</p> <p>Manipulación del consentimiento de la menor valiéndose de su inmadurez</p> <p>Manipulación del consentimiento sometida a relación de dependencia</p>	<p>Tipo: Aplicada</p> <p>Nivel: Descriptivo</p> <p>Diseño: no experimental</p> <p>Método: Descriptivo</p> <p>Población: 700</p> <p>Muestra: 248</p>
<p>Problemas específicos</p> <p>a. ¿De qué manera incide la despenalización de relaciones sexuales consentidas en menores de 18 a 14 años, en la lucha contra la prostitución infantil?</p> <p>b. ¿De qué manera incide el reconocimiento del derecho a la libertad sexual de menores de 18 a 14 años en la lucha contra la prostitución infantil?</p>	<p>Objetivos específicos</p> <p>a. Establecer la manera en que incide la despenalización de relaciones sexuales consentidas en menores de 18 a 14 años en la lucha contra la prostitución infantil.</p> <p>b. Establecer la manera en que incide el reconocimiento del derecho a la libertad sexual de menores de 18 a 14 años en la lucha contra la prostitución infantil.</p>	<p>Hipótesis específicas</p> <p>a. La despenalización de relaciones sexuales consentidas en menores de 18 a 14 años incide negativamente en la lucha contra la prostitución infantil.</p> <p>b. El reconocimiento del derecho a la libertad sexual de menores de 18 a 14 años incide negativamente en la lucha contra la prostitución infantil.</p>	<p>VD:</p> <p>Lucha contra la prostitución infantil</p>	<ul style="list-style-type: none"> ○ 	<p>Captación de menores para actividades sexuales a cambio de una remuneración.</p> <p>Captación de menores para exponerla a la trata de personas.</p>	

Encuesta

1. ¿Considera usted que la declaración de inconstitucionalidad del delito de violación sexual de las menores de 14 y menos de 18 años afecta la seguridad de las mismas?
 - a. Definitivamente si
 - b. Probablemente si
 - c. Probablemente no
 - d. Definitivamente no

2. ¿Considera usted que es acertado la Despenalización de relaciones sexuales consentidas en menores de 14 y menos de 18 años?
 - a. Definitivamente si
 - b. Probablemente si
 - c. Probablemente no
 - d. Definitivamente no

3. ¿Considera usted que uno de los fundamentos para la despenalización del delito de violación sexual es la falta de reproche penal riguroso?
 - a. Definitivamente si
 - b. Probablemente si
 - c. Probablemente no
 - d. Definitivamente no

4. ¿Considera usted que otro de los fundamentos para la despenalización del delito de violación sexual es la Falta de reproche penal simbólico?
 - a. Definitivamente si
 - b. Probablemente si
 - c. Probablemente no
 - d. Definitivamente no

5. ¿Considera usted que el reconocimiento del derecho a la libertad sexual de menores de 14 y menos de 18 años es una decisión acertada del máximo intérprete de la Constitución?
- Definitivamente si
 - Probablemente si
 - Probablemente no
 - Definitivamente no
6. ¿Considera usted que la despenalización de los delitos de violación sexual es un factor que va permitir que los inescrupulosos aprovechen la misma y busquen manipular el consentimiento de la menor valiéndose de su inmadurez?
- Definitivamente si
 - Probablemente si
 - Probablemente no
 - Definitivamente no
7. ¿Considera usted que la despenalización de los delitos de violación sexual de menores de 14 a 18 años es un factor que va permitir la manipulación del consentimiento, sobre todo cuando existe una relación de dependencia de la víctima con el agresor?
- Definitivamente si
 - Probablemente si
 - Probablemente no
 - Definitivamente no
8. ¿Cómo considera usted que es la lucha contra la prostitución infantil en nuestro país?
- Muy efectiva
 - Efectiva
 - Poco efectiva
 - Nada efectiva

9. ¿Considera usted que la despenalización del delito de violación sexual de los menores de 14 y menos de 18 años es un aspecto muy delicado, dado que vuelven más vulnerables a los menores para ser captados por las personas que se dedican a la trata de personas?
- Definitivamente si
 - Probablemente si
 - Probablemente no
 - Definitivamente no
10. ¿Considera usted que en nuestro país existen estrategias efectivas para la protección en la captación de menores para actividades sexuales a cambio de una remuneración?
- Definitivamente si
 - Probablemente si
 - Probablemente no
 - Definitivamente no
11. ¿Considera usted que en nuestro país existen estrategias efectivas para la protección en la captación de menores para exponerla a la trata de personas?
- Definitivamente si
 - Probablemente si
 - Probablemente no
 - Definitivamente no
12. ¿Considera usted que la despenalización de las relaciones sexuales consentidas de los menores de 14 y menos de 18 años es una medida que desprotege a ese grupo de personas dentro de nuestra nación?
- Definitivamente si
 - Probablemente si
 - Probablemente no
 - Definitivamente no

13. ¿Qué tan vulnerables considera usted que se encuentran actualmente los menores de 14 y menos de 18 años de las redes de la trata de personas?
- Muy vulnerables
 - Vulnerables
 - Poco vulnerables
 - Nada vulnerables
14. ¿Considera usted que en nuestro país existe una efectiva protección de la indemnidad sexual de las menores de 14 y menos de 18 años por parte del Estado Peruano?
- Definitivamente si
 - Probablemente si
 - Probablemente no
 - Definitivamente no
15. ¿Qué tan acertada considera usted que ha sido la decisión del Tribunal Constitucional en su pronunciamiento sobre la despenalización del delito de violación sexual de menores de 14 y menos de 18 años cuando existe consentimiento?
- Muy acertada
 - Acertada
 - Poco acertada
 - Nada acertada.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIA**

**ACUERDO PLENARIO N° 01-2012/CJ-116
FUNDAMENTO: ARTICULO 116° TUO DE LA LOPJ**

**ASUNTO: RECONDUCCION DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL NO
CONSENTIDO POR ADOLESCENTES MAYORES DE 14 Y MENORES DE 18
AÑOS DE EDAD, AL ARTICULO 170° DEL CODIGO PENAL**

Lima, veintiséis de marzo de dos mil doce.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO: Teniendo en cuenta que los mayores de 14 y menores de 18 años de edad tienen derecho a ejercer sus libertades sexuales (**Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116** de fundamento Jurídico 12), habiendo surgido posiciones divergentes respecto a la ley penal aplicable para los casos de acoso sexual violento en agravio de personas dentro de la indicada escala etárea, corresponde adoptar una decisión que unifique la jurisprudencia, para asentar la seguridad jurídica, sin forzar los elementos esenciales de los tipos penales, procurando la mejor armonía dentro del sistema penal. De esa forma se evitará posturas jurisdiccionales diferentes expresadas hoy en Ejecutorias Supremas en sentido contrapuesto emitida una en la Sala Penal Permanente y la otra en Sala Penal Transitoria.

HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA DE LOS DELITOS SUB MATERIA: Los delitos contra la libertad sexual han sido tipificados por el legislador en el Título IV Delitos Contra la Libertad, Capítulo IX Delitos Contra la Libertad Sexual, del Código Penal de 1991. En dicho capítulo se regulan conductas que atañían tanto contra la libertad sexual como contra la indemnidad sexual. La protección normativa del segmento etéreo 14 -18 en el Perú, ha tenido un tratamiento errático, que finalmente ha derivado en un "sinsentido", como más adelante se analiza.

Con la promulgación del Código Penal de 1991, no existía duda alguna al diferenciar las conductas de violación de la libertad sexual (artículo 170 CP) de la de violación presunta (artículo 173 CP), reproduciéndose en esencia los postulados que el Código Penal de 1924 reconocía. Es de anotar que el artículo 173, en los tres incisos de su estructura cubría la indicada protección en tres tramos: de 0 a 7 años; de más de 7 a 10 años y de más de 10 a 14 años; por tanto, claramente las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 y menores de 18 años no se encontraban dentro del ámbito de protección de la ley penal, en tanto que los abusos sexuales en su contra se

encontraban contemplados en el artículo 170, y en su caso los artículos 171,172,174, 175,176,177,179 del CP

La Ley N° 28704, publicada el 05 de abril de 2006, modificó el artículo 173° inciso 3° del CP e introdujo un cambio radical a la regulación que existía respecto a la libertad sexual de los adolescentes de 14 y menores de 18 años de edad, dado que no sólo penalizó dicho acto sexual sea este consentido o no y equiparó el inicio de la responsabilidad penal con el inicio del libre ejercicio de la sexualidad, sino también, desde dicha data surgieron serias controversias en cuanto enfrentan directamente con dispositivos de la propia Constitución Política del Estado, referidos al libre desarrollo de la personalidad, libertad y legalidad.

De otro lado, en el artículo 179-A del CP (texto según la Ley N° 28251/2004) referido a las relaciones sexuales en casos de prostitución, con personas de 14 a 18 años se ha mantenido el castigo al usuario (agente delictivo) con pena de 4 a 6 años de privación de libertad, no obstante que hipotéticamente le correspondería la pena prevista en el inciso 3 del artículo 173 (que pretende sancionar cualquier relación sexual por cualquier motivo, desde la ley 28704/2006); surge por tanto un “sinsentido” notable originado en sede legislativa, que no favorece la finalidad afianzadora del derecho que se reconoce y exige deben tener los tipos penales hacia la colectividad, y crea espacios de aplicación desigual de las leyes penales.

Igualmente, al sancionar la seducción y los actos contra el pudor de menores, en los artículos 175° y 176° del CP, implícitamente sostienen que el objeto de protección de un mayor de 14 y menor de 18 años de edad es su libertad sexual y no su indemnidad sexual.

A su vez, de ello se colige que el legislador penal de 2006, erradicó el cuarto inciso del artículo 170 y su contenido fue trasladado modificando el inciso 3 del artículo 173 del CP, extendiendo el marco protector con una intensidad máxima, quedando prohibido absolutamente todo tipo de relación sexual con menores de cualquier edad. Así diversos pronunciamientos de control constitucional difuso acogidos por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, respecto de las relaciones sexuales consentidas con personas mayores de 14 y menores de 18 años (auto declarativo de excepción de naturaleza de acción en el caso Paraguay Quispe - Consulta N° 2224/2007sentencia Jhuallanca Arapa - Consulta N° 637/2008), así como dos Acuerdos Plenarios Supremos sucesivos, han dejado en claro que los mayores de 14 y menores de 18 años de edad gozan del derecho a la libertad para disponer de su sexualidad (y por tanto consentir o no relaciones de intimidad).

Independientemente de si la solución más óptima a ese problema es la inaplicación de la indicada norma por control difuso de constitucionalidad caso por caso, o la declaración abstracta y genérica de consentimiento como causa de justificación para todas las conductas de esta naturaleza, lo cierto es que no cabe perseguir ni castigar a nadie que se encuentre involucrado en un supuesto de esta clase.

HISTORIOGRAFÍA DEL TRATAMIENTO JURISDICCIONAL DE LA MATERIA: La Corte Suprema de Justicia de la República, en Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, emitió como doctrina legal jurisprudencial vinculante los **Acuerdos Plenarios N° 07-2007/CJ y Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116,** respecto a la interpretación del artículo 173.3° del CP. El primero de ellos establecía que cuando las relaciones sexuales con menores entre 16 y menos de

18 años fuesen voluntarias es aplicable el artículo 20.10° del CP, esto es, la exención de la pena operando la **institución** del consentimiento, dado que los adolescentes tienen libre disposición sobre su libertad sexual, tal aseveración se realiza siguiendo las pautas del Código Civil referidas a la capacidad relativa de los menores de 18 años de edad para contraer matrimonio; sin embargo, refiere este mismo acuerdo que las relaciones sexuales con menores entre 14 y menos de 16 años de edad constituye delito, limitándose a establecer que por el principio de proporcionalidad o prohibición en exceso, prevista en el artículo VIII del Título Preliminar del CP, la pena debería atenuarse hasta los **límites** considerados para los delitos tipificados en los artículos 175° y 179°-A del Código ya mencionado, siempre que concurren los siguientes factores:

- a) Diferencia etárea entre sujetos activo y pasivo no excesiva,
- b) Existencia entre sujetos activo y pasivo de un vínculo **sentimental** carente de impedimentos o tolerado socialmente, y
- c) Presencia de costumbre y percepción cultural de los sujetos que postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia **temprana**

Con este segundo acuerdo se amplió el alcance de la exención de pena por la institución del consentimiento para las relaciones con adolescentes que tienen de 14 años a más, pues -según se refiere- a partir de los artículos 175° y 176° del CP se puede concluir que los adolescentes mayores de 14 años en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad, ampliando el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de 14 a 18 años de edad.

CARÁCTER DE LOS TIPOS PENALES: El tipo penal **es** la descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el legislador (del contenido o de la materia de la norma). El tipo, es un instrumento legal que pertenece al texto de la ley. Es necesaria al poder penal, porque sin el tipo no se puede delimitar el campo de lo prohibido en el que interviene el Derecho Penal. Para la moderna teoría de la imputación, el tipo debe de acoger, en principio todos los elementos que fundamentan el contenido material del injusto de un determinado delito. Se debe describir de manera exhaustiva la materia de prohibición [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: **Derecho Penal -Parte General**. Editora Grijley, Lima, 2009, páginas Así, la Ley Penal tiene que ser **certa** y **stricta** no pudiendo ser interpretada aplicándola a situaciones o casos parecidos. Se garantiza al ciudadano su seguridad jurídica que deberá fundamentarse en la interpretación literal de la norma penal. El legislador debe redactar tipos cerrados o determinados, pues los indeterminados o abiertos procuran incertidumbre que no puede ser atendida con alcances analógicos [JAVIER VILLA STEIN: **Derecho Penal Parte General**, Tercera Edición, Editorial Grijley, Lima, página 92].

La tipificación de conductas punibles se debe establecer mediante la ley expresa libre de ambigüedad, materializando el principio de legalidad cuyo fundamento constitucional se ubica en el artículo 2 numeral 24 inciso d de la Constitución Política del Perú, que expresa que nadie podrá ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley; principio también reconocido en el artículo 112 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así también, el artículo II del Título Preliminar del Código Penal. En virtud de dicho

principio-norma, la doctrina ha declarado que la ley penal es la única fuente formal directa para establecer conductas que merecen ser sancionadas. Por ende, el principio de legalidad tiene una de sus más importantes aplicaciones en la teoría de la tipicidad [EUGENIO ZAFFARONI: Manual de Derecho Penal Parte General, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, página 374].

La racionalidad de las leyes penales, supone someter el proceso de criminalización primaria a una serie de etapas o estadios pre legislativos; importa la adecuación de la decisión normativa a los principios legitimadores del Derecho Penal bajo la concepción Política-ideológica del Estado Social y Democrático de Derecho. Las normas penales no pueden ser concebidas como una mera manifestación normativa de una actividad legislativa del Estado, pues estas importan la mayor injerencia estatal sobre los bienes jurídicos más preciados de los individuos; de tal manera que la normativa penal debe adentrarse al campo de los valores y de los fines propuestos, esto es, desde una racionalidad axiológica y teleológica a la vez. El Derecho Penal, no es la mera puesta en escena de una postura del Estado frente al delito, sino la forma racional de resolver los conflictos sociales más graves de nuestra sociedad. De ahí que la política criminal deba someterse a los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y de última ratio, como fundamentos ordenadores de la violencia punitiva en una sociedad libre y democrática [GACETA JURÍDICA: *Diálogo con la Jurisprudencia N° 108*, Análisis de la Sentencia de control constitucional difuso -caso Tome Guillén- emitida por la Segunda Sala Penal Superior de Arequipa, Lima, 2007).

CONNOTACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL: La libertad sexual tiene como objeto de tutela penal, a las facultades o capacidades de la persona de determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad, ésta se configura como una concreción de la “libertad personal”, automatizada a partir de la esfera social en la que se desenvuelven los propios comportamiento sexuales [TOMÁS GALVEZ VILLEGAS y WALTER DELGADO TOVAR: *Derecho penal - Parte Especial*, Tomo II, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2011, páginas 383/385/451]. Es una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de autodeterminarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales, por lo tanto, en el uso de dicha libertad, toda persona tiene el derecho de decidir si desea o no tener acceso camal con alguien de forma libre y voluntaria (IVAN NOGUERA RAMOS: *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual*, Editora Jurídica Griley, Lima, 2011, páginas 39/42].

Es claro que el consentimiento expresado por el titular del bien jurídico opera como causa de justificación en materia de sexualidad y exime de responsabilidad penal para quien sostiene relaciones sexuales con ellos, en pro de un sistema coherente, y opera desde los 14 años.

CONNOTACIÓN DE LA INDEMNIDAD SEXUAL: La protección de la indemnidad sexual, está relacionado con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente. Para ello, como sucede en el caso de menores, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen a *priori* de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal - Parte Especial*, Volumen O, Cuarta Edición, Editorial Grijley, Lima, 2010, páginas 645/650]. Los menores, no tienen la capacidad física ni psíquica para ejercer su derecho a orientar y decidir sobre su vida y libertad sexual, y por ello no están en condiciones de ejercer una autodeterminación capaz de comprometer válidamente su comportamiento sexual, en tal sentido, las normas y la doctrina nacional y comparada, consideran que la “indemnidad sexual” es el objeto fundamental de tutela penal respecto a los referidos menores de edad. En cuanto a los

accesos camales no consentido en agravio de menores entre 14 y 18 años, sostiene que es urgente y necesario que se regule una modalidad agravada del artículo 170° del C.P. como la prevista con la dación de la Ley N° 28251 -que modificó el artículo 170°- que contiene este supuesto, atendiendo además a la mayor entidad del injusto, pues el grado de afectación es mayor [TOMAS GAL VEZ y

WALTER DELGADO: *Derecho penal - Parte Especial*, Tomo O, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2011, páginas 383/385/451].

COLISIÓN APARENTE DE NORMAS: El conflicto de normas del mismo rango surge cuando las dos son válidas y dicha antinomia se resuelve bajo las reglas de temporalidad y especialidad. El concepto de validez implica no solo que las normas estén escritas en la ley especial o en un cuerpo codificado, sino que sean materialmente aplicables sin objeciones dogmáticas trascendentes.

La aparente colisión normativa coloca de un lado el inciso tercero del artículo 173 CP y 170 C.P.; y del otro, directamente los artículos 175, 179-A y 170 CP e indirectamente el inciso 3 de artículo 176-A del CP.

Es de resaltar que en el acervo legislativo nacional hay normas que no se han derogado pero que no son válidas; así entre otros casos, el artículo 245 C de PP (silencio del acusado en el juicio oral, objeto de desuetudo); el artículo 2 de la Ley N° 26640 (delito de contumacia, objeto de desuetudo); el artículo 95 y 100 del C de PP (señalamiento de bienes libres para el embargo, norma declarada inaplicable por inconstitucional, decisión confirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la causa 1999-2168 de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa); el artículo 10 del D. Leg. 813 (caución tasada en delito tributario, declarada inaplicable por inconstitucional, decisión confirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la causa N° 2004-2741).

Como se ha indicado, todo el artículo 173 CP tiene como sustento esencial la indemnidad sexual de los menores, como ánima esencial de todos los componentes del tipo (bien jurídico penal específicamente protegido, diferente al de la libertad sexual). La inclusión de la escala etárea del tramo 14-18 años tuvo como finalidad la de eliminar la posibilidad del consentimiento en cuestiones de índole sexual en las personas de aquellas edades; por tanto, en ninguno de los supuestos del artículo 173 CP se halla previsto el comportamiento violento de ninguna clase.

De ello se deriva que, como consecuencia del Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116, la construcción normativa del inciso 3 del artículo 173 CP resulta describiendo una conducta extraña al bien jurídico particularmente tutelado por el referido dispositivo, impertinente a su núcleo esencial o fundamental.

No obstante, es indudable que la conducta de acometimiento sexual abusivo o violento en agravio de personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, es delictiva; no ha quedado des tipificada, sino que se ubica dentro del marco de las previsiones del primer o segundo párrafo del artículo 170 CP según el caso, o del artículo 171 o 172 CP según la presencia de circunstancias que le den gravedad, o en su caso del artículo 176 o del 179-A CP.

El legislador disfuncionó la protección que intentaba generar, desarreglando además la coherencia interna en el sistema de persecución de los delitos sexuales relativos a los menores de edad.

Cabe resaltar que la disfunción generada es de tal naturaleza que afecta el Capítulo IX y se proyecta al Capítulo X del propio Título, en cuanto al artículo 179-A (usuario cliente), e incide gravemente en la tarea judicial de imposición concreta, racional y proporcional de las penas. Así, para la nueva conducta de relación sexual que según el inciso 3 del artículo 173 del CP no requiere motivo alguno, y corresponde en abstracto sanción de 25 a 30 años de pena privativa de libertad, si el agente emplea engaño (artículo 175 CP según la Ejecutoria Suprema Recurso de Nulidad N° 1028-2004-ICA de 24 de enero de 2005 bajo la ponencia del Juez Supremo Prado Saldarriaga y con la intervención, entre otros, de J. Villa Stein) la escala de sanción será de 3 a 5 años en tanto que, si la víctima en uso de su negada libertad sexual- se dedica a la prostitución (artículo 179-A), la condena será de 4 a 6 años.

Se consagra con ello un tratamiento notoriamente desigual, frente a supuestos similares, todo lo cual permite cuestionar desde el plano de la coherencia intrasistemática la validez de la construcción normativa del inciso 3 del artículo 173 del CP.

Lo que existe es una norma que ha quedado vacía de contenido sustancial (inciso 3 del artículo 173 CP), y una norma base en cuyo tipo y bien jurídico encaja **con comodidad** el supuesto de hecho indicado en el artículo 170 CP, disposición que el legislador podría, en ejercicio racional de sus potestades constitucionales, perfeccionar; existiendo además otras normas que operan armónicamente (esto es, los artículos 171 y 172 CP), en tanto que también existen otras varias normas penales que siendo válidas y no estando derogadas, han sido puestas total o parcialmente en entredicho por el contenido de la primeramente indicada (nos referimos a los artículos 175, 176-A.3 y 179-A CP). [Ver Anexo 2]

SOLUCIONES LEGISLATIVAS AL PROBLEMA: Desde la perspectiva normativa, para dar connotación conglobante y asignarle validez al texto actual del inciso 3 del artículo 173 CP, el legislador tendría que incluir en la descripción típica, la presencia de violencia (física o psicológica-amenaza-), como circunstancia de agravación en los incisos 2 y 3, o cuando menos en el 3 del artículo 173.

Pero mucho más eficaz y conveniente resulta que el legislador (atendiendo, entre otros pedidos de la sociedad civil, los planteamientos de DEMUS sobre el particular) reponga el sentido del inciso 4 del segundo párrafo (anterior versión) del artículo 170 CP, castigando como violación agravada de la libertad sexual, la conducta violenta contra personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, agregando (en realidad restableciendo) dicho supuesto de hecho en el texto actual del indicado artículo, como el inciso 6 del segundo párrafo o creando un tercer párrafo con el contenido precitado, incluyendo nueva y razonable escala punitiva, coherente con las sanciones que se han establecido para los otros delitos sexuales del mismo capítulo del Código Penal.

SOLUCIÓN JUDICIAL A LA CONTROVERSIA: No se ha de forzar el alcance del bien jurídico correspondiente a la conducta de abuso sexual en agravio de personas cuya disponibilidad de su libertad sexual se ha reconocido, por lo que en tanto no rectifique el Parlamento Nacional lo que se halla desarreglado, de todo lo precedentemente analizado se concluye que la ley válida a ser judicialmente aplicada en casos de abuso sexual de mayores de 14 y menores de 18 años, es el artículo 170 del Código Penal (entendido como tipo penal y el bien jurídico que le es propio), y según los hechos concretos, corresponderá en su caso, la aplicación de los artículos 172, 173-A, 175 y 179-A del CP o 176-A.3 CP, como fuera atinente.

Con la indicada solución, el capítulo IX (Violación de la Libertad Sexual) y el capítulo X (Proxenetismo) del Título IV (Delitos contra la Libertad) del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal, recuperan la coherencia que el legislador había distorsionado y los justiciables sometidos a los alcances de los artículos 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176 y 179-A CP, readquieren la vigencia plena del principio de igualdad ante la ley.

DECISIÓN

En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON:

ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos de los fundamentos jurídicos noveno al décimo séptimo.

PRECISAR que los fundamentos jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

SS

SAN MARTIN CASTRO

VILLA STEIN

RODRIGUEZ TINEO

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
00008-2012-PI/TC

**SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 12 de diciembre de 2012

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD
Diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el Congreso de la República

Síntesis:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el artículo 1° de la Ley N.° 28704 que modifica el artículo 173°, inciso 3°, del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad.

Magistrados firmantes:

ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS

ETO CRUZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

SUMARIO

I. ASUNTO

II. DISPOSICIÓN CUESTIONADA

III. ANTECEDENTES

- §1. Argumentos de la demanda
- §2. Argumentos de la contestación de la demanda
- §3. Argumentos del *amicus curiae* Fondo de Poblaciones de las Naciones Unidas (UNPFA) y Programa Conjunto de Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA)
- §4. Informe de la Defensoría del Pueblo (Informe de Adjuntía N.º 020-2012-ANA/DP)
- §5. Escrito presentado por Women's Link Worldwide

IV. FUNDAMENTOS

- §1. Delimitación del petitorio
- §2. Examen de constitucionalidad del sentido interpretativo del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal en cuanto protege la *indemnidad sexual* de los menores de 14 años y menos de 18 y hace irrelevante su consentimiento
 - Primera fase: determinar el ámbito normativo del derecho fundamental
 - Segunda fase: identificar la restricción en el ámbito *prima facie* garantizado por el respectivo derecho fundamental
 - Tercera fase: verificar si la restricción al derecho fundamental se encuentra justificada
 - El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de idoneidad?
 - El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de necesidad?
 - El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de proporcionalidad en estricto o ponderación?
- §3. Examen de constitucionalidad del sentido interpretativo del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal que cambia el contenido normativo establecido por el legislador penal y límites de la jurisdicción en la interpretación de la ley penal
 - 3.1. Discrecionalidad judicial limitada por la Constitución y en especial por el principio de legalidad penal
 - 3.2. Opción «interpretativa» que exime de responsabilidad penal a quien tiene relaciones sexuales consentidas con menores de edad entre 14 años a menos de 18. ¿Decisión interpretativa, aditiva o sustitutiva?



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

3.3. La opción «interpretativa» que exime de responsabilidad penal a quien tiene relaciones sexuales consentidas con menores de 14 años a menos de 18 ¿Es conforme con la Constitución?

§4. Examen de constitucionalidad del artículo 173.3 del Código Penal respecto de los derechos de los adolescentes a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad

- Primera fase: determinar el ámbito normativo del derecho fundamental
- Segunda fase: identificar la restricción en el ámbito *prima facie* garantizado por el respectivo derecho fundamental

§5. Examen de constitucionalidad del artículo 173.3 del Código Penal respecto del derecho a la igualdad

§6. Efectos de la sentencia de inconstitucionalidad

V. FALLO

8



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de diciembre de 2012, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Vergara Gotelli y Calle Hayen, que se agregan

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el artículo 1º de la Ley N.º 28704 que modifica el artículo 173º, inciso 3º, del Código Penal, publicado con fecha 5 de abril de 2006 en el diario oficial *El Peruano*.

II. DISPOSICIÓN CUESTIONADA

El artículo 1º de la Ley N.º 28704 establece lo siguiente:

Modifícase los artículos (...) 173 (...) del Código Penal, cuyo texto en lo sucesivo será el siguiente:

(...)

Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

(...)

3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

(...)

III. ANTECEDENTES

§1. Argumentos de la demanda

Con fecha 3 de abril de 2012, diez mil seiscientos nueve ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º de la ley 28704, que modifica el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, alegando que su contenido es incompatible con los derechos fundamentales de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad (en especial derechos sexuales), a la igualdad y no discriminación, de acceso a la información, a la salud (salud sexual y reproductiva) y a la vida privada e



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

intimidad de los adolescentes, además de otros derechos de rango constitucional como la interdicción de la arbitrariedad en materia penal (*última ratio* en la aplicación del derecho penal) y la protección preferente del interés superior de los niños y los adolescentes.

En general, solicitan que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de la citada disposición y que por consiguiente, deje sin efecto la penalización de todo acto sexual consentido ocurrido entre personas adolescentes de 14 a 18 años, pues dicha penalización atenta contra:

i) El derecho al *libre desarrollo de la personalidad* y, dentro de su amplio contenido, específicamente el despliegue, la exploración y el ejercicio de la propia sexualidad (derechos sexuales), que integra su contenido protegido, pues dicha regulación no supera el test de proporcionalidad al derogar los derechos sexuales de los adolescentes estableciendo penas irrazonables.

ii) El derecho de *no ser privado de información* que permita el ejercicio responsable y saludable de la sexualidad y reproducción de los adolescentes (maternidad y paternidad responsable).

iii) El *derecho a la salud* (sexual y reproductiva), así como los derechos de *intimidad y vida privada* de los adolescentes, pues al penalizar las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes y entre adolescentes y adultos, impiden a los menores acercarse libremente a establecimientos de salud para solicitar información sobre enfermedades de transmisión sexual y métodos anticonceptivos, así como la atención oportuna en caso de gestación temprana y de infecciones por contagio sexual, lo que, según refieren, no sólo genera la inconstitucionalidad en abstracto, sino sobre la "norma inconstitucional viva" (sic), y además, la inconstitucionalidad normativa se ve confirmada con el análisis objetivo de su aplicación, lo que podría implicar incluso que se establezca un "estado de cosas inconstitucional".

iv) El *derecho de igualdad y a no ser discriminado*, pues la norma cuestionada establece una regulación carente de razonabilidad cuando diferencia entre adolescentes, adolescentes mayores de dieciocho años y adultos en general que deciden ejercer su sexualidad con libertad, no superando así el test de igualdad, pues existen medidas que sin penalizar la sexualidad ejercida libremente promueven su exploración saludable, así como su ejercicio responsable e informado.

v) El *principio de interés superior del niño y el adolescente* que genera diversos mandatos para el Estado y que éste viene incumpliendo sistemáticamente.

vi) Finalmente, alegan que se contraviene el principio de lesividad, de proporcionalidad y finalidad de las penas, así como el carácter subsidiario del derecho penal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

§2. Argumentos de la contestación de la demanda

Con fecha 12 de junio de 2012 don Jorge Campana Ríos, debidamente apersonado como apoderado del Congreso de la República, contesta la demanda solicitando que se la declare INFUNDADA sosteniendo que no contraviene la Constitución por el fondo ni por la forma, total o parcialmente, tampoco directa o indirectamente.

Asimismo, solicita que se tenga en consideración que la parte demandante admite que existe al menos una interpretación de la disposición penal impugnada que es conforme con la Constitución y que ha sido realizada por la Corte Suprema de Justicia de la República mediante el Acuerdo Plenario N.º 4-2008/CJ-116, por lo que en aplicación de los principios constitucionales de conservación de la ley, de declaración de inconstitucionalidad como *ultima ratio* e *indubio pro legislatore*, no puede considerarse que la disposición cuestionada sea inconstitucional.

Señala además que la solicitud de expulsión del ordenamiento de la disposición penal impugnada no es congruente con lo señalado en uno de los extremos de la demanda. En efecto la parte demandante señala, expresamente, que “*es constitucionalmente legítimo sancionar gravemente las relaciones sexuales realizadas con violencia, coerción o aprovechamiento de una posición dominante, más aún si se tratan de adolescentes*” (p.9), lo cual significa que existe una especial preocupación para que se sancione con más severidad las violaciones sexuales contra adolescentes, y que si se expulsa la disposición penal impugnada del ordenamiento, lo que va a ocurrir es que para tales casos se tendrá que aplicar los tipos penales establecidos para la violación sexual de mayores, los cuales contemplan sanciones menos severas.

§3. Argumentos de los *amicus curiae* Fondo de Poblaciones de las Naciones Unidas (UNPFA) y Programa Conjunto de Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA)

En su escrito de fecha 4 de julio de 2012, dichas instituciones apoyan la inconstitucionalidad del artículo 1º de la Ley N.º 28704, en el extremo que modifica el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal pues estiman que vulnera los derechos a la libertad, libre desarrollo de la personalidad, intimidad, igualdad y los derechos sexuales y reproductivos de los y las adolescentes (sic).

Refieren además que la norma cuestionada tipifica como delito de violación las relaciones sexuales libres y voluntarias (sin coacción o engaño) en las que participe una persona mayor de 14 y menor de 18 años. De este modo –sostienen– se estableció el límite de la indemnidad sexual en los 18 años, es decir, “la norma considera a los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

adolescentes entre los 14 y 18 años como incapaces de comprender el acto sexual y disponer de su realización, por lo que su consentimiento carece de valor.”

Asimismo, mencionan que una de las consecuencias de la norma impugnada es que, “por ejemplo, cuando una menor de edad sale embarazada acude a una posta médica, hospital o clínica para atenderse de cualquier problema, el médico debe denunciar el hecho a las autoridades, motivando que la pareja de la menor – independientemente de su edad o su relación afectiva con ella– sea denunciado y detenido. De esta manera, la norma cuestionada tiene como efecto inhibir a los y las adolescentes de acudir a los establecimientos de salud para solicitar información, prevención y tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual, métodos anticonceptivos y planificación familiar”.

§4. Argumentos de la Defensoría del Pueblo (Informe de Adjuntía N.º 020-2012-ANA/DP)

En el informe presentado con fecha 11 de julio de 2012, la Defensoría del Pueblo opina que el inciso 3) del artículo 173º del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, es inconstitucional por las siguientes razones: *a)* desconoce a los y las adolescentes como sujetos de derecho, contraviniendo la Constitución y la Convención sobre los derechos del niño; *b)* vulnera el derecho a la salud sexual y reproductiva, porque constituye una barrera para que los y las adolescentes puedan acceder a tratamientos destinados a evitar el embarazo adolescente y prevenir infecciones de transmisión sexual (ITS); *c)* vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues impide que los y las adolescentes puedan ejercer su sexualidad ignorando que ésta es un componente integral de la salud de todo ser humano; y, *d)* vulnera el derecho a la intimidad de los y las adolescentes porque implica una intromisión en el ámbito de su privacidad.

§5. Escrito presentado por Women’s Link Worldwide

Con fecha 9 de agosto de 2012, la organización no gubernamental sin ánimo de lucro Women’s Link Worldwide presenta un escrito en el que apoya la demanda de inconstitucionalidad de autos y expone argumentos que, según refiere, desde el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comparado, coadyuvarán en el análisis del caso.

IV. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare inconstitucional el artículo 1º de la Ley N.º 28704, que modifica el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, en la medida



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

en que modifica los delitos de violación sexual de menor, estableciendo lo siguiente *“Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años”*.

2. Los demandantes alegan que dicha disposición penal vulnera los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a no ser privado de información, a la salud (sexual y reproductiva), a la igualdad y a no ser discriminado, y el principio de interés superior del niño y el adolescente, en la medida en que se sanciona a los adolescentes de 14 a 18 años que tienen relaciones sexuales pese al consentimiento de estos. Finalmente, alegan que la aludida disposición también contraviene el principio de lesividad, proporcionalidad y finalidad de las penas, así como el carácter subsidiario del derecho penal.
3. Atendiendo a la materia controvertida en el presente caso, es necesario precisar que en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha establecido que en todo precepto legal se puede distinguir entre *disposición* y *norma*. La *disposición* es “el texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal”, mientras que la *norma* es “el contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella” [Cfr. Expediente N.º 00010-2002-AI/TC FJ 34].
4. Tomando en consideración los argumentos expresados por las partes, se desprende que son dos los sentidos interpretativos que se le puede atribuir a una misma disposición como es el citado artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704: el primero, que refleja la voluntad del legislador penal y al que se refieren los demandantes, que denominaremos sentido interpretativo 1 (*si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años*), considera que dicha disposición penal es incompatible con la Constitución, toda vez que al buscar proteger la *indemnidad sexual* de los menores de edad entre 14 años a menos de 18, asume que no están en condiciones de decidir sobre su libertad sexual y que por ello su consentimiento es irrelevante.

El segundo sentido interpretativo, propuesto por el demandado, recogiendo acuerdos plenarios de la jurisdicción penal, que denominaremos sentido interpretativo 2 (*si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor*), considera que dicha disposición es compatible con la Constitución, toda vez que al buscar proteger la *libertad sexual* de los menores de 14 a 18 años de edad, asume que están en condiciones de decidir sobre su libertad sexual y que, por ello, el consentimiento de dichos menores es relevante, siendo de aplicación el artículo 20º, inciso 10), del Código Penal, que exime de responsabilidad penal a quien actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

5. Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que su labor de control en el presente caso debe realizarse mediante el siguiente *iter*: *i)* verificar si el sentido interpretativo 1 de la disposición penal impugnada es compatible o no con la Norma Fundamental. De considerarse compatible, la demanda deberá ser desestimada; *ii)* si se considera incompatible el sentido interpretativo 1, antes de declarar la inconstitucionalidad de dicha disposición y expulsarla del ordenamiento jurídico, deberá analizarse el sentido interpretativo 2 de la misma disposición penal, tal como lo exige la Segunda Disposición Final de la Ley N.º 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional, a efectos de verificar si éste resulta conforme con la Constitución y la salva de su declaratoria de inconstitucional; y, *iii)* si el mencionado sentido interpretativo 2 no resulta conforme con la Norma Fundamental, entonces deberá declararse la inconstitucionalidad de la respectiva disposición penal.

§2. Examen de constitucionalidad del sentido interpretativo del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal en cuanto protege la *indemnidad sexual* de los menores de 14 años y menos de 18, y hace irrelevante su consentimiento

6. Corresponde examinar el *sentido interpretativo 1*, el que, como se ha mencionado, refleja la intención del legislador penal. Conforme a dicha interpretación (*si la víctima tiene entre 14 y 18 años de edad, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años*), el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, es inconstitucional por vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, toda vez que al buscar proteger la *indemnidad sexual* de los menores de 14 a 18 años de edad, asume que estos, en ningún caso, están en condiciones de decidir sobre su libertad sexual y que, por ello, su consentimiento es irrelevante.

El análisis de la disposición penal cuestionada en el sentido interpretativo antes expuesto se hará conforme al examen escalonado de control de restricciones a los derechos fundamentales.

Argumentos de los demandantes

7. Alegan que cuando el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, establece, en el caso de los delitos de violación sexual de menores, que si la víctima tiene entre 14 y 18 años de edad, la pena será no menor de 25 ni mayor de 30 años, está vulnerando el derecho de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad.
8. Asimismo, refieren que los derechos sexuales, en tanto manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, implican el derecho de las personas a decidir de manera libre sobre su sexualidad independientemente de la edad (sic), condición



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

social, raza y religión, y además, que “la regulación penal como está configurada ahora sólo refleja el desfase del legislador, que no entiende al adolescente como sujeto de derechos, obviando que ellos se relacionan también en el ámbito sexual, lo cual no tiene un solo aspecto físico, sino también psicológico cuando se trata de relaciones amorosas”.

9. Finalmente, manifiestan que la cuestionada disposición penal no supera el principio de proporcionalidad, lo que termina por acreditar la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En cuanto a la idoneidad, refieren que “la finalidad de penalizar las relaciones sexuales con adolescentes es salvaguardar su indemnidad sexual, es decir, garantizar que su libertad sexual no sea violentada y padezcan agresiones sexuales, lo cual puede ser especialmente grave y sensible con respecto a niños y adolescentes”. Así, “si bien se trata de proteger un bien de relevancia constitucional, la sanción establecida, que penaliza cualquier tipo de relación sexual sostenida con adolescentes, con prescindencia de su consentimiento, no ayuda a ello”.

En cuanto a la necesidad, pese a afirmar que no sería necesario continuar con este examen, refieren que una forma correcta de proteger la indemnidad sexual sería penalizar las relaciones no consentidas, incluso con penas gravísimas, pero que en ningún caso debe incidirse innecesariamente en el ejercicio libre de la sexualidad.

En cuanto a la proporcionalidad en estricto, la disposición impugnada es una medida excesiva si se tiene en cuenta que la afectación del derecho a la libertad sexual es gravísima y que la optimización de la indemnidad sexual es nula dado que se trata de relaciones sexuales consentidas.

Argumentos del demandado

10. Afirma que un sujeto sólo podría ser sancionado por la comisión del delito previsto en el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal si se superan tres exámenes: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Respecto de la tipicidad objetiva en la que se verifica los requisitos como sujetos, conducta y objeto material, refiere que en la disposición impugnada el sujeto activo debe ser una persona mayor de edad, lo que excluye a los menores entre 14 y 18 años de edad.
11. Sostiene además que “la disposición penal impugnada no resulta aplicable a los adolescentes, por lo que no se puede sostener que se atenta contra su *facultad de determinar con quién se ha de mantener dichas relaciones*”. Por tanto, no es posible sostener que la disposición penal impugnada vulnera el derecho al libre



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

desarrollo de la personalidad de los menores de edad que tienen entre 14 y 18 años de edad, en lo que se refiere al ámbito de las relaciones sexuales.

12. En cuanto a la afectación del principio de proporcionalidad, manifiesta específicamente en cuanto a la idoneidad de la medida, que la parte demandante parece confundir la indemnidad o intangibilidad sexual con la libertad sexual como fin constitucionalmente legítimo. Asimismo, refiere que “si el fin constitucionalmente legítimo es proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, no se puede afirmar, tal como lo hace la parte demandante, que la “sanción establecida, que penaliza cualquier tipo de relación sexual sostenida con adolescentes, con prescindencia de su consentimiento, no ayuda a ello”. Así pues, menciona: “la medida cuestionada es idónea para proteger tal fin al establecer como tipo penal el tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realizar otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad que tiene entre 14 años y menos de 18”, por lo que la medida analizada supera el subprincipio de idoneidad.
13. Respecto del examen de necesidad de la disposición penal cuestionada, menciona que en la demanda no se plantea una medida alternativa que, a la vez, sea: 1) idónea para proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de edad entre 14 años y menos de 18; y, 2) más benigna con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los mayores de edad. Por tanto, la medida cuestionada supera el subprincipio de necesidad.
14. Respecto del principio de proporcionalidad en estricto, refiere que si se compara el grado de realización de la protección de la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de edad entre 14 años y menos de 18; y el grado de afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los mayores de edad en el ámbito de su sexualidad, se puede concluir que la medida impugnada resulta proporcional en sentido estricto y que, por ende, supera el test de proporcionalidad.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

15. El Tribunal debe juzgar si la disposición penal cuestionada constituye una intervención injustificada en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Tal control de constitucionalidad presupone un análisis del caso a partir de un examen escalonado compuesto de tres fases [Exp. N.º 00665-2007-PA/TC FJ 5]. Estas fases son las siguientes: *i)* determinar el ámbito normativo del derecho fundamental; *ii)* identificar la restricción en el ámbito *prima facie* garantizado por el respectivo derecho fundamental; y *iii)* verificar si la restricción al derecho fundamental se encuentra justificada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

➤ *Primera fase: determinar el ámbito normativo del derecho fundamental*

16. Se trata, en esta primera fase, de que el Tribunal indague sobre las posiciones iusfundamentales *prima facie* garantizadas por el derecho. Ello presupone dar respuesta a las interrogantes sobre cuáles son las posiciones iusfundamentales protegidas *prima facie* por el derecho, quién es el sujeto activo o titular del derecho; y quién o quiénes son sus sujetos pasivos o los obligados.
17. En el presente caso, en cuanto a las *posiciones iusfundamentales* protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, cabe mencionar que tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional [Exp. N.º 02868-2004-AA/TC FJ 14], dicho derecho, reconocido en el artículo 2º, inciso 1), de la Constitución, “garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad (...) es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres”.
18. Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.
19. Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.
20. Evidentemente, uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es la libertad sexual. En efecto, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional “las relaciones amorosas y sexuales (...) se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad (...) se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y realización de la vida privada (...) de una persona, propia de su autonomía y dignidad [Exp. N.º 03901-2007-PA/TC, FJ 13 y Exp. N.º 01575-2007-PHC/TC FJ 13].
21. En general, la libertad sexual puede ser entendida como la facultad de las personas para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad. Tiene como contenido



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

constitucional, una *dimensión negativa* vinculada con la exigencia dirigida hacia al Estado o cualquier persona de no interferir en el libre desarrollo de la actividad sexual de un ser humano, así como una *dimensión positiva* conformada por la libertad de decidir la realización del acto sexual, es decir, de decidir con quién, cómo y en qué momento se puede realizar acto sexual.

22. En cuanto a la *titularidad del derecho* a la libertad sexual como parte de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, queda claro que son titulares todos los mayores de 18 años de edad. En lo que al caso importa, el Tribunal Constitucional estima que, conforme a determinados elementos normativos y fácticos que operan en el ordenamiento jurídico peruano, prima facie, los menores de edad entre 14 años y menos de 18 también pueden ser titulares de dicho derecho. Las razones que justifican tal consideración son las siguientes:

- i) La Convención sobre los Derechos del niño, aprobada mediante Resolución Legislativa N.º 25278 de fecha 3 de agosto de 1990, establece lo siguiente: “artículo 1: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, y artículo 6º: “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”, y “2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

El artículo 5º de dicha convención prevé que “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” [resaltado agregado], lo que, en términos de la Defensoría del Pueblo, en el informe adjuntado en autos, se encuentra vinculado fundamentalmente al *principio de evolución de facultades del niño y del adolescente*, el mismo que “ocupa un lugar central en la búsqueda del equilibrio entre el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como protagonistas activos de su propia vida, y la necesidad de recibir protección en correspondencia con su situación de vulnerabilidad, en la medida que las personas menores de edad, especialmente los y las adolescentes, siguen siendo vulnerables frente a diversas situaciones perjudiciales, entre ellos el abuso sexual”.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos” [Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 199].

- ii) Los artículos I y II del Título Preliminar del Código de los niños y adolescentes prevén, respectivamente, que “se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad” y “el niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica (...)”.
- iii) La capacidad de los adolescentes entre 14 años y menos de 18 para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad en el ordenamiento jurídico peruano se encuentra acreditada, en general, por determinadas disposiciones legales en materia civil y penal, tal como lo resalta de manera acertada la jurisdicción penal en el Acuerdo Plenario N.º 4-2008/CJ-116:

7. (...) corresponde establecer, desde la Constitución y las normas legales vigentes, desde qué edad una persona tiene libertad para disponer de su sexualidad y, por consiguiente, hasta cuándo el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual.

El Código Civil, aparentemente, determina ese punto al establecer en sus artículos 44º [Son relativamente incapaces: 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad]; 46º [La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste. Tratándose de mayores de catorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos: 1. Reconocer a sus hijos. 2. Reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto. 3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos]; y 241º [No pueden contraer matrimonio: 1. Los adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse]; que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio. Ese plexo normativo, de un lado, implicaría que quien tiene esa edad tiene la capacidad necesaria para autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual; y, de otro lado, zanjaría la cuestión desde la perspectiva jurídico penal (...).

8. Sin embargo, es de señalar que existen otras normas, igualmente vigentes, que se refieren al tema e integran figuras jurídico penales clásicas de nuestro Derecho punitivo, (...). Así, el artículo 175º del Código Penal, que contempla el tipo legal de seducción, sanciona al que mantiene relaciones



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

sexuales con una persona que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre catorce años y dieciocho años, viciando su voluntad por medio del engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión que la víctima tiene, en principio, libertad para disponer de su sexualidad, libertad que sin embargo ha sido afectada por un consentimiento obtenido mediante un medio ilícito (engaño).

De igual manera, el artículo 176°-A del mismo Código, que tipifica el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor (...).

El análisis sistemático de estas dos últimas normas [175° y 176-A del Código Penal] permite concluir que los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos (...).

- iv) En el “Estudio Diagnóstico en Adolescentes en el Perú”, elaborado por la Universidad Peruana Cayetano Heredia (2005), con una población de 2181 adolescentes de 15 a 19 años, de Lima Metropolitana, Huancayo e Iquitos, ciudades que, según se refiere, son “representativas de los tres ámbitos socio cultural y ecológico de nuestro país”, se sostuvo lo siguiente: “La edad de inicio de relaciones sexuales reportada en el grupo de 15 a 19 años varía por ciudades, encontrándose las edades más tempranas en Iquitos. En este grupo etario alrededor del 20% de las mujeres y 40% de los varones reportan ya haber tenido relaciones sexuales” (p.30) [resaltado agregado].
- v) En la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES) 2011, elaborada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), se estableció, en cuanto a las *características de la población*, y específicamente a las “*Mujeres en edad fértil*”, que “Las mujeres en edad fértil, de 15 a 49 años de edad, representaron el 25,3 por ciento de la población total del país y el 49,7 por ciento de la población femenina del país” [resaltado agregado].
- vi) En el “Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021”, elaborado por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y aprobado mediante Decreto Supremo N.º 001-2012-MIMP, se establece en el punto 2.4, denominado “la adolescencia de 12 a 17 años de edad”, que “de acuerdo a los resultados de la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar –ENDES 2010, el 13,5% de las adolescentes de 15 a 19 años de edad tenían al menos una hija o hijo o estaban embarazadas de su primera hija o primer hijo” [resaltado agregado].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

De lo expuesto, si bien se puede concluir que *prima facie*, los menores de edad entre 14 años y menos de 18, en tanto titulares del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (en el ámbito de la libertad sexual) pueden ejercerlo, también se debe concluir a su vez dos asuntos de la mayor importancia: i) que conforme al *principio de evolución de facultades del niño y del adolescente*, debe reconocerse que tales adolescentes irán desarrollando, *progresivamente*, el nivel psicofísico óptimo de ejercicio del mencionado derecho fundamental, para lo cual es indispensable la educación que sobre el particular puedan brindar los padres, el Estado y la sociedad en general; y, ii) que poseer dicha libertad sexual implica también conocer las consecuencias que puede originar su ejercicio, tal como se destaca en el mencionado “Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021”, según el cual “existe consenso en que el embarazo en edad temprana es un evento que afecta la salud física, mental y social de la futura madre, así como del recién nacido. Para las adolescentes madres o embarazadas pobres, la maternidad viene acompañada de una serie de situaciones adversas que empeoran su condición. Estas madres a menudo sufren carencias y tensiones; además, su ambiente familiar se caracteriza frecuentemente por graves problemas económicos y sociales, pobreza, desempleo, subempleo, informalidad, alcoholismo, prostitución, bajos niveles de escolaridad o carencia de ella, violencia, entre otros”.

23. En cuanto a quiénes son los sujetos pasivos u obligados por el derecho a la libertad sexual como parte de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, uno de los principales obligados es definitivamente el Estado, que tiene el deber de no intervenir desproporcionadamente en este derecho.

➤ *Segunda fase: identificar la restricción en el ámbito prima facie garantizado por el respectivo derecho fundamental*

24. Consiste en verificar si los actos que se representan como lesivos suponen una intervención en el ámbito normativo del derecho fundamental. De una intervención en el ámbito normativo de un derecho fundamental se habla cuando el acto reclamado supone una injerencia en las potestades *prima facie* garantizadas por el derecho. La relevancia de esta fase del análisis radica en lo siguiente: (i) si el Tribunal constata que el acto (o los actos) cuestionado(s) no constituye(n) una injerencia en el ámbito del derecho *prima facie* protegido, el análisis concluye que no se trata de una controversia que atañe al contenido constitucionalmente protegido del derecho en cuestión; y, (ii) si el Tribunal constata que se ha producido una intervención en el ámbito normativo *prima facie* garantizado por el derecho, se pasa a la tercera fase.

25. En el presente caso, el cuestionado artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, sanciona a todo aquel que tenga relaciones sexuales con menores de 14 años de edad a menos de 18, independientemente de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

que se manifieste consentimiento en dichas relaciones. Teniendo en cuenta el mencionado contenido prohibitivo, respecto de dichos menores de edad, es evidente que constituye una intervención en el ámbito *prima facie* garantizado por su libertad sexual como componente del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues al hacer irrelevante el consentimiento de los menores que tengan entre 14 años y menos de 18, interviene y limita la libertad de autodeterminación de estos en el ámbito de su sexualidad. Si esta intervención, restricción o limitación es legítima o justificada es un asunto que se verificará en la siguiente fase.

➤ *Tercera fase: verificar si la restricción al derecho fundamental se encuentra justificada*

26. Consiste en determinar si la intervención en el ámbito normativo del derecho fundamental se encuentra justificada, tanto desde una perspectiva formal como material. Dado que los derechos fundamentales, por regla general, no tienen la condición de derechos absolutos, una intervención en el ámbito *prima facie* garantizado por el derecho no puede considerarse como sinónimo de violación del mismo.

Tal situación jurídico-constitucional sólo se producirá si, en relación con el específico derecho fundamental de que se trate, el Tribunal observa que no se han respetado las diversas exigencias que la Constitución establece como criterios de justificación para su intervención (v.g. principio de legalidad o reserva de ley; reserva de jurisdicción; irretroactividad de la ley; principio de proporcionalidad, etc.).

En cuanto a dichos criterios de justificación en el ámbito penal, Palazzo sostiene que “en cierto sentido, la política criminal se ve afectada por un proceso de constitucionalización, especialmente evidente cuando se va más allá de la definición de los principios constitucionales en materia penal y la aclaración minuciosa de los posibles contenidos en ellos implícitos (legalidad, determinación de la ley penal, culpabilidad, reeducación), hasta arribar a la formulación de verdaderos y propios criterios constitucionales de ejercicio de la discrecionalidad legislativa (criterio de proporcionalidad y ponderación de los intereses penalmente en juego, criterio de *última ratio* de la tutela penal, etc.)” [PALAZZO, Francesco, “Costituzione e diritto penale (un appunto sulla vicenda italiana)”. En: *Rivista de Diritto Costituzionale*, 1999, Giappichelli Editore, pp. 167-181].

27. En el presente caso, en cuanto a la verificación sobre si la restricción identificada cumple con la reserva de ley, cabe mencionar que dicho requisito es cumplido en la medida en que la restricción se encuentra contenida en la Ley N.º 28704, que modifica el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

28. Seguidamente corresponde examinar si la prohibición establecida por la disposición penal impugnada puede considerarse como una intervención válida o justificada constitucionalmente. Para tal efecto se utilizará el principio de proporcionalidad penal, el mismo que, siguiendo a Hassemer, se constituye en un principio central en un Derecho de la intervención como es el derecho penal, exigiendo que las intervenciones en este ámbito deben ser necesarias y adecuadas para lograr su objetivo y también deben ser razonables o proporcionadas en cada caso [Hassemer, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro*. Revista Penal, N° 1, 1997, p.39].
29. Si la intervención o limitación que contiene la disposición penal impugnada supera este examen dicha intervención será válida constitucionalmente o, en caso contrario, inválida.
- *El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de idoneidad?*
30. Este examen exige, en primer término, la identificación de un fin de relevancia constitucional, y, una vez determinado tal fin, verificar si la medida legislativa es idónea o adecuada para lograr tal fin.

31. En cuanto a lo primero, se debe verificar la existencia de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa penal que limita un derecho fundamental. Esta verificación será uno de los ámbitos en los que se manifestará el aludido principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, así como el principio de lesividad. En efecto, la prohibición de una conducta mediante la limitación de derechos fundamentales sólo será constitucionalmente válida si ésta tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y cuando la conducta prohibida lesione o ponga en peligro los referidos bienes jurídicos. Precisamente, esta relevancia constitucional del bien jurídico que se pretende proteger y la dañosidad social de la conducta que lesione o ponga en peligro tal bien jurídico justifican que este bien sea *merecedor* de protección por parte de Estado.

En este punto es importante distinguir entre el *objetivo* y la *finalidad* que persigue la disposición penal impugnada. El *objetivo* tiene que ver con el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través de una disposición penal. La *finalidad* comprende el bien jurídico de relevancia constitucional que el órgano productor de la norma ha pretendido alcanzar a través de una disposición penal.

Cabe destacar que en materia constitucional penal el *objetivo* y la *finalidad* de una disposición penal se relaciona directamente con los denominados fines de la pena (Expediente N.º 00012-2010-PI/TC FFJJ 17 a 19), en el siguiente sentido:

