

# Universidad Católica de Santa María

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Escuela Profesional de Derecho



## **“AUSENCIA DE PROTECCIÓN PENAL DIFERENCIADA PARA LOS ADOLESCENTES MAYORES DE 14 Y MENORES DE 18 AÑOS DE EDAD, EN EL DELITO REGULADO EN EL ARTÍCULO 176 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO VIGENTE, PERÚ, 2018”**

**Tesis presentada por el Bachiller:**

Farfán Bedoya, Wendor Gonzalo

**para optar el Título Profesional de  
Abogado**

**Asesor:** Dr. Pari Taboada, Mauro

**AREQUIPA – PERÚ**

**2018**

Arequipa, 11 de Octubre del 2018

SEÑOR:

DECANO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

DR. GABRIEL TORREBLANCA LAZO


PRESENTE.-

Que, habiendo realizado el análisis del borrador de Tesis "Ausencia De Protección Penal Diferenciada Para Los Adolescentes Mayores De 14 Y Menores De 18 Años De Edad, En El Delito Regulado En El Artículo 176 Del Código Penal Peruano Vigente"; presentada por el Bachiller Wendor Gonzalo Farfán Bedoya, se han llegado a las siguientes conclusiones:

Se tiene que la hipótesis y las conclusiones se encuentran dentro del marco de la investigación realizada. Sin perjuicio de ello, soy de la opinión que al haberse emitido una ley durante el desarrollo de la misma, la investigación se ha visto dificultada, conforme ha sido conversado con el tesista. Sin embargo, se emite el presente a fin que pueda continuarse con el trámite establecido para el presente proyecto de investigación.

Sea la oportunidad para expresarle mi aprecio y estima personal.

Atentamente,



---

BERLY CANO SUÁREZ

Arequipa, 24 de Octubre del 2018

SEÑOR:

DECANO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

DR. GABRIEL TORREBLANCA LAZO

PRESENTE.-

Que, habiendo realizado el análisis del borrador de Tesis "Ausencia De Protección Penal Diferenciada Para Los Adolescentes Mayores De 14 Y Menores De 18 Años De Edad, En El Delito Regulado En El Artículo 176 Del Código Penal Peruano Vigente"; presentada por el Bachiller Wendor Gonzalo Farfán Sedoya, se han llegado a las siguientes conclusiones:

Expreso mi conformidad con el trabajo realizado por el bachiller y considero que tiene mérito necesario para la sustentación del borrador de tesis titulado "Ausencia De Protección Penal Diferenciada Para Los Adolescentes Mayores De 14 Y Menores De 18 Años De Edad, En El Delito Regulado En El Artículo 176 Del Código Penal Peruano Vigente".

Sea la oportunidad para expresarle mi aprecio y estima personal.

Atentamente,



Dr. MARY-LUZ CÁTACORA MOLINA  
Cód. Docente 2506.



## **EPÍGRAFE**

*“Si te dan un papel pautado, escribe  
atrás”*

*Nelson Mandela*

## DEDICATORIA

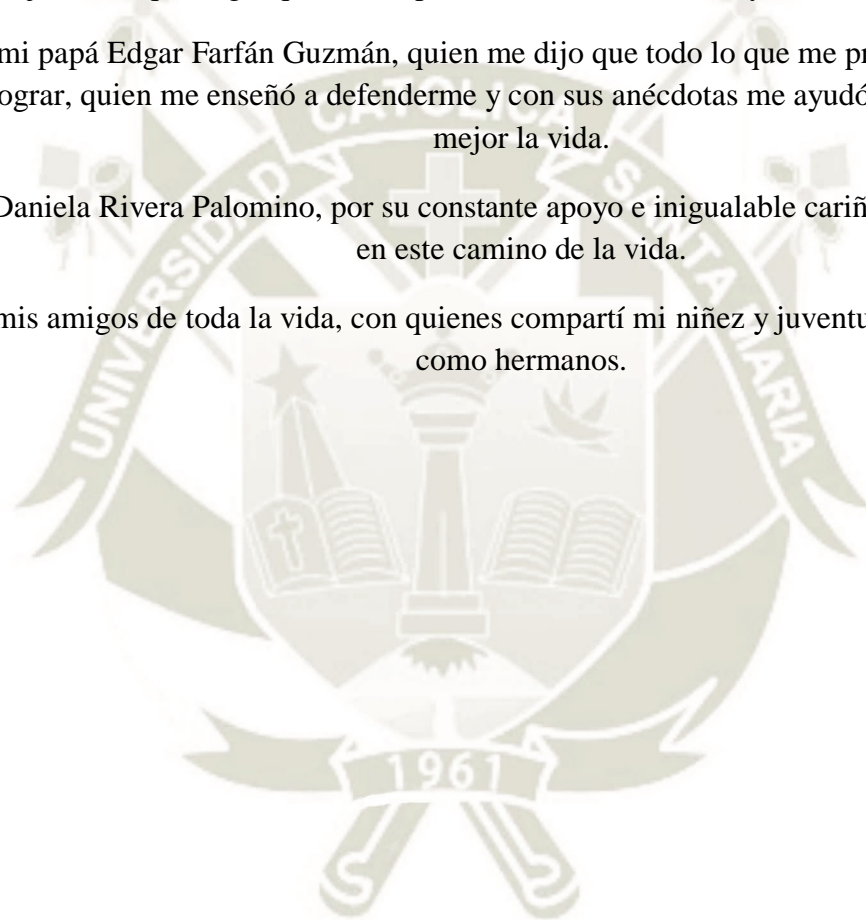
A Dios y en especial a la Virgen María, en quienes deposito toda mi fe y encomiendo mi día a día.

A mi mamá Geannet Bedoya Gómez, quien me enseñó con el ejemplo a ser valiente y el mejor en lo que haga, quien veló por mí infinidad de veces y a la cual le debo todo.

A mi papá Edgar Farfán Guzmán, quien me dijo que todo lo que me proponga lo voy a lograr, quien me enseñó a defenderme y con sus anécdotas me ayudó a comprender mejor la vida.

A Daniela Rivera Palomino, por su constante apoyo e inigualable cariño, mi compañera en este camino de la vida.

A mis amigos de toda la vida, con quienes compartí mi niñez y juventud y ahora somos como hermanos.



## INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de los delitos sexuales, estamos refiriéndonos a una categoría jurídico-penal regulada en nuestra Ley, la misma que hace alusión a todos los comportamientos sexuales que constituyan un delito, en cuanto encuadren en un tipo penal previamente establecido. Nuestro Derecho Penal prevé, en los delitos sexuales, la protección de dos bienes jurídicos: La Indemnidad o Intangibilidad Sexual y la Libertad Sexual. El primero de ellos opera cuando los delitos sexuales recaen sobre menores de catorce años, puesto que la ley penal presume que dichas personas carecen de autonomía para decidir su comportamiento en el ámbito sexual; mientras que se ha decidido legalmente que la Libertad Sexual será el bien jurídico protegido en los demás casos, es decir, cuando la víctima cuente con una edad mayor a los 14 años.

La presente investigación: la “Ausencia de Protección Penal Diferenciada para los adolescentes de 14 y menos de 18 Años de edad, en el delito regulado en el Artículo 176 del Código Penal Peruano vigente”; busca determinar cuál es el tratamiento en la práctica forense, cuando las personas con el rango de edad antes mencionado son víctimas de Actos contra el Pudor no consentidos, la trascendencia del mismo y si constituye una laguna de nuestro Derecho Penal, que merezca su protección.

El informe comprende cuatro capítulos. En el primero de ellos, abordamos los delitos contra la Libertad Sexual, donde se explica la Libertad Sexual como Bien Jurídico Protegido, cómo se ha llegado legalmente al consenso en el Perú que ésta sea de aplicación para mayores de 14 años de edad, así como se analiza las conductas previstas en nuestro ordenamiento legal que integran los delitos contra la Libertad Sexual. Además, tenemos el desarrollo de los delitos contra la Indemnidad Sexual, donde se aborda a la Indemnidad o Intangibilidad Sexual como Bien Jurídico Protegido, la determinación de que en nuestro país su protección se ha definido para las personas menores de 14 años y finalmente también se analiza las conductas que integran los delitos contra la Indemnidad Sexual.

En el segundo capítulo, tenemos el texto que estuvo previsto en el artículo 176 del Código Penal -al momento que se inició con la presente investigación- para la regulación del delito de Actos contra el Pudor en personas mayores de 14 años, además

se analiza el Nomen Iuris, se desarrolla brevemente la Libertad Sexual como Bien Jurídico Protegido, asimismo se examina la tipicidad objetiva, agente activo, sujeto pasivo, tipicidad subjetiva, medios idóneos, circunstancias agravantes del delito, consumación, tentativa, penalidad y las formas agravadas previstas para los delitos sexuales. Así como, se realiza el desarrollo legislativo en el Perú de los Actos contra el Pudor conforme se encontraban previstos en códigos anteriores, como fue recogido en el código vigente de 1991 y su evolución en adelante, y también se analiza su regulación en el Derecho comparado.

En el tercer capítulo, se presenta casuística y estadísticas correspondientes al Año 2017 y hasta Mayo del 2018, en las que se evidencia la incidencia del delito en análisis y cómo han concluido los procesos de Actos contra el Pudor no consentidos en Adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 años en la ciudad de Arequipa; así como se analiza a la violencia o grave amenaza como elementos constitutivos del tipo base y después se expone la considerable incidencia que demanda el delito regulado en el artículo 176 del Código Penal en los adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 años.

En el cuarto capítulo, se analiza la nueva regulación de los Actos contra el Pudor bajo el Nomen Iuris de Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento, a raíz de la dación de la Ley N° 30838 que entró en vigencia en fecha 05 de Agosto del 2018, examinando cada uno de los elementos que integran el tipo penal, luego se argumentan los aciertos y desaciertos tanto del artículo 176 como de los artículos que tienen conexidad directa con éste, como son el 177, 88-A y el artículo 5 de la Ley N° 30838.

Finalmente, se presentan las conclusiones, la sugerencia con una propuesta legislativa referente a un proyecto de ley, finalmente se muestra la bibliografía que posibilitó el desarrollo de la presente investigación.

El Autor

## RESUMEN

La presente investigación está enfocada en analizar si las personas de 14 y menores de 18 años de edad, se encuentran adecuadamente protegidas en el artículo 176 del Código Penal Peruano vigente, para ello examinaremos si éstas gozan de una protección penal diferenciada por su calidad de adolescentes.

Puesto que, con la entrada en vigencia del Código Penal Peruano de 1924 se ha introducido en nuestro ordenamiento penal por primera vez el delito de Actos contra el Pudor, si bien en dicha oportunidad únicamente se previó éste delito para los menores de 14 años, fue el antecedente que advirtió su regulación en el Código Penal de 1991, tanto para éste sector como para los mayores de 14 años.

Sin embargo, cabe analizar si existe una tipificación adecuada prevista para proteger a los adolescentes de 14 años y menores de 18 años de edad frente a dicho delito, en la que han debido de tomarse en cuenta los argumentos legales ya establecidos y también las diferencias particulares con las que cuentan en el aspecto biológico y psicológico-conductual, los cuales fundamentan su tutela y de forma diferenciada.

En la actualidad, es un criterio uniforme el proteger a los niños privilegiadamente con penas durísimas para sus agresores en los diferentes delitos sexuales previstos en nuestro ordenamiento penal, sin embargo –consideramos- que los adolescentes también importan y deben ser protegidos de forma distinta, más aún en éste delito cuya incidencia en ellos es considerablemente amplia.

Ésta tesis se ha realizado con el interés de dar a conocer la problemática en la que se encuentran los adolescentes de 14 años y menores de 18 años de edad, en el artículo 176 del Código Penal Peruano vigente, advirtiendo una ausencia de protección penal diferenciada en favor de éste sector de la población.

**Palabras claves:** Delito sexual, libertad sexual, indemnidad sexual

## ABSTRACT

The present investigation is focused in analyzing if the people of 14 and under 18 years of age, are adequately protected in the article 176 of the Peruvian Penal Code in force, for it we will examine if they enjoy a differentiated criminal protection for their quality of adolescents.

Since, with the entry into force of the Peruvian Penal Code of 1924, the crime of Acts against the Pudor has been introduced into our criminal law for the first time, although on that occasion only this offense was envisaged for children under 14 years of age. the antecedent that noticed its regulation in the Penal Code of 1991, both for this sector and for those over 14 years.

However, it is necessary to analyze whether there is a proper classification designed to protect adolescents aged 14 and under 18 years of age against said crime, in which the legal arguments already established and also the particular differences must have been taken into account. with those that count in the biological and psychological-behavioral aspect, which base their guardianship and in a differentiated way.

Currently, it is a uniform criterion to protect children privileged with very harsh penalties for their aggressors in the different sexual crimes provided in our criminal law, however, we believe that adolescents also matter and should be protected in a different way, more even in this crime whose incidence in them is considerably wide.

This thesis has been made with the interest of raising awareness of the problem in which adolescents of 14 years and under 18 years of age are found, in article 176 of the Peruvian Penal Code, warning of an absence of differentiated criminal protection in favor of this sector of the population.

**Keywords:** Sexual offense, sexual freedom, sexual indemnity

## ÍNDICE

- **INTRODUCCIÓN**
- **RESUMEN**
- **ABSTRACT**

### CAPÍTULO I

<b>DELITOS SEXUALES.....</b>	<b>1</b>
<b>1. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.....</b>	<b>1</b>
<b>1.1. La Libertad Sexual como Bien Jurídico             Protegido.....</b>	<b>3</b>
<b>1.2. La Libertad Sexual en Perú.....</b>	<b>7</b>
<b>1.3. Los Delitos contra la Libertad Sexual.....</b>	<b>10</b>
<b>2. DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD O INTANGIBILIDAD     SEXUAL.....</b>	<b>14</b>
<b>2.1. La Indemnidad o Intangibilidad Sexual como Bien Jurídico             Protegido.....</b>	<b>16</b>
<b>2.2. La Indemnidad o Intangibilidad Sexual en Perú.....</b>	<b>18</b>
<b>2.3. Los delitos contra la Indemnidad             Sexual.....</b>	<b>19</b>

### CAPÍTULO II

<b>DELITO DE ACTOS CONTRA EL PUDOR EN PERSONAS MAYORES DE 14 AÑOS.....</b>	<b>22</b>
<b>1. Texto antes de la Ley N° 30838 (Vigente desde el 05 de Agosto del         2018).....</b>	<b>22</b>
<b>2. Nomen Iuris: Actos Contra el Pudor.....</b>	<b>22</b>
<b>3. Bien Jurídico: Libertad Sexual .....</b>	<b>23</b>
<b>4. Tipicidad Objetiva.....</b>	<b>24</b>
<b>5. Agente Activo.....</b>	<b>27</b>

6. Sujeto Pasivo.....	27
7. Tipicidad Subjetiva.....	27
8. Medios Idóneos.....	29
9. Consumación.....	34
10. Tentativa.....	35
11. Penalidad.....	35
12. Circunstancias Agravantes del delito de Actos Contra el Pudor.....	35
13. Formas Agravadas contenidas en el artículo 177 del Código Penal.....	47
14. Desarrollo Legislativo en Perú.....	52
14.1. Códigos Anteriores.....	52
14.1.1. El suplicio que antecedió a la creación del Primer Código Penal Peruano.....	52
14.1.2. El Código Penal de Santa Cruz.....	55
14.1.3. El Código Penal de 1863.....	57
14.1.4. El Código Penal de 1924.....	58
14.1.5. Código de 1991 a la Actualidad.....	60
15. Los Actos contra el Pudor en el Derecho Comparado.....	62
15.1. Costa Rica.....	62
15.2. Nicaragua.....	63
15.3. El Salvador.....	64
15.4. Brasil.....	66
15.5. Chile.....	66
15.6. Francia.....	68
15.7. España.....	69

### CAPÍTULO III

AUSENCIA DE PROTECCIÓN PENAL DIFERENCIADA EN LOS ACTOS CONTRA EL PUDOR NO CONSENTIDOS PARA LOS ADOLESCENTES MAYORES DE 14 AÑOS Y MENORES A 18 AÑOS.....	70
---	----

1. La Necesidad de Protección Especial para los adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 años.....	70
2. Caso representativo de la ausencia de protección penal diferenciada de los adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad en los Actos contra el Pudor no consentidos.....	76
2.1. El caso.....	76
2.2. Análisis de la condena al agresor.....	79
3. La exigencia de violencia o grave amenaza como elementos constitutivos del tipo base.....	82
4. Un delito de considerable incidencia que demanda una protección especial para los adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 años.....	98

#### CAPÍTULO IV

<b>LEY 30838 (05/08/2018) MEDIANTE LA CUAL SE MODIFICA EL ARTÍCULO 176 DEL CÓDIGO PENAL.....</b>	<b>113</b>
1. Texto Vigente del Artículo 176 del Código Penal.....	113
2. Nomen iuris: tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento.....	114
3. Análisis de los Aciertos y Desaciertos de la última modificatoria del artículo 176 del Código Penal.....	114
3.1. Del Primer Párrafo.....	114
3.2. Del Segundo Párrafo.....	116
3.3. Del Tercer Párrafo.....	118
4. De las normas que engloban la modificatoria del artículo 176 del Código Penal.....	119
4.1. Artículo 177.- Formas Agravadas.....	119
4.2. Artículo 88-A.- Imprescriptibilidad de la pena y de la acción penal.....	123
4.3. Artículo 5.- Improcedencia de la Terminación Anticipada y Conclusión Anticipada.....	124

<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>126</b>
<b>PROPUESTA.....</b>	<b>128</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>140</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>144</b>



## CAPÍTULO I

### DELITOS SEXUALES

#### 1. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Las conductas del hombre -por mucho tiempo- en la sociedad antigua, han estado bajo el poder regulador de la religión, la moral, las costumbres y los prejuicios sociales, sin embargo, con el transcurrir de los años éstos perdieron fuerza social y todas esas funciones de dichos factores se acentuaron en el Derecho, que -actualmente- es la única en determinar, de modo vinculante, lo que una persona tiene que hacer o dejar de hacer dentro de una sociedad.

Pero el proceso de afianzamiento del Derecho ha experimentado cambios, dado que, hasta la década de 1960 se creía la concepción que el derecho penal debía asegurar un mínimo de ética social, es así que por citar un ejemplo, el Código de Maúrtua de 1924 - con un afán moralizador- reguló a los delitos contra la libertad y el honor sexual dentro de la Tercera Sección del Libro Segundo referente a los Delitos Contra las Buenas Costumbres, sin embargo, con el pasar del tiempo se advirtió que las normas penales con rasgos moralizantes constituía un simple medio simbólico que no otorgaba real protección.

Para remediar ésta situación los penalistas retomaron como centro de sus investigaciones académicas la teoría del contrato social de la Ilustración, mediante el cual -según Roxin- los ciudadanos han establecido el poder político con la finalidad que los proteja de intromisiones ajenas a su esfera personal, así como para que les suministre los presupuestos indispensables para el libre desenvolvimiento de su personalidad, los mismos que se constituyen en bienes jurídicos que le corresponde proteger al Estado por medio del Derecho Penal, concluyendo finalmente que los ciudadanos de ningún modo establecieron el poder político para que los tutelara moralmente o para obligarles a asumir determinados valores éticos.

Es así que los tratadistas jurídicos alemanes, exploradores del conocimiento penal, cimentaron en su proyecto alternativo de Código Penal de 1966 el cambio de denominación de “delitos graves y menos graves contra la moralidad” por “delitos contra la libre autodeterminación sexual”, plasmándose desde entonces una variación definitiva en el pensamiento de la regulación penal, argumentándose que dentro de los parámetros de un Derecho Penal tolerante con la estructuración pluralista de la sociedad, debe buscarse en forma primordial, la autorrealización personal de sus integrantes, es decir, debe garantizarse el libre desenvolvimiento de su personalidad.

De ésta forma, es uniforme sostener que el Derecho Penal debe abstenerse de regular conductas que sólo se circunscriben a condiciones morales, puesto que el Derecho Penal debe permanecer neutral frente al pluralismo moral, en otras palabras, no debe tratar de imponer un determinado código moral en la sociedad, o como dijo John Stuart Mill: *“El único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entrometa en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros, es la propia protección... la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás”* (1859).

En nuestro país, pese a tales planteamientos teóricos, se seguía manteniendo al “honor sexual” y las “buenas costumbres” como bienes jurídicos protegidos preponderantes en los delitos sexuales; sin embargo, recién el legislador del Código Penal de 1991 recogió a la libertad sexual -en forma genérica- como el bien jurídico protegido para éste tipo de delitos. De ésta manera, se pretende proteger una de las manifestaciones más relevantes de la libertad personal, como es, la libertad sexual, toda vez que al ser puesta en peligro o lesionada, trasciende los ámbitos físicos para retumbar en la esfera psicológica de la víctima, alcanzando el núcleo más íntimo de su personalidad, de ahí que el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional considera al abuso sexual violento, bajo circunstancias especialmente graves, como un crimen de lesa humanidad.

Es así que, hoy con el agrietamiento de los patrones moralistas que inspiraban al derecho penal de antaño y a partir de la vigencia del principio de Intervención Mínima así como del sub principio de Fragmentariedad, se ha renunciado a cualquier referencia que tenga que ver con conjeturas morales dentro de los delitos sexuales, ya no se protege ni cautela la honestidad ni la moralidad, sino uno de los valores sociales más importantes sobre los que descansa un Estado Democrático de Derecho, como es, la libertad del ser humano sin distinguir el género al que pertenece, ni su condición social, económica o ideológica.

### 1.1. La Libertad Sexual como Bien Jurídico Protegido

Para el estudio de éste tema es conveniente empezar a definir el término Libertad, en su sentido amplio, seguidamente establecer que se entiende por Bien Jurídico Protegido, para luego de ello, abocarnos al desarrollo de la Libertad Sexual como Bien Jurídico Protegido en los delitos sexuales.

Dicho ésto, tenemos que el término Libertad proviene del latín *Libertatem*, el mismo que ha sido conceptualizado por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, como la: “*Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos*” (Edición del Tricentenario, Actualización 2017).

Antiguamente, Justiniano la definía como: “*la facultad natural de hacer cada uno lo que quiere salvo impedírsele la fuerza o el derecho*”. Las Siete Partidas<sup>1</sup>, inspiradas en el concepto anterior, establecían que la libertad era el: “*Poderío que a todo hombre naturalmente se le confiere de hacer lo que quisiese, sólo que fuerza o derecho de ley o de fuero se lo embargue*”.

Ahora bien, la doctrina le atribuye al autor alemán -del siglo XIX- BIRNBAUM, la creación de la teoría del bien jurídico (HIRSCH, 2001), al respecto WELZEL nos da un concepto de lo que debemos entender por tales, señalando que son: “*Bienes vitales de la*

---

<sup>1</sup> Es un cuerpo normativo redactado en Castilla (España), con el objetivo de conseguir una uniformidad jurídica del reino, fue denominado originalmente Libro de las Leyes pero en el siglo XIV recibió su actual denominación, por las secciones en las que se encontraba dividida.

*comunidad o del individuo que por su significación social son protegidos jurídicamente” (1976). Por su parte, ROXIN los define como: “Circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado” (1997).*

De lo cual, debemos comprender a un bien jurídico como el bien vital y útil para el libre desarrollo del individuo en la sociedad, siendo tal su significación que alcanza una elevación a la categoría de bien tutelado o protegido por el derecho obteniendo éste carácter con la vigencia de una norma que lo contenga en su ámbito de protección, la cual preverá una sanción para cualquier conducta que lo amenace en lesionar o lo lesione.

Cabe acuñar que, COBO del ROSAL y VIVES ANTON sostienen que *“el bien jurídico cobra gran importancia como corazón del delito, pues ofrece un criterio material sumamente decisivo -en la interpretación y construcción de la teoría jurídica del delito-, reconociendo al bien jurídico tres funciones básicas: Una función exegética, una función sistemática y una función de garantía.*

- ✓ *Una función exegética, que consiste en que el bien jurídico es el criterio rector de la interpretación en materia delictiva.*
- ✓ *Una función sistemática, la cual reside en que por una parte el bien jurídico constituye el fundamento de la infracción y por otra representa un criterio adecuado para clasificar las diferentes especies de infracciones.*
- ✓ *Y una función de garantía, ya que se fundamenta en que el legislador no puede castigar cualquier conducta, sino solamente aquellas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos” (1996).*

Dicho ello, cabe analizar la Libertad Sexual como Bien Jurídico Protegido; para lo cual, debemos partir del concepto de Libertad Sexual brindado por Orts Berenguer y Roing Torres, al definirla como: *“Una esfera de la libertad personal integrada por la facultad de autodeterminación voluntaria en el ámbito específico de la sexualidad” (2014).*

Para Roy Freyre, la libertad sexual, es: *“La voluntad de cada persona de disponer espontáneamente de su vida sexual, sin desmedro de la convivencia y del interés colectivo”* (2000).

José Luis Díez-Ripollés afirma que: *“La libertad sexual 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”*. El mismo que continúa argumentando que *“el concepto de libertad sexual tiene dos aspectos, uno positivo y uno negativo. En su aspecto positivo, la libertad sexual significa libre disposición de las propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social. En su aspecto negativo, la libertad sexual se contempla en su sentido defensivo y remita al derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual”* (2000).

En ésta misma línea, el profesor Cora Coria señala que: *“La libertad sexual debe entenderse tanto en un sentido positivo-dinámico como negativo-pasivo. El aspecto positivo-dinámico de la libertad sexual se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, mientras que el aspecto negativo-pasivo se concreta en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir”* (2011).

Por su parte, la jurisprudencia también ha tenido pronunciamientos en los que ha definido la Libertad Sexual como Bien Jurídico Protegido, trayendo a exposición algunas de las expresiones más instructivas, tenemos que en la Ejecutoria Suprema del 17 de Junio del 2014, en cuyo considerando segundo, se ha entendido a la libertad sexual como: *“La facultad que tiene toda persona para disponer de su cuerpo en materia sexual eligiendo la forma, el modo, el tiempo y la persona con la que va a realizar dicha conducta sexual y, que el bien jurídico se lesiona cuando se realiza actos que violentan la libertad de decisión de que goza toda persona en el ámbito de su vida sexual, siempre que esté en condiciones de usarla...”*.

Aunado a ello, la Sala Penal Constitucional en la Consulta N° 224-2015-Arequipa con fecha 20 de Noviembre del 2015, ha definido que: *“En los delitos contra la Libertad Sexual el bien jurídico protegido es precisamente esta, entendida como la capacidad de actuación que le asiste al individuo con el sólo imperio de su voluntad de disponer ante sí y ante los demás integrantes de la comunidad de su propio sexo, con la voluntad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que se produzcan en la esfera de su sexualidad”*.

A su vez, en el Recurso de Nulidad N° 115-2015-Junín, de fecha 19 de Setiembre del 2015, se ha establecido que: *“La libertad sexual es vulnerada cuando un sujeto activo trata de imponer a la víctima un acto de contenido sexual en contra de su voluntad, ya sea con violencia física (Vis Absoluta) o psicológica (Vis Compulsiva), por ende, se reafirma el objeto de protección jurídica de autonomía de la voluntad sexual, cuando la víctima es mayor de edad, entendida esta libertad como la facultad que tiene toda persona para disponer de su cuerpo en materia sexual eligiendo la forma, el modo, el tiempo y la persona con la que va a realizar dicha conducta sexual y, que le bien jurídico se lesiona cuando se realizan actos que violentan la libertad de decisión de que goza toda persona en el ámbito de su vida sexual, siempre que esté en condiciones de usarla”*. En éste entender Castillo Alva manifiesta que: *“La Libertad Sexual en su sentido más genuino comprende no sólo el sí, el cuándo o el con quién nos vamos a relacionar sexualmente, sino también el seleccionar, el elegir o aceptar el tipo o clase de comportamiento y acción sexual en la que nos vamos a involucrar”* (2002).

Por todo ello, podemos afirmar que, la libertad sexual es la potestad de la persona para gozar de autonomía en la esfera de la sexualidad, sin más restricciones que el respeto a la libertad ajena, capacidad que se extiende hasta utilizar el propio cuerpo a voluntad, siguiendo en cada situación una u otra preferencia sexual, aceptando y realizando las propuestas que se elijan, así como rechazar las no deseadas. Para lo cual, tal capacidad viene circunscrita por dos requisitos fundamentales: En primer lugar, por el pleno conocimiento de la persona respecto del contenido e implicancias de dichas relaciones, lo que evidentemente comprende que ésta tiene que contar con la capacidad mental suficiente para llegar a tener referido discernimiento; y en segundo lugar, por la

manifestación voluntaria y libre del consentimiento para intervenir en las relaciones, lo que tiene como conjetura que el sujeto esté en la capacidad de adoptar su decisión de manera libre. Por lo que, es incuestionable que sólo las personas que gocen plenamente del conocimiento necesario, de las implicancias así como del significado del aspecto sexual y puedan decidirse con total libertad al respecto, podrán ser considerados como titulares de dicho bien jurídico.

## 1.2. La Libertad Sexual en Perú

La determinación en nuestro país sobre la obtención de la Libertad Sexual a partir de los 14 años en adelante, ha comprendido un proceso arduo de análisis a través del tiempo, en el cual incluso, en un momento, se cotejó las normas del Código Civil<sup>2</sup> para formar una lógica entre ambos cuerpo legales y fijar un punto de inicio de la Libertad Sexual, que finalmente se definió en dicha edad.

Para ello, debemos analizar la evolución legislativa de la agravante *si la víctima tiene más 14 y menos de 18 años de edad*, prevista para el delito de violación sexual, la cual osciló entre el artículo 170 y 173 del Código Penal; es así que del análisis del texto original de éstos artículos del Código Penal Peruano -incorporado al ordenamiento legal mediante el Decreto Legislativo N° 635 del 08 de Abril de 1991-, se desprende que en ése momento propiamente no fue tomada como una agravante, ya que no la encontramos estipulada taxativamente ni en el artículo 170 ni en el artículo 173; sin embargo, es de entenderse que las personas comprendidas en dicho periodo, eran sujetos pasivos del delito regulado en el artículo 170, puesto que en el artículo 173 donde se protege la indemnidad sexual, se regula el delito sexual en menores de 14 años, por lo tanto la población mayor de 14 y menor de 18 años de edad, estaban incluidas en el artículo 170 y por ello gozaban de Libertad Sexual, manteniéndose este criterio legislativo en la Ley N° 28251, promulgada en fecha 08 de Junio del 2004.

Siendo que, con la emisión de la ley N° 28704, de fecha 05 de Abril del 2006, la agravante referente a *si la víctima tiene más de 14 y menos de 18 años de edad*, que

---

<sup>2</sup> El Código Civil Peruano Vigente fue promulgado el 24 de Julio de 1984 y entró en vigencia el 14 de Noviembre de ese mismo año.

tácitamente formaba parte del artículo 170, fue trasladada expresamente al inciso 3 del artículo 173, dicho cambio significó una nueva definición del punto de inicio de la Libertad Sexual, pues éste había sido elevado a los 18 años de edad, ya que en el artículo 173 el bien jurídico protegido era la indemnidad sexual y por ende únicamente gozaban de libertad sexual los mayores de edad.

Lo cual trajo consigo fuertes críticas por parte de los grupos activistas, entre las cuales se sostenía que tal modificatoria atentaba contra el libre desarrollo de la sexualidad de los adolescentes.

Siendo que, con la finalidad de aclarar el panorama sobre la aplicación del inciso 3 del artículo 173 del Código Penal, el 16 de Noviembre del 2017, los vocales integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, emitieron el Acuerdo Plenario N° 07-2007, en cuyo párrafo segundo del duodécimo fundamento establecieron que, con arreglo de la plena vigencia de los artículos 44, 46 y 241 del Código Civil (en los que se afirma la plena capacidad de las personas mayores de 18 años, mientras que se establece que las personas mayores de 16 pero menores de 18 tienen una incapacidad relativa, pero que cesa con el matrimonio y que dicha capacidad adquirida por el matrimonio no se pierde por la culminación de éste, para el caso de las personas mayores de 14 pero menores de 16 las normas civiles establecen que cesa la incapacidad con el nacimiento del hijo, sin embargo solo le reconocen capacidad para realizar 4 tipos de actos, siendo evidente que aún en tal situación sigue teniendo una capacidad relativa), la problemática del inciso 3 del artículo 173, se dilucidaría de la siguiente manera:

- ✓ Cuando el sujeto pasivo tenga más de 14 años pero menos de 16 años de edad y preste su consentimiento para el acto sexual, se atenuará la pena aplicándose una acorde a las prognosis previstas en los artículos 175 y 179-A del Código Penal, ya que la libertad sexual con la que cuenta es relativa.

- ✓ Cuando el sujeto pasivo tenga 16 años pero menos de 18 años de edad y preste su consentimiento para el acto sexual, se aplicará la eximente por consentimiento, puesto que su libertad sexual es plena.

Sin embargo, ello no fue suficiente para satisfacer la controversia surgida y por ello el 18 de Julio del 2008, nuevamente se reunieron los vocales integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, ésta vez para emitir el Acuerdo Plenario N° 04-2008, en el cual en el tercer párrafo del noveno fundamento se estableció que *“en cuanto a la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refiere el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, debe ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad. Es menester, en consecuencia, dejar sin efecto dicho Acuerdo Plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y mayor de catorce años”*. Por lo tanto, mediante éste Acuerdo Plenario se anula la diferencia que anteriormente fue marcada, estableciéndose que las personas a partir de los 14 años de edad para adelante cuentan con libertad para decidir sobre su sexualidad y que su consentimiento es una eximente plena de responsabilidad penal.

Sin perjuicio de haberse definido nuevamente que la Libertad Sexual es de aplicación de los 14 años para adelante mediante tal pronunciamiento judicial, la agravante *si la víctima tiene más de 14 y menos de 18 años de edad* aún permanecía en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal, pues se aplicó sobre la misma un Control Difuso y no un Control Concentrado ya que ésta última facultad es exclusiva del Tribunal Constitucional.

En razón de ello, el 03 de Abril del 2012, diez mil seiscientos nueve ciudadanos interpusieron una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 de la Ley N° 28704, que incorpora la agravante aludida en el artículo 173 en su inciso 3, la misma que finalmente generó la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 12 de Diciembre del 2012, que declaró fundada dicha demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores que tienen

más de 14 años y menos de 18 años de edad, así como se exhortó al Congreso de la República para que, conforme a sus competencias, pueda legislar sobre la materia.

Teniéndose que el 19 de Agosto del 2013, con la expedición de la Ley N° 30076, la agravante *si la víctima tiene más de 14 y menos de 18 años de edad*, fue extraída del inciso 3 del artículo 173 e introducida expresamente en el artículo 170, en su inciso 6, determinándose legalmente con ello que el ejercicio de la Libertad Sexual es a partir de los 14 años en adelante en nuestro país. Finalmente, en fecha 04 de Agosto del 2018, se emitió la Ley N° 30838 mediante la cual la agravante *si la víctima tiene más de 14 y menos de 18 años de edad*, se traslada del inciso 6 al inciso 11 pero permanece en el artículo 170 del Código Penal, manteniéndose la disposición legal de que los adolescentes de 14 años de edad para adelante cuentan con Libertad Sexual.

### **1.3. Los Delitos contra la Libertad Sexual:**

En nuestra legislación penal vigente contamos con los siguientes ilícitos que tienen a la “libertad sexual” como bien jurídico protegido, los cuales son:

#### Violación Sexual:

Calificado por la doctrina nacional como “violación sexual coactiva”, la misma que se encuentra recogida en el artículo 170 del Código Penal y que de acuerdo a su última modificatoria efectuada por la Ley N° 30838, vigente desde el 05 Agosto del 2018.

Éste ilícito se configura cuando el agente activo haciendo uso de violencia o amenaza grave o cualquier entorno que prive de manifestar el libre consentimiento de la persona, logra realizar el acceso carnal (vía vaginal, anal o bucal) o análogo (introduciendo objetos o partes del cuerpo por vía vaginal o anal) sin contar con el consentimiento<sup>3</sup> de la víctima. Es así, que el término “obligar” empleado en la redacción del tipo penal en análisis indica que previamente al acceso carnal, el agente activo vence la resistencia del sujeto pasivo, de allí que el acceso sexual prohibido sea punible no por la actividad

---

<sup>3</sup> Entendiéndose como consentimiento aquella manifestación de la voluntad libre, clara y expresa de una persona.

sexual en sí misma, sino porque tal actividad se realiza sobre la base del quiebre de la libertad sexual de la otra persona.

Asimismo del tipo penal se desprende que los medios idóneos previstos por el legislador, para vencer la resistencia del sujeto pasivo, lo constituye la violencia y la amenaza grave y coacción; entendida la primera de ellas como la vis absoluta que actúa sobre la persona y que tendrá que ser suficiente para conseguir doblegar sus resistencia, mientras que la amenaza grave y coacción lo compone la vis compulsiva que actúa en la psicología del sujeto pasivo, la cual debe constituirse en ocasionar pánico o temor o miedo a la víctima.

Ahora bien, cuando el legislador exige que se deba obligar a una persona a practicar el acto sexual, ello comprende tanto un comportamiento pasivo de la víctima como realizar actos positivos de penetración, a favor del autor, lo cual permite criminalizar comportamientos graves como el de la mujer que obliga por la violencia o amenaza grave a un varón a que le practiquen el acto sexual o la coacción a una mujer para que tolere la práctica sexual del varón.

Finalmente cabe decir que, en la conducta del agente activo además del dolo, debe concurrir un elemento adicional, esto es, que con su conducta busque satisfacer alguna apetencia de carácter sexual.

#### Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir:

Nombrado por la doctrina nacional como “violación con alevosía” o “violación insidiosa”, ilícito que se encuentra recogido en el artículo 171 del Código Penal, el mismo que de acuerdo a su última modificatoria efectuada por la Ley N° 30838, vigente desde el 05 Agosto del 2018.

Al respecto, el comportamiento que exige éste tipo penal equivale a la del artículo 170, con el distintivo especial referente a que el agente activo, con la finalidad de acceder sexualmente, coloca a la víctima en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de

resistir al ataque sexual, siendo necesario que éstas circunstancias deban aparecer previamente a la consumación del acto sexual u análogo.

Debiéndose indicar que, por estado de inconsciencia debemos entender *“la ausencia o falta absoluta de percepción que impide una conciencia del yo y del mundo circundante. Dicho estado, que por lo general es transitorio, debe afectar de manera total y grave la conciencia de la víctima, anulándola total o parcialmente”* (2002). Por su parte, por imposibilidad de resistir se entiende *“toda situación en la que se encuentra una persona incapacitada de ofrecer resistencia frente a la acción de otro sujeto. La víctima, sin embargo, conserva su capacidad de percepción y sus facultades volitivas, pero las circunstancias materiales del hecho demuestran que se halla privada de la facultad de actuar, por ejemplo si se ata a la víctima para accederla carnalmente”* (2012).

#### Violación de persona bajo autoridad o vigilancia:

Calificado por la doctrina nacional como “violación sexual por prevalimiento”, el cual se encuentra regulado en el artículo 174 del Código Penal, que de acuerdo a su última modificatoria efectuada por la Ley N° 30838, vigente desde el 05 de Agosto del 2018.

El hecho punible se verifica cuando el agente activo aprovechando la relación de superioridad que tiene sobre su víctima, le practica el acto sexual ya sea por vía vaginal, anal o bucal o, en su caso, le introduce objetos o partes del cuerpo en las dos primeras vías, toda vez, que esa dependencia condiciona y limita la libertad, y por ende, también la libertad en el ámbito sexual del sujeto pasivo.

Al respecto, Roy Freyre sostiene que *“el agente comete o realiza el delito aprovechando la coacción psicológica que su condición de autoridad o vigilante ejerce indirectamente sobre la víctima, en otras palabras, el acceso sexual se realiza como consecuencia del estado de subordinación o dependencia en que se encuentra la víctima. Siendo que, por razones de lugar y subordinación, la persona agredida sexualmente no puede ofrecer la resistencia que normalmente opondría si se encontrara fuera de esas condiciones determinadas descritas por el tipo penal”* (2000).

Sin embargo, no se requiere forzosamente que el acceso sexual o análogo únicamente se perfeccione dentro de los lugares indicados por el tipo penal, ya que lo significativo en éste delito es la condición en la que se encuentra el sujeto pasivo y que es aprovechada por el agente activo, pues bien, la víctima puede ser conducida a otro lugar para la consumación del acto y devuelta al lugar de subordinación después de éste, siendo así el fundamento del delito la necesidad de brindar especial protección a las personas que se encuentran en una situación especial de dependencia, bajo autoridad o vigilancia, la misma que puede ser temporal o permanente, y que por ello puedan ser sujetos de manipulación por parte del agente que tiene una superioridad –de vigilancia o de autoridad- sobre aquella perturbando así su libertad sexual.

#### Seducción:

Nombrado por la doctrina nacional como “estupro”, aparece regulado en el artículo 175 del Código Penal, el que de acuerdo a su última modificatoria efectuada por la Ley N° 30838, vigente desde el 05 de Agosto del 2018 y que actualmente tiene el Nomen Iuris de “Violación Sexual mediante engaño”.

El delito de Violación Sexual mediante engaño, se configura cuando el agente activo hace uso del engaño o ardid para obtener el consentimiento de la víctima que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre los catorce y dieciocho años, para luego de haberla puesto en error, realizarle el acto sexual carnal por vía vagina, anal o bucal o introducirle objetos o partes del cuerpo por las dos primeras vías; logrando con éste engaño alterar la libre formación de la voluntad en el adolescente, cuya base psíquica e intelectual no se encuentra totalmente acabada de formar. Sin embargo, no todo engaño será fundado para la configuración del ilícito penal en análisis, ya que éste debe ser de especial grado para que cuente con idoneidad objetiva y además el acto sexual debe ser su consecuencia directa.

#### Actos contra el Pudor:

Lo tenemos regulado en el artículo 176 del Código Penal, el mismo que recientemente ha sido modificado mediante la Ley N° 30838, vigente desde el 05 de Agosto del 2018,

que lo tipifica como Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento y que al constituir la matriz de la presente investigación será desarrollado en los capítulos II y IV.

## 2. DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD O INTANGIBILIDAD SEXUAL

El Capítulo IX del Código Penal vigente se encuentra redactado bajo la denominación “Violación de la Libertad Sexual”, sin embargo, consideramos que ello es insuficiente, puesto que, el bien jurídico de la libertad sexual no protege todos los tipos penales de índole sexual de nuestro ordenamiento.

En efecto, en el caso de los menores o incapaces, de modo alguno se puede alegar que se les protege su libertad o autodeterminación en los delitos sexuales, pues por definición aquellos carecen de tal facultad. De ahí que, para estos casos, la doctrina ha delimitado que el bien jurídico protegido es la indemnidad o intangibilidad sexual, la cual procede en principio de la doctrina italiana y que fue recogida en la doctrina española a finales de los años setenta y principios de los años ochenta.

En consecuencia, por medio de la doctrina española llegan al Perú los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexual, donde muy bien dejaron sentado Bramont-Arias Torres y García Cantizano al manifestar que *“hay comportamientos dentro de la categoría de los delitos sexuales en los que no se puede afirmar que se proteja la libertad sexual, en la medida en que la víctima carece de esa libertad”* (1997). De tal forma, en los tipos penales en los que el legislador no contempla que el sujeto pasivo goce de libertad sexual, son los establecidos en los artículos 172, 173 y 176-A del Código Penal.

Es así que, se protege la indemnidad sexual de las personas referidas anteriormente consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales, para que queden exentas de cualquier daño que pueda proceder de una injerencia de tercero en el ámbito de su sexualidad.

En el caso de menores de edad, Castillo Alva alude que *“en ellos el ejercicio de la sexualidad puede afectar la evolución y desarrollo de su personalidad y producirles alteraciones importantes que incidan en su equilibrio psíquico en el futuro”* (2002); por esto es que se busca evitar todo tipo de precocidad de los menores en su vida sexual, pues, como señala Salinas Siccha *“el disvalor reside, en la precocidad del acto sexual en cuanto desestabiliza y abre la puerta de un mundo de emociones que el menor no administra ni controla y es capaz de perjudicar el normal desarrollo y la gradual maduración de la personalidad bajo el perfil afectivo y psicosexual, siendo su protección absoluta”* (2008).

En cuanto, a los incapaces se apunta la falta de libertad sexual, al no tener la capacidad para decidir libremente respecto a su interrelación sexual con terceros. En éstos casos, como bien lo señala Bajo Fernández, Díaz-Maroto y Villarejo *“el estado y la sociedad, a través del derecho penal, tratan de realizar una labor tuitiva y de protección de las personas que no pueden expresar su voluntad válidamente por encontrarse en una situación de inferioridad y por ello no pueden rechazar la agresión sexual de la cual son objeto llegando a ser instrumentalizadas por los instintos sexuales de sus agresores”* (1995).

De ahí, que se concluye que la indemnidad o intangibilidad sexual es el verdadero bien jurídico que se tutela con las conductas delictivas previstas en los tipos penales antes referidos, interesándole al Estado proteger la sexualidad de las personas que por sí solas no pueden defenderla al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual.

Sin embargo, al haber sido consignado en el capítulo IX de nuestra norma sustantiva penal únicamente la denominación “Violación de la Libertad Sexual”, no se está empleando un criterio adecuado para clasificar las diferentes especies de infracciones que vulneran bienes jurídicos diferentes dentro de la categoría de los delitos sexuales, lo cual no es un mero antojo sino que guarda relación con respetar una de las funciones del Bien Jurídico, como es, la función sistemática, que fueron planteadas por COBO del

ROSAL y VIVES ANTON, las mismas que fueron explicadas en el apartado 1.1. de la presente investigación.

### **2.1. La Indemnidad o Intangibilidad Sexual como Bien Jurídico Protegido**

Para desarrollar el presente tema, primero, se expondrá la etimología de Indemnidad e Intangibilidad, para seguidamente, abocarnos en desarrollar lo concerniente a la concepción de Bien Jurídico Protegido, y finalmente, desarrollar la Indemnidad o Intangibilidad Sexual como Bien Jurídico Protegido.

Es así que, el término Indemnidad proviene del latín *Indemnitatis* que significa incólume, intacto, íntegro, ileso que no presenta ninguna lesión, perjuicio o daño a pesar que está en condición de riesgo, mientras que el término Intangibilidad está conformado por el prefijo latino negativo *in* y el adjetivo del latín *tangibilis* cuyo significado es “*que no puede ser tocado, que conserva su estado por no haber sido alcanzado por un mal*” (Actualización 2016).

Ahora bien, respecto al desarrollo de la concepción de Bien Jurídico, vale todo lo dicho al comentar el acápite de la Libertad Sexual como Bien Jurídico Protegido done ha sido conceptualizado y se han desarrollado las tres funciones que cumple en el ordenamiento legal.

Dicho ello, corresponde dedicarnos a exponer la Indemnidad o Intangibilidad Sexual como Bien Jurídico Protegido; en tal sentido, Sánchez Mercado refiere que: “*la indemnidad o intangibilidad sexual debe ser entendida como protección del desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente, como sucede con los menores de edad, así como la protección de quienes debido a anomalías psíquicas, grave alteración de la conciencia o retardo mental carecen de capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance y significado de una relación sexual*” (2011).

Por su parte, San Martín Castro y Caro Coria señalan que: “*creemos que la indemnidad sexual es una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que*

*todos, como seres humanos, tenemos a un libre desarrollo de la personalidad sin intervenciones traumáticas en la esfera íntima, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida” (2000).*

Para Ricardo Núñez, *“se protege la indemnidad o intangibilidad sexual del menor o incapaz, expresada ésta en la imposibilidad de autodeterminarse sexualmente, quiere decir esto, que al no haber desarrollado su esfera de autorrealización personal de forma plena, se entiende que aún no está en capacidad de comprender la naturaleza y consecuencias de un acto sexual” (1964).*

En éste orden de ideas, la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 3580-2016-Lima, tiene dicho que *“en ésta clase de delitos la ley tiende no sólo a tutelar la libertad sexual, sino principalmente la indemnidad sexual, pues, con éstos comportamientos delictivos se ve afectado el desarrollo psico-emocional de los menores e incapaces, por ello, la indemnidad sexual es un concepto que se reclama puramente negativo, considerándose como el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada de la personalidad de dichas personas”.*

De todo ello podemos concluir que, en los tipos penales de nuestro ordenamiento penal, en los que se tiene como Bien Jurídico Protegido a la Indemnidad o Intangibilidad Sexual, contenidos en los artículos 172, 173 y 176-A del Código Penal, se pretende proteger figuras delictivas que repercuten en forma negativa en la formación de la esfera sexual del menor o incapaz, partiéndose de una presunción *iuris et de iure*, al no reconocer consentimiento válido en los menores de catorce años e incapaces, es decir, es una presunción que no admite prueba en contrario<sup>4</sup> en un proceso penal.

Pero de ello, surge una interrogante válida que merece ser analizada, ¿nos encontramos frente a la ausencia de capacidad para consentir o frente a la invalidez de ésta?

La doctrina española, al desarrollar el delito de abuso sexual de menores, ha sostenido mayoritariamente que en éste tipo de delitos –y por extensión en todos los delitos

---

<sup>4</sup> También conocida como presunción *Iuris et de iure*.

sexuales- se presenta la presunción *iuris et de iure* de ausencia de consentimiento, es decir, la ausencia de capacidad para consentir.

Sin embargo, Salinas Siccha, señala que *“resulta incorrecta la presunción antes referida porque los menores e incapaces pueden prestar su consentimiento a la realización del acto sexual, pero lo correcto es aludir a la irrelevancia jurídica del mismo –no a su ausencia- ya que aunque asientan, dadas las peculiaridades psicológicas y biológicas que les son inherentes, sus respectivos consentimientos serán reputados inválidos por el Ordenamiento Penal”* (2008), posición que también ha sido asumida por la jurisprudencia nacional, así en la Ejecutoria Suprema, de fecha 31 de Enero del 2016, Recurso de Nulidad N° 3665-2016-San Martín se ha esbozado: *“Por la característica de éstos delitos, atendiendo a la edad de la víctima, su consentimiento para la práctica sexual es irrelevante, habida cuenta que el tipo penal protege la indemnidad y el libre desarrollo psicosexual de la agraviada, por lo que el elemento objetivo y subjetivo del tipo penal de violación ha quedado probado, y por ende la responsabilidad del procesado”*.

En virtud de lo anteriormente expuesto, nos decantamos por el criterio perfilado por Salinas Siccha y la Jurisprudencia Nacional, ya que la presunción *iuris et de iure* que se presenta en éste tipo de delitos sexuales, no deviene puramente en la ausencia de capacidad para consentir de los menores e incapaces, sino que, aún cuando asientan su aceptación es irrelevante por no contar con la capacidad para disponer de su libertad sexual dadas las peculiaridades psicológicas y biológicas que son inseparables.

## **2.2. La Indemnidad o Intangibilidad Sexual en Perú**

La Indemnidad o Intangibilidad Sexual en nuestro país, desde la vigencia del Código Penal Peruano de 1991 ha sido establecida de los 14 años de edad para abajo, tal como se puede observar del texto original del artículo 173 donde se sanciona expresamente el delito de violación sexual de menor de 14 años, entendiéndose que aquí se tutela la Indemnidad o Intangibilidad Sexual del menor y que por ende necesita una regulación diferenciada con relación a las personas mayores de dicha edad; tal diferenciación se mantuvo en el transcurso del tiempo, pasando por la Ley N° 28251 promulgada en fecha

08 de Junio del 2004, sin embargo ello cambió el día 05 de Abril del 2006 con la emisión de la Ley N° 28704, mediante la cual se incorporó en el artículo 173, el inciso 3, en el cual se regulaba el accionar sexual en contra de una persona mayor de 14 pero menor de 18, como consecuencia de ello la Indemnidad o Intangibilidad Sexual alcanzó su nivel etario más alto, ya que abarcaba hasta los 18 años de edad.

Pero ésta situación no tuvo mucho tiempo de duración, pues el 16 de Noviembre del 2007 se dictó el Acuerdo Plenario N° 07-2007 en el que se estableció que las personas de 14 a 16 años gozaban de una libertad relativa y que las personas de 16 a 18 años de una libertad plena, por consiguiente la Indemnidad o Intangibilidad Sexual nuevamente debía ser entendida que regía hasta los 14 años de edad, después en fecha 18 de Julio del 2008 se emitió el Acuerdo Plenario N° 04-2008 en el que se siguió con ésta concepción limitando la Indemnidad o Intangibilidad Sexual hasta los 14 años de edad, aunque se incorporó una modificatoria al criterio precedente, referente a dejar sin efecto la libertad relativa y que las personas desde los 14 años en adelante gozaban de libertad sexual plena.

Seguidamente, en fecha 12 de Diciembre del 2012, el Tribunal Constitucional se pronunció emitiendo una sentencia en la que declara Inconstitucional el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal, por haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores que tienen más de 14 años y menos de 18 años de edad y en razón de esto el 19 de Agosto del 2013 se emitió la Ley N° 30076, por la cual se suprime el referido inciso del artículo 173 y lo introducen en el artículo 170, con lo que se estableció legalmente y de forma expresa en la normativa penal que la Indemnidad o Intangibilidad Sexual sólo es de aplicación para los menores de 14 años, manteniéndose éste criterio en la última modificatoria del tipo penal mediante la Ley N° 30838, vigente desde el 05 de Agosto del 2018.

### **2.3. Los delitos contra la Indemnidad Sexual:**

Los delitos establecidos en nuestra legislación penal vigente que tutelan a la “indemnidad sexual” como bien jurídico protegido, son:

Violación de persona en incapacidad de resistencia:

Calificado por la doctrina nacional como “delito de acceso carnal abusivo”, se encuentra regulado en el artículo 172 del Código Penal, el mismo que de acuerdo a su última modificatoria efectuada por la Ley N° 30838, vigente desde el 05 de Agosto del 2018, presenta el siguiente Nomen Iuris “Violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento”.

Éste ilícito se perfecciona cuando el agente activo tiene pleno conocimiento que el sujeto pasivo sufre de un estado permanente o parcial de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o se encuentra en incapacidad de resistir y se aprovecha de tales circunstancias para practicarle el acto sexual. Es así que, la condición del delito en análisis es que el estado personal de la persona agraviada sea anterior a la situación en la que se lleva a cabo el acto sexual y además ajeno al accionar del agente activo, es decir, no haya sido motivado por éste.

Violación sexual de menor de edad:

Nombrado por la doctrina nacional como “violación presunta”, tipo penal que se encuentra establecido en el artículo 173 del Código Penal, cuyo texto de acuerdo a su última modificatoria efectuada por la Ley N° 30838, vigente desde el 05 de Agosto del 2018.

Éste hecho punible se configura cuando el agente activo tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por las dos primeras vías, con una persona menor de catorce años de edad, las cuales pese a que puedan otorgar su consentimiento para llevar a cabo el acceso carnal, el delito igual va a existir, pues de acuerdo a nuestra normatividad, la voluntad de los menores con el rango de edad hasta los 14 años, no tiene eficacia positiva para hacer desaparecer la ilicitud del acto sexual del agente activo; siendo que en la jurisprudencia se tiene clara esta circunstancia al momento de juzgar un hecho, a modo de ejemplificar ello, tenemos la Ejecutoria Suprema del 07 de Julio de 2015, en la que se ha consignado que: *“el supuesto consentimiento prestado por la víctima resulta irrelevante para los efectos del presente caso, por cuanto la figura de “violación presunta” no admite el*

*consentimiento como acto exculpatorio ni para los efectos de reducción de pena, por cuanto en todos estos casos siempre se tendrán dichos actos como violación sexual, dado que lo que se protege es la indemnidad sexual”.*

Actos contra el pudor en menores de 14 años:

Calificado por la doctrina nacional como “actos contra el pudor presunto”, se encuentra debidamente tipificado en el artículo 176-A del Código Penal, el cual de acuerdo a su última modificatoria efectuada por la Ley N° 30838, vigente desde el 05 de Agosto del 2018, presenta el siguiente Nomen Iuris “Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores”.

El delito de actos contra el pudor de menor se configura cuando el agente con la finalidad de satisfacer sus apetencias sexuales -y sin el propósito de perpetrar el acto sexual-, realiza sobre las partes genitales del cuerpo de un menor de 14 años tocamientos, manipulaciones o actos de connotación sexual entendidos como todo comportamiento morboso realizado por el agente activo con contacto físico con el cuerpo del sujeto pasivo, o le obliga a éste a ejecutarlos sobre sí mismo o sobre el cuerpo de un tercero.

## CAPÍTULO II

### DELITO DE ACTOS CONTRA EL PUDOR EN PERSONAS MAYORES DE 14 AÑOS

#### 1. Texto antes de la Ley N° 30838 (Vigente desde el 05 de Agosto del 2018)

El delito de realizar Actos contrarios al Pudor empleando la violencia o grave amenaza se encuentra regulado en el artículo 176 del Código Penal Peruano vigente<sup>5</sup>, el cual después de la entrada en vigencia de la Ley N° 28251 del 08 de Junio de 2004 y luego de la Ley N° 28704 del 05 de Abril del 2006, actualmente establece lo siguiente:

“Artículo 176.- Actos contra el Pudor

*El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170, con violencia o grave amenaza, realiza sobre una persona u obliga a ésta a efectuar sobre sí misma o sobre tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. La pena será no menor de cinco ni mayor de siete:*

- 1. Si el agente se encuentra en las agravantes previstas en el artículo 170 incisos 2, 3 y 4.*
- 2. Si la víctima se hallare en los supuestos de los artículos 171 y 172.*
- 3. Si el agente tuviere la condición de docente, auxiliar u otra vinculación académica que le confiera autoridad sobre la víctima” (1991).*

#### 2. Nomen Iuris: Actos Contra el Pudor

Al hablar del Nomen Iuris nos referimos al “nombre jurídico” o a la “denominación” establecida por el legislador para una conducta típica, teniendo el tipo penal en análisis el Nomen Iuris de “Actos contra el Pudor”. El cual –a diferencia de otros delitos del ordenamiento penal en los que la modalidad de comisión también lo puede ser la

---

<sup>5</sup> El Código Penal Peruano Vigente, fue promulgado el 3 de Abril de 1991 y posteriormente publicado el día 8 de dicho mes y año.

omisión- éste nos indica que es un delito meramente de acción, es decir, aquí el agente activo siempre va a tener que ejecutar un actuar para la realización del mismo.

Asimismo, en el Nomen Iuris se hace referencia al Pudor, término que proviene del latín *Pudoris* que significa vergüenza, el cual debe ser entendido como la situación de recato, decencia o decoro -referente a la sexualidad- del que gozamos todas las personas en la sociedad.

La concepción de Pudor es fundamentalmente cultural, ya que está muy relacionada con las convicciones de la sociedad de cada momento, por ejemplo, durante el siglo XVIII se consideraba que no se tenía pudor sobre el propio cuerpo al desnudarse adelante de otras personas, sin embargo, hoy son muchas las personas que no tienen ningún tipo de inconveniente en acudir a un lugar nudista. Cabe señalar, que el Pudor no sólo está relacionado con lo físico, sino que también puede vincularse a asuntos de índole emocional, como la aprehensión que puede mostrar una persona al manifestar sus sentimientos o pensamientos adelante de otras; pero que, para efectos de la presente investigación se utilizará la acepción de Pudor referente únicamente a lo físico, al propio cuerpo.

Finalmente, cabe acotar que si bien el Pudor tiene un rol importante, éste no constituye la estructura del tipo penal en estudio, ya que el bien jurídico protegido es la libertad sexual de la persona, ya que el pudor entendido como recato, decencia o decoro de la persona es afectado luego que se lesiona la libertad sexual de la víctima, pues, va a ser sometida a un contexto sexual en el que no desea ni quiere intervenir, donde se le va a practicar tocamientos lúbricos somáticos sobre su propio cuerpo mediando previamente la violencia o grave amenaza.

### **3. Bien Jurídico: Libertad Sexual**

El bien jurídico que se busca proteger en el delito de Actos contra el Pudor, contenido en el artículo 176 del Código Sustantivo, lo constituye la libertad sexual, entendida como la libre, voluntaria y espontánea disposición del propio cuerpo en contextos sexuales sin

más limitación que el respeto a la libertad ajena, pero que también comprende la facultad de repeler agresiones sexuales no queridas ni deseadas.

Aquí, vale todo lo dicho al comentar el acápite 1.1. de la presente investigación, denominado como *“La Libertad Sexual como Bien Jurídico Protegido”*.

#### **4. Tipicidad Objetiva**

El delito de Actos contra el Pudor de una persona mayor de 14 años, se configura cuando el agente activo sin tener el propósito de practicar el acceso carnal sexual, y haciendo uso de la violencia o la amenaza grave, realiza sobre el sujeto pasivo u obliga a éste a efectuar sobre sí misma o sobre tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor; entendiéndose que tanto los tocamientos indebidos como los actos libidinosos, constituyen acciones impúdicas que implican contacto con el cuerpo de la víctima con fines deshonestos sin el asentimiento de la misma, es decir, es necesario el contacto corpóreo sin requerirse que las partes pudendas estén descubiertas.

Ahora bien, antes de seguir con el análisis el presente delito, cabe detenerse un momento para hacer mención de una peculiaridad advertida, pues, se ha estimado en el tipo objetivo que los tocamientos indebidos deben materializarse en las partes íntimas del sujeto pasivo, pero ¿Cuáles serán ellas? Quizá las piernas, los glúteos, el pene, la vagina, los senos pero también podrían ser los pectorales, la oreja, la boca, etc., todas ellas son partes íntimas ya que pertenecen a la esfera más íntima del sujeto pasivo. Por lo que, creemos que hubiera sido mejor describir que los tocamientos indebidos deben recaer sobre zonas erógenas del cuerpo del sujeto pasivo, a fin de delimitar correctamente el ámbito de protección de la norma, sin embargo, a lo largo de la presente investigación se seguirá utilizando el término “partes íntimas” puesto que es el que se encuentra contenido en el tipo penal vigente.

Dicho ello, se tiene que de la redacción del tipo penal se desprende que las conductas punibles contra el pudor pueden realizarse hasta por tres modalidades.

**La primera modalidad**, se da cuando el agente por medio de la violencia o grave amenaza realiza sobre su víctima tocamientos indebidos en sus partes íntimas o ejecuta sobre su cuerpo actos libidinosos. A modo de ejemplificación, estaremos frente a ésta modalidad cuando el agente activo amenaza en atentar contra la integridad física de su víctima utilizando un cuchillo si ésta no se deja tocar sus glúteos, lo cual bloquea la resistencia que puede oponer y consecuentemente el agente activo logra manosear su parte íntima.

**La segunda modalidad**, se configura cuando el agente con la finalidad de sólo observar, y de ésa forma satisfacer su lujuria, obliga al sujeto pasivo a realizarse a sí mismo tocamientos indebidos o actos libidinosos o eróticos. Es decir, un ejemplo de ello se da cuando el agente activo obliga –previamente utilizando violencia o grave amenaza- a su víctima a sacarse su vestimenta y luego hace que se toque sus partes íntimas.

Finalmente, **la tercera modalidad**, se va a dar cuando el agente activo obligue a que su víctima efectúe tocamientos indebidos o actos libidinosos en el cuerpo de un tercero que se encuentra en la escena del delito. Esto es, cuando por ejemplo el agente haciendo uso de la amenaza con arma de fuego, obligue a su víctima a acariciar los genitales de un tercero que allí se encuentra, donde el tercero puede dejarse realizar voluntariamente los tocamientos o también puede estar obligado a dejarse tocar, siendo que en el primer caso será partícipe del delito, mientras que en el segundo supuesto el tercero también será víctima del delito.

Asimismo, tenemos que ésta figura delictiva engloba dos supuestos: los tocamientos indebidos y los actos libidinosos contra el pudor.

Los tocamientos indebidos –no autorizados- consisten en la ejecución de contactos o manipuleos realizados por el agente activo sobre las “partes íntimas” de la víctima o cuando se le obligue a ésta a efectuar autocontactos sobre su propio cuerpo, o también cuando se le obligue a realizar tocamientos sobre las “partes íntimas” de un tercero. Siendo que, los tocamientos no deben implicar la introducción de alguna parte del cuerpo, por cuanto, dicha conducta implicará la comisión del delito de violación sexual.

Al respecto, Roy Freyre menciona que *“se entiende por actos contrarios al pudor, aquellos tocamientos y manipulaciones que realiza el agente o autor sobre el cuerpo de la víctima, así como aquellos tocamientos o actos libidinosos que se obliga efectuar a la víctima sobre su propio cuerpo o sobre el cuerpo de un tercero, especialmente en sus genitales o zonas erógenas con la finalidad de satisfacer su propia lujuria, sin que el agente activo haya evidenciado su intención frustrada de practicar el acto sexual o análogo, siendo indiferente la circunstancia que el autor alcance o no el orgasmo o la eyaculación”* (2000).

Asimismo, Bramont-Arias Torres y García Cantizano sostienen que *“se considera actos contrarios al pudor a todo tocamiento lúbrico somático que ha de recaer sobre el cuerpo del sujeto pasivo con el fin de satisfacer el apetito sexual del agente activo, por ejemplo, palpación, manoteo, tocamiento, manoseo de las partes genitales”* (1997).

Mientras que, los actos libidinosos se refieren a *“...todo comportamiento morboso realizado por el agente activo con contacto físico con el cuerpo del sujeto pasivo, en cuya conducta se requiere la participación de la víctima, ya sea como receptora de la conducta u obligada a practicarla”* (2002). Teniéndose que éstos se presentan de las formas más variadas, pero podemos consignar, por ejemplo, el coito “inter femora” (el cual consiste en una actividad erótica sin penetración en la que uno de los participantes sitúa su órgano reproductivo entre las piernas del otro y obtiene placer mediante el frotamiento resultante que simula el coito con penetración), el “cunnilingus” (lamer las partes pudendas de la mujer), la masturbación practicada a un hombre, los besos dados en una zona erógena como los glúteos o los senos de la víctima, entre otras.

Por último, cabe mencionar que, si bien es cierto que el agente activo realiza una conducta de connotación sexual, ella no implica un propósito de acceder carnalmente a su víctima, siendo ésta la característica del delito materia en análisis. Siguiendo ésta línea tenemos la Ejecutoria Suprema, de fecha 06 de Noviembre del 2007, Recurso de Nulidad N° 5225-2006-JUNÍN que sobre el tema ha dicho: *“Que la diferencia entre el delito de violación sexual y los actos contra el pudor, aun cuando ambos protegen la libertad sexual, fundamentalmente estriba, que en el atentado contra el pudor no existe intención*

*de haber sufrido el acto sexual a la víctima, sino únicamente someterla a tocamientos lúbricos somáticos en zonas sexuales con el fin de obtener satisfacciones eróticas”.*

#### **5. Agente Activo**

Puede serlo cualquiera, tanto el hombre como la mujer, al margen de la opción sexual, puede tratarse de prácticas heterosexuales u homosexuales y el tipo penal no requiere de una persona con experiencia sexual para perpetrarlo.

#### **6. Sujeto Pasivo**

Debe serlo necesariamente un hombre o mujer de 14 años para adelante.

#### **7. Tipicidad Subjetiva**

En el Tipo Subjetivo del delito de Actos contra el Pudor, tenemos una discusión en la doctrina respecto a la demarcación de su alcance, centrándose la controversia en que para su configuración basta con el conocimiento y voluntad de llevar a cabo el acto impúdico, es decir la concurrencia únicamente del Dolo; o sí, además de éste, se va a requerir un elemento especial del tipo subjetivo del injusto, que va a corresponder a la satisfacción del apetito sexual del agente activo.

Los seguidores de la primera opción, sostienen que el tipo subjetivo únicamente debe estar constituido por el dolo, pues de no ser así, supone construir un Derecho Penal de autor (de ánimo) y marginar la concreta lesividad de la conducta, disminuyendo de forma significativa la incidencia tutelar del Derecho Penal, siguiendo ésta postura encontramos a Carmona Salgado, quien refiere que *“el tipo penal no exige que el autor use para ofenderlo un modo libidinoso, sino que protege la invulnerabilidad del ámbito corporal a que alude el concepto de pudicia individual contra el ultraje que implica la indebida intromisión material de un tercero en él”* (1981), es decir, el autor puede esconder otras voluntades como la venganza, puesta en ridículo o simplemente la burla; motivaciones que no tienen la aptitud de mermar la tipicidad penal de la conducta, pues como elemento del tipo subjetivo basta el dolo.

Siguiendo ésta misma línea, tenemos que Núñez argumenta que *“basta que éstos actos sean intencionalmente realizados para que, cualquiera que sea el designio del autor, se*

*deba hablar de abuso deshonesto; porque sea que el autor al consumarlo quiera gestar una broma, o humillar a la víctima o vengarse de ella o que tan sólo quiera satisfacer una curiosidad, ha usado el cuerpo de la víctima de un modo sexualmente indecente”* (1964). Por ende, para el sector de la doctrina<sup>6</sup> que sostiene ésta postura el fundamento del delito debe encontrarse en el derecho violado –sin tener en cuenta el delirio impulsivo-, pues, la diversidad de la causa que haya impulsado a obrar, no influye para nada en la configuración del ilícito, siempre que la acción resulte en ultrajar violentamente el pudor ajeno y que cualquier razón haya sido dirigida para ello.

Por su parte, los partidarios de la doctrina que apoyan la segunda posición –que cuantitativamente conforman un grupo más reducido-, refieren que el dolo no es suficiente para cubrir por sí solo el tipo subjetivo del presente delito, sino que necesita del acompañamiento de un elemento especial como es el móvil lujurioso de satisfacer el apetito sexual del agente. Dentro de los cuales encontramos a Giuseppe, quien manifiesta que *“la finalidad del autor en éstos delitos no se circunscribe al dolo, pues resulta necesario acreditar un propósito determinado de aplacar un ánimo libidinoso, de tal forma que su ausencia da lugar a la atipicidad de la conducta”* (1959).

Es decir, para ellos si el agente activo por más que haya realizado un tocamiento indebido en una parte íntima de la víctima -entiéndase previamente usando la violencia o grave amenaza-, pero que sin embargo la voluntad de éste no haya tenido una connotación encausada a saciar su apetito sexual al momento de su realización, sino que fue ejecutado por cualquier otro móvil, como por ejemplo la broma o el satisfacer una curiosidad, la conducta no se subsume en el tipo penal en análisis por la falta de configuración íntegra del tipo subjetivo en sus dos elementos.

Dicho ello, cabe dejar sentada nuestra postura al respecto que parcialmente concuerda con la doctrina que sostiene la primera opción, en cuanto, creemos correcto que el tipo subjetivo del delito de Actos contra el Pudor no debe ni está compuesto por dos elementos, como son el dolo y la satisfacción del apetito sexual del agente activo, sino

---

<sup>6</sup> Se entiende como Doctrina, a los conceptos sustentados por los juristas y que influyen en el desarrollo del ordenamiento jurídico, aunque no originan derecho de forma directa.

que éste únicamente se compone por el conocimiento y voluntad de llevar a cabo el acto impúdico, es decir solamente el dolo.

Sin embargo, discrepamos con tal postura en el extremo que éste dolo no puede ser a raja tabla, es decir, no puede reducirse meramente al desenlace y desconocer los componentes del actuar del agente, ya que el delito de Actos contra el Pudor tiene como rasgo característico ser un ilícito de tendencia sexual, por lo que la acción debe estar dirigida precisamente a ello y por lo cual en el tipo subjetivo si bien se cuenta únicamente con el dolo, éste debe tener por finalidad la satisfacción de impulsos libidinosos por parte del agente, los mismos que han de ser realizados pese a la oposición manifiesta por parte de la víctima, de tal modo que el agente activo sea consciente de la inexistencia de consentimiento.

Por esto, basta con acreditar el dolo que conlleve una finalidad de satisfacer un estímulo sexual en la esfera personal del autor, para que se abarque la tipicidad subjetiva del tipo penal. En éste sentido, las conductas que no contengan dicha connotación, como por ejemplo la práctica médica regular del ginecólogo, no constituyen una afectación real al bien jurídico tutelado y consecuentemente carecen de relevancia jurídico penal.

#### **8. Medios Idóneos**

En el delito de Actos contra el Pudor establecido en el artículo 176 del Código Penal, la violencia o la grave amenaza deben concurrir en la conducta del agente activo como medios por los cuales éste va a llegar a consumir los tocamientos indebidos en el cuerpo de su víctima, los mismos que de forma explícita aparecen consignados en el tipo penal del ilícito en mención y pueden presentarse de forma separada o conjuntamente, como veremos más adelante para el caso de la grave amenaza en el que además puede mediar la violencia. Por lo que, si llega a verificarse que el agente no hizo uso de alguno de éstos medios para someter a su víctima o de comprobarse que el sujeto pasivo prestó su consentimiento para los actos impúdicos, en ambos casos la conducta será atípica, eximiendo completamente la responsabilidad penal del agente activo en el hecho.

Como ha sido anotado anteriormente, los Medios Idóneos que deben presentarse en la conducta del agente activo al realizar Tocamientos Indebidos en personas mayores de 14 años, deben ser: La violencia o la grave amenaza.

a) Violencia Física

Es la vis Absoluta, entendida como violencia física que tendrá que ser efectiva y estar causalmente conectada con el acto impúdico ilícito que se pretende configurar; de suficiente intensidad y envergadura para poder doblegar los mecanismos de defensa de la víctima, requiriéndose entonces de una violencia lo suficiente para vencer la resistencia que va a ejercer el sujeto pasivo. Por ello, la violencia física que sea capaz de lograr que la víctima ceda como consecuencia de la energía física ejercida sobre su persona, va a ser aceptable para el perfeccionamiento del tipo penal.

El aspecto importante de la violencia física es que deberá ser directa, es decir, tendrá que ejercerse sobre la propia víctima, ya que por ejemplo no cabe la violencia ejercida sobre un tercero –por más que tenga relación con la víctima- y sin mediar palabra alguna se dirija hacia el sujeto pasivo y le realice tocamientos indebidos, lo cual no enerva el hecho de que el agente activo utilice tal violencia previa sobre el tercero para amenazar a su víctima con seguir agrediendo a ésta tercera persona si no se deja tocar, pero ello va a ser analizado más adelante por corresponder al medio idóneo de la grave amenaza, puramente una violencia sobre tercero (indirecta) no podrá ser catalogada como medio para los posteriores tocamientos recaídos sobre el cuerpo de su víctima, además tenemos que la violencia física debe ser realizada con anterioridad a la ejecución de los actos impúdicos, pues si la violencia es posterior a los tocamientos indebidos o actos libidinosos, tal conducta es atípica.

Ahora bien, hemos mencionado que la víctima deberá resistir la violencia ejercida por el sujeto activo, pero ¿a qué nos referimos con ello? Antes de entrar a analizar éste aspecto, cabe mencionar que la resistencia de la violencia física, no es un elemento constitutivo que se encuentre descrito en el Código Penal, sino que se

trata de un elemento tácito que siempre tendrá que darse al ocurrir la violencia física como forma de configurarse el delito. Dicho ello, la doctrina se ha ocupado en establecer que la resistencia de la víctima contra la violencia física, se manifiesta con actos de fuerza que demuestran en ella una voluntad opuesta a la de su atacante. En éste orden de ideas, Ricardo Núñez ha establecido que *“la resistencia consciente de la víctima supone acciones de energía contrarias a las del agresor, las mismas que, sin embargo -posteriormente- son vencidas por el vigor del autor. Por ello, tanto es inconcebible la resistencia de la víctima sin violencia del autor, como la violencia del autor sin resistencia de la víctima. En la resistencia de la víctima debe encontrarse la oposición respecto al propósito sexual del autor, ya que a veces, la víctima simula una resistencia la cual inmediatamente se desvanece cediendo a los apetitos sexuales del agente activo. Aquí no hay delito”* (1964).

A modo de ejemplificar la concepción anteriormente señalada, tenemos que Cervantes en la novela Don Quijote de la Mancha (Parte II, Capítulo XLV) relata un hecho peculiar relacionado a un caso de violación sexual, pero por extensión nos servirá para graficar didácticamente la noción expuesta en el párrafo precedente dada por Núñez referente a la resistencia, en tal obra se narra que una mujer acusó a un hombre de haberla violado en un despoblado. Luego de escuchar a ambos, Sancho Panza ordenó al hombre que recompensara a la denunciante con una bolsa repleta de dinero autorizándole en seguida a correr tras la mujer para quitarle la bolsa, lo que no consiguió por la resistencia de la mujer que se vanagloriaba de ello. Llegó al lugar Sancho Panza y dirigiéndose a la esforzada mujer le dijo *“si el mismo aliento y valor que habéis mostrado para defender ésta bolsa, lo mostrarais y aun la mitad menos para defender vuestro cuerpo, la fuerza de Hércules no sería fuerza”*.

Ahora bien, siguiendo con ésta misma línea, Sebastián Soler manifiesta al referirse a la resistencia contra la violencia, que *“esa fuerza debe orientarse directamente en el sentido de vencer una resistencia seria de la víctima. Así la fuerza debe recaer sobre la persona de la víctima, y no basta que se manifiesta*

*sobre terceros o sobre cosas. Así el que violentamente rompe la puerta para entrar donde está la víctima no ha ejercido aún la fuerza que lo constituye en autor del delito de Tocamientos Indebidos” (1821).*

Por lo que, se debe concebir que la resistencia de la víctima es la consecuencia de la violencia física, la cual debe ser razonable, real y seria, lo que además va a permitir determinar la idoneidad de la violencia y si el sujeto pasivo no resistió, pudiendo hacerlo, o resistió débilmente, no se podrá hablar de violencia.

b) Grave Amenaza

Es la vis compulsiva, entendiéndose como tal a la amenaza grave que es empleada por el agente activo para ocasionar pánico, temor y miedo en la víctima, mediante el anuncio de la producción de un mal grave y serio, que puede ser contra su persona o contra terceros que se encuentren vinculados a la víctima, lo que supone el quebrantamiento de la voluntad del sujeto pasivo, a fin de ceder a los tocamientos indebidos o actos libidinosos, es decir, es una violencia psicológica en que la víctima elige el mal menor que, en este caso, serían los tocamientos indebidos o actos libidinosos.

Al respecto, Ripollés ha dejado anotado que *“la intimidación debe ser lo suficientemente intensa para que pueda resquebrajar la voluntad del sujeto pasivo. No es necesario que la amenaza anule totalmente la capacidad de elección de la víctima. Es suficiente que la amenaza actúe de forma tal, que el sujeto pasivo se vea en la necesidad imperiosa de escoger el mal menor. La amenaza tiene un carácter estrictamente subjetivo, causar temor a la víctima, pero es necesario que dicha amenaza tenga la entidad suficiente para producir tal estímulo” (1958).*

Así también, Salinas Siccha en cuanto a la grave amenaza sostiene que *“para la configuración del ilícito en comentario sólo será necesario verificar si la capacidad psicológica de resistencia del sujeto pasivo ha quedado sustancialmente enervada y que por ello ha accedido al menor mal” (2005).*

Es así que la víctima, como consecuencia de la amenaza, se encuentra -en su entender- en una situación en la que no tiene alguna posibilidad de adoptar una decisión distinta a la de ceder al propósito impúdico del agente activo, pues, ello significaría un daño más grave.

Ahora bien, cabe aludir las características señaladas por Noguera Ramos que sostiene que deben concurrir en la grave amenaza, las cuales son las siguientes:

- ✓ ***“Determinada:*** *Porque deberá ser específica y tratarse de una amenaza bien definida, es decir, clara, entendible para la víctima y precisando en qué consiste.*
- ✓ ***Considerable:*** *El daño amenazado tendrá que ser mayor que el acto impúdico, de tal suerte que se elige el mal menor. Por ejemplo, mato a tu madre, si no te dejas tocar. En ése caso, el mal menor es dejarse tocar por el agresor para salvar la vida de la madre.*
- ✓ ***Grave:*** *No debe causar burla, sino todo lo contrario miedo, terror o pánico. No sería una amenaza grave al decirle a la víctima que se deje tocar, porque si no lo hace, no la invitará a su fiesta de cumpleaños.*
- ✓ ***Posible:*** *Que sea realizable en el tiempo y espacio, por lo que no caben los daños fantasiosos. Esto significa que la amenaza grave al ser escuchada por la víctima entienda que puede ser realizada. No sería un ejemplo de amenaza grave el decirle a la víctima que se deje tocar, porque, en caso contrario, le va a caer un rayo.*
- ✓ ***Inminente:*** *De realización inmediata, actual y no del futuro, porque no sería una grave amenaza decirle a la víctima que se deje tocar, porque, en caso contrario, le va a ir muy mal en unos años.*
- ✓ ***Directa o Indirecta:*** *Será directa cuando es dirigida por el agente activo en contra de la misma víctima sobre la que va a recaer los actos contra el pudor; e indirecta, cuando el agente activo utiliza a una tercera persona –con vinculación a la víctima- para recaer*

*sobre ella la grave amenaza, y en seguida practicar sobre el sujeto pasivo los actos contra el pudor, un ejemplo de ello, se va a dar cuando el padrastro que periódicamente propina duras golpizas sobre su pareja, le dice a la hija de ésta que se deje tocar, pues, sino lo hace va a dar una fuerte golpiza a su madre, la niña como ha visto a su madre ser golpeada, cede a dichos actos contra el pudor, para salvaguardar la integridad de su madre en tal oportunidad” (2011).*

Finalmente, cabe señalar lo esbozado por Carlos Fontán Balestra cuando contrasta la grave amenaza con una creencia cultural que está bastante arraigada en nuestro país, en los diferentes estratos socioeconómicos, como es la quiromancia, cartomancia y similares; al indicar que *“es necesario valorar en cada caso la posible eficacia de la grave amenaza en relación directa con la cultura de la víctima, ya que supongamos el caso de la mujer a la que se pretende tocar indebidamente, mediante la amenaza de lanzar contra ella y toda su familia una maldición, o hacerla objeto de algún embrujamiento o maleficio, y que tal amenaza emane de persona que tiene fama de poseer tales artificios, esa amenaza resultará, sin duda, absurda y ridícula para una persona culta, que no cree en esos supuestos dones sobrenaturales del actor, pero podrá provocar, en cambio, un estado de temor, capaz de vencer la voluntad de una persona de poca cultura, y más aún, la de aquellas cuya fe en referidos charlatanes es absoluta”* (2002).

## **9. Consumación**

El delito se perfecciona en el momento que el agente realiza sobre la víctima o le obliga a ésta a efectuar sobre sí misma o un tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, bastando sólo un tocamiento y no requiriéndose otro acto posterior como el orgasmo o la eyaculación.

## 10. Tentativa

La tentativa es admisible y se dará cuando el agente activo, habiendo ejercido violencia o grave amenaza sobre el sujeto pasivo, con el fin de realizar actos contra el pudor sobre éste no logre su cometido.

## 11. Penalidad

El agente activo será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años en el caso de los supuestos recogidos en el tipo base, es decir, en lo contenido en el primer párrafo del artículo 176 del Código Penal. Si en la conducta concurre alguna de las circunstancias agravantes previstas en el segundo párrafo de dicho artículo, el agente activo será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

## 12. Circunstancias Agravantes del delito de Actos Contra el Pudor

Las circunstancias que agravan el hecho punible en análisis se encuentran reguladas en el segundo párrafo del artículo 176 del Código Penal, estableciéndose una pena no menor de cinco ni mayor de siete años, cuando los Actos contra el Pudor se realizan:

- i. Si el agente se encuentra en las agravantes previstas en el artículo 170, incisos 2, 3 y 4.
- ✓ **Inciso 2.-** Ésta agravante establece que el hecho se va a agravar en dos situaciones: Primero, cuando el agente realiza Actos contra el Pudor a su víctima, aprovechando de la situación de ventaja o superioridad que tiene sobre ella; y segundo, cuando se va a aprovechar de la relación de parentesco que tiene con el sujeto pasivo para practicar sobre éste Actos contra el Pudor.

En la primera modalidad de la agravante, esto es, cuando el agente aproveche de la situación de ventaja o superioridad que tiene sobre su víctima, se van a subsumir todos aquellos comportamientos sexuales que se producen a consecuencia del “acoso sexual”, también llamado “hostigamiento sexual”; el mismo que ha sido conceptualizado por el artículo 4 de la Ley N° 27942, de fecha 27 de Febrero del 2003, como “*la conducta física o verbal 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 éstas conductas por considerar que afectan su dignidad así como sus derechos fundamentales” (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2003).*

Es decir, ésta modalidad agravada abarca los supuestos de prevalimiento<sup>7</sup>, que se traduce en una relación de superioridad entre el agente y su víctima, en la que el autor aprovecha de la especial posición o cargo en la que se encuentra para llevar a cabo el atentado contra la libertad sexual, siendo ésta cualidad la que posibilita la comisión del delito, no siendo suficiente, para que se configure la agravante, que el agente activo ostente meramente ostente dicha posición o cargo, sin prevalerse de ella.

Un ejemplo de aplicación de la agravante se va a dar cuando, un jefe haciendo uso de la grave amenaza, somete a tocamientos indebidos a su secretaria, ya que en caso contrario será despedida de su puesto de trabajo en la empresa o también para el profesor que intimida a uno de sus alumnos, que bien puede ser mujer o varón, con jalarlo del curso si es que no deja tocarse sus partes íntimas.

Es así que, el fundamento de ésta primera modalidad de la agravante en estudio se haya en la situación de inferioridad en la que se encuentra la víctima respecto de su agresor, situación de la que éste se vale para poder atacar más fácilmente el bien jurídico.

Ahora bien, cabe señalar que mediante la Ley N° 28963 se modificó el artículo 170 del Código Penal, agregando como supuesto de agravación los casos en los que el agente activo se va a aprovechar de una relación

---

<sup>7</sup> El prevalimiento es utilizado en el Derecho Penal, para describir toda situación en la que el autor goza de una particular posición de superioridad frente a su víctima, de la cual se va a aprovechar para cometer con éxito su acto criminal.

proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta sus servicios como trabajadora del hogar, los mismos que consideramos que no merecen un análisis distinto, pues sin mayor esfuerzo éstos supuestos van a incluirse dentro de la primera modalidad de la agravante.

Dicho ello, cabe analizar la segunda modalidad de la agravante, que se va a dar cuando el agente activo va a realizar tocamientos indebidos sobre su víctima, aprovechándose de la relación parental que media entre ellos por ser ascendente, descendente, hermano, cónyuge o conviviente; por consanguinidad o por adopción o afines de aquella.

Es así que, se encontrarán dentro de ésta agravante las relaciones parentales consanguíneas o por adopción; siendo que en la agravante no se establece límite para el parentesco en línea recta, teniéndose en ascendentes (padres, abuelos, bisabuelos etc.), en descendentes (hijos, nietos, bisnietos, etc.), en el parentesco en línea colateral se comprende únicamente a los hermanos, pese a que pueden existir casos en los que los tíos de la víctima pueden ejercer un nivel de influencia idóneo para facilitar el hecho, no se los ha incluido en la agravante, ya que con el numerus clausus establecido, se los excluye expresamente. También se tiene en cuenta a los parientes por afinidad, dentro de los cuales debe comprenderse a los mismos grados establecidos para el parentesco consanguíneo o por adopción, por ende, se incluye a los suegros, yernos, nueras y cuñados. Finalmente, también se encuentran dentro de la agravante los cónyuges o convivientes, que precisamente por el hecho de la convivencia donde comparten techo y lecho, se espera un mayor cuidado y protección recíproco.

Teniéndose entonces que, la conducta en ésta modalidad se agrava por la existencia de una relación de parentesco entre el autor y su víctima que es aprovechada por el agente activo para posibilitar la ejecución del tipo penal, defraudando el resguardo o protección natural que se le es inherente al autor

por la relación parental sobre el sujeto pasivo. Aunado a ello, debe acuñarse lo esbozado por Alcacer Guirao, quien sostiene que la conducta se agrava por *“la existencia de una mayor afectación psicológica en la víctima, por la participación de un miembro del entorno familiar más cercano”* (2004). Finalmente es indispensable mencionar que, el agente activo debe conocer previamente a la comisión del delito, el vínculo de parentesco que le une con la víctima, dado que, el error sobre ésta circunstancia excluye el dolo del tipo agravado, subsistiendo únicamente el supuesto del tipo base.

- ✓ **Inciso 3.-** El motivo de la agravante radica en la especial calidad de los agentes del delito, quienes son los custodios del orden público y por ello su actuación funcional está comprendida en la protección y respeto de los bienes jurídicos de la persona, sin embargo, el agente precisamente en el ejercicio de su función pública de brindar seguridad a los ciudadanos va a realizar tocamientos indebidos en las partes íntimas del sujeto pasivo. Por ende, no es suficiente que el agente reúna la condición personal que exige el tipo penal al momento de los hechos, sino es necesario que se haya producido en el tiempo que el agente activo estaba ejecutando sus labores en el marco de su competencia funcional, ya que si, por ejemplo, un miembro de la Policía Nacional realiza el tocamiento indebido bajo violencia en su día de franco, sólo será procesado y sentenciado por el tipo base del delito de Actos contra el Pudor, es decir, la agravante no se configura por no tener en ése momento *“la calidad especial del agente”* que requiere la presente agravante.

Como lo apunta Salinas Siccha, *“el fundamento de ésta agravante se explica en el hecho que aquellos grupos de personas ejercen función pública consistente en brindar seguridad y protección a los ciudadanos. De modo que si en el lugar de ejercer su función encomendada y confiada normalmente, haciendo uso de violencia o amenaza grave, someten a tocamientos indebidos a su víctima, aparte de lesionar el bien jurídico libertad sexual afectan gravemente la confianza brindada, ya sea por parte del Estado o de un tercero que los contrató, en el caos de la vigilancia privada. Asimismo, sirve*

*de fundamento la posición de poder o de dominio que representan los agentes comprendidos en la agravante ante terceros, quienes fácilmente ven debilitadas sus defensas frente al ataque de los tocamientos indebidos” (2005).*

- ✓ **Inciso 4.-** Se va a configurar ésta circunstancia agravante del delito cuando el agente activo teniendo conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual, somete al acto sexual libidinoso a su víctima. Se trata de una figura de peligro, pues no se exige necesariamente que el contagio se haya producido, sino sólo la puesta en peligro de la salud del sujeto pasivo. En tal sentido, Fontán Balestra argumenta que *“la agravante exige la concurrencia de tres aspectos:*
- a) *Que el autor sea portador de una enfermedad de transmisión sexual.*
  - b) *Que con motivo de los actos contra el pudor realizado haya existido peligro de contagio, ya que el solo peligro de contagio satisface la exigencia legal de la agravante, siendo irrelevante penalmente verificar si en la realidad se produjo el contagio, dado que ésta condición sólo servirá al juzgador para graduar la penal al momento de imponerla al responsable.*
  - c) *Que el autor al consumir el acto impúdico haya tenido conocimiento de ser portador de la enfermedad, es decir el agente antes de consumir el hecho debe conocer que es portador de una enfermedad grave de transmisión sexual y no obstante tal conocimiento, realiza el acto impúdico. A contrario sensu, si, por ejemplo, se verifica que al momento que se produjeron los hechos, el agente desconocía que era portador de la enfermedad de transmisión sexual se excluirá la agravante del hecho” (1992).*

Es así que, el fundamento de la agravante se circunscribe al hecho de que aparte del agente activo lesiones la libertad sexual de su víctima, va a poner en peligro la salud de ésta, puesto que al someterla al acto contra el pudor

existe la firme posibilidad de contagiarla con la transmisión de una enfermedad sexual grave en perjuicio evidente de su salud.

ii. Si la víctima se hallare en los supuestos de los artículos 171 y 172.

- ✓ **Artículo 171.-** El supuesto contenido en el tipo penal del artículo 171 va a operar –en cuanto sea aplicable–, como una conducta agravante del comportamiento típico previsto en el artículo 176 del Código Penal.

El mismo que se va a configurar cuando el agente activo después de haber colocado a su víctima en un estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, realiza sin riesgo el acceso carnal sexual por la cavidad vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por las dos primeras vías. Siendo que, para ser de aplicación en el tipo penal en análisis deberá ser reemplazado el término “acceso carnal” por “tocamientos indebidos”, es decir, el agente activo va a colocar previamente a su víctima en un estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir y luego de ello perpetrará los actos contra el pudor en ella.

La característica particular de éste delito denominado “violación sexual alevosa” se debe a que el agente se vale de medios insidiosos previos a la comisión del delito, es decir en éste delito el agente activo utiliza medios previos que tienden a eliminar la posibilidad de defensa del sujeto pasivo y facilita la ejecución del delito sin riesgo para su persona.

En tal sentido y de la redacción del propio tipo penal, se advierte que aquel recoge dos supuestos de hecho en los que se puede colocar a la víctima, como son: a) El estado de inconsciencia, o bien b) La imposibilidad de resistir; cuyas condiciones, como se viene sosteniendo, necesariamente deben ser previas a la consumación del acto sexual y provocadas por el agente activo.

a) Colocar en estado de inconsciencia:

Al respecto, Bramont Arias sostiene que *“estado de inconsciencia significa una situación transitoria por la cual el sujeto pasivo carece de aptitud para percibir las impresiones provenientes de los objetos externos, quedando comprendidos dentro de éste alcance la ebriedad provocada, el hipnotismo, el uso de narcóticos y de afrodisíacos, el sueño inducido, etc”* (2014).

Por su parte, Javier Villa Stein refiere que *“por estado de inconsciencia debemos entender, al mental transitorio absoluto o parcial, no mórbido, que priva a la víctima de su capacidad intelectual y volitiva para asimilar y oponerse al agravio de que está siendo víctima. Tal es el caso de la embriaguez provocada, narcóticos, pastillas somníferas, afrodisíacos, etc”* (2014).

Siguiendo ésta línea y a modo de graficar la configuración del delito de “violación sexual alevosa”, tenemos la Resolución del 21 de Setiembre de 1998, recaída en el expediente N° 4953-1997, mediante la cual la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, sostuvo *“que, en el caso de autos con las innumerables declaraciones testimoniales obrantes en autos, así como el propio dicho de la agraviada de fojas sesenta se ha comprobado que ésta última el día de los hechos ingirió en un primer lugar algunos cocktails con motivo de la despedida de soltera de su hermana y cuando ya habían transcurrido varias horas de la reunión continuó bebiendo en ésta ocasión cerveza en compañía del encausado, quien inclusive se encargó de proporcionarla consiguiendo de ésta manera que la denunciante al momento de retirarse con él alrededor de las seis de la mañana se encontrara en evidente estado de embriaguez, lo que consecuentemente no le permitía tener actitud para percibir lo que acontecía ni para poder prestar un consentimiento válido de una posible relación sexual”*.

Por todo ello, podemos concluir que el estado de inconciencia se va a presentar cuando el agente activo provoca en su víctima un estado psicofísico en el cual queda impedida de reaccionar y procurarse alguna forma de defensa que contrarreste la agresión sexual.

b) Colocar en la imposibilidad de resistir:

Sobre ésta circunstancia, Bramont Arias refiere que *“por imposibilidad de resistir se entiende toda situación en la que se encuentra una persona incapacitada de ofrecer resistencia frente a la acción de otro sujeto, sin embargo la víctima conserva su capacidad de percepción y sus facultades volitivas, pero las circunstancias materiales del hecho demuestran que se halla privada de la facultad de actuar, por ejemplo si se ata a la víctima para accederla carnalmente”* (2014).

Es decir, ésta condición se va a verificar cuando el agente activo previamente va a producir la imposibilidad física de resistencia de su víctima privándole la oportunidad de poder defenderse, sin perjuicio de ello, el sujeto pasivo conserva su plena capacidad de entender el hecho, pero las circunstancias materiales del suceso demuestran que está privada de la potestad de querer.

En los dos supuestos de hecho<sup>8</sup> previstos por el legislador en el artículo 171 del Código Penal, se evidencia que el agente activo va a actuar de forma segura sin fallar en la consumación del acceso sexual, ya que su actuar alevoso dirigido a colocar a su víctima en estado de indefensión le procura posteriormente un resultado sexual cierto, de allí que su accionar merezca una pena mayor.

---

<sup>8</sup> Entiéndase como supuesto de hecho, toda situación fáctica en la que se va a aplicar específicamente una norma.

- ✓ **Artículo 172.-** Va a ser de aplicación –en lo que sea concordante-, como una conducta agravante del comportamiento típico previsto en el artículo 176 del Código Penal.

El mismo que se configura cuando el agente activo –previamente- teniendo pleno conocimiento del estado psicológico o físico disminuido o anulado del sujeto pasivo, le practica alguna de las modalidades del acceso sexual, es decir, se perfecciona cuando el agente activo con conocimiento previo y pleno de que su víctima sufre de un estado permanente o parcial de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o se encuentra en incapacidad de resistir, se aprovecha de tal situación y le practica el acceso carnal. Siendo que, para ser de aplicación en el tipo penal en análisis deberá ser reemplazado el término “acceso carnal” por “tocamientos indebidos”, es decir, el agente activo a sabiendas previamente de la incapacidad de su víctima, se aprovecha de éste estado personal en el que la encontró, para realizarle tocamientos indebidos en sus partes íntimas.

Siguiendo con lo argumentado, Bramont Arias explica que *“el presupuesto de éste delito es que el estado personal de la víctima sea anterior al momento en que se efectúa el acceso sexual y ajeno a la conducta del agente activo, es decir, que no haya sido provocado u ocasionado por él, ya que, téngase en cuenta que se habla de incapacidad de resistir, circunstancia que se debe a las condiciones personales de la víctima”* (2014).

Ahora bien, cabe indicar que el sujeto pasivo comprendido en el artículo 172 del Código Penal, aún cuando supere la minoría de edad y haya prestado su consentimiento para que el agente activo realice el acceso carnal sexual, igual aparece el delito. En éste sentido, la Corte Suprema mediante la Ejecutoria Suprema del 21 de Noviembre de 1994, recaída en el expediente N° 134-94-Piura, ha argumentado *“que, aparece de lo actuado que el acusado Pulache Villegas sostenía relaciones sexuales con la agraviada María Pulache Suárez; que si bien el procesado a lo largo de la investigación llevada a cabo*

*reconoce ésta imputación aduciendo que fue de mutuo acuerdo, sin embargo, debe precisarse que tenía conocimiento que aquella padecía de retardo mental, como se puede ver del peritaje psiquiátrico que se le practicara cuyo resultado obra a fojas sesenta y dos; que, el hecho de que la agraviada tenía veintisiete años de edad, no enerva la responsabilidad penal del encausado, encuadrándose por tanto su conducta en la previsión que contempla el numeral 172 del Código Penal, que sanciona a quienes practicaren el acto sexual con persona incapaz de resistir, con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; que, en éste tipo de ilícitos no se tiene en cuenta el consentimiento que debe otorgar la agraviada ni su mayoría de edad...”.*

Las circunstancias psicológicas o físicas que dan singularidad al ilícito penal de violación de persona en incapacidad de resistencia, se encuentran mencionadas expresamente por el legislador, las cuales en forma independiente van a conformar una conducta punible. Siendo los supuestos de incapacidad los siguientes:

Anomalía psíquica:

Éste estado abarca todas las enfermedades mentales que comprenden desórdenes y trastornos, cuya gravedad afecta en tal nivel el sistema nervioso que daña su sentido de realidad de la persona, entre los principales tenemos la neurosis y la psicosis.

La Neurosis:

Se trata de una alteración mental que se caracteriza por un alto grado de ansiedad, que pueden ser producidos por miedo u obsesiones que producen un gran sufrimiento psíquico o por situaciones o hechos que crean en la persona fuertes tensiones emocionales.

### La Psicosis:

Se trata de una enfermedad caracterizada por una desorganización de la personalidad, con alteraciones del juicio crítico y de la relación con la realidad, en la que se presentan trastornos del pensamiento, ideas y con frecuencia perturbaciones de la percepción como alucinaciones.

### Grave alteración de la conciencia:

Se refiere a la perturbación cognitiva que produce que el sujeto pasivo excluya su capacidad de discernimiento para valorar y comprender lo que ocurre en su alrededor, lo que va acompañado de una turbación anímica y afectiva, que hace prisionero a la persona de sus impulsos o sus reacciones. Es decir, las personas que adolecen de un estado de conciencia alterada como, por ejemplo, la drogadicción o sueño profundo, que fueron autoinducidos o inducidos por persona distinta al agente.

### Retardo Mental:

Consiste en un funcionamiento intelectual por dejado del promedio y que se presenta junto con deficiencias de adaptación, como es la carencia de destrezas necesarias para la vida diaria. Antiguamente, se clasificaba el retardo mental en tres categorías: Debilidad (nivel más bajo), Imbecilidad (nivel medio) e Idiotez (nivel alto). Sin embargo, se ha dejado de lado ésta catalogación y actualmente se diferencia en: Retardo Mental Leve (cuando el coeficiente intelectual sea de 50-55 a aproximadamente 70), Retardo Mental Moderado (cuando el coeficiente intelectual sea entre 35-40 a 50-55), Retardo Mental Grave (cuando el coeficiente intelectual sea entre 20-25 a 35-40) y Retardo Mental Profundo (cuando el coeficiente intelectual sea inferior a 20-25). Sin embargo, ésta clasificación es meramente expositiva ya que para la configuración del tipo penal, no importa el nivel de retardo mental del sujeto pasivo, basta que lo padezca. Sin perjuicio de ello, sí servirá para el juzgador al momento de graduar la pena que impondrá al responsable del delito.

Incapacidad de resistir:

Hace referencia a aquel estado de inferioridad física en que se encuentra el sujeto pasivo, por el cual le es imposible obrar en forma positiva para oponerse efectuando resistencia contra el actuar sexual del agente activo.

En tal sentido, Castillo Alva expone que *“en la incapacidad de resistir, la víctima tiene capacidad para comprender el significado del acto del que es objeto, pero no puede actuar su voluntad contraria y oponerse materialmente a la acción del autor, por lo que, para que se configure el tipo penal la víctima no debe tener la capacidad de reacción física, ni siquiera en forma débil que obligue al agente activo a ejercer fuerza para conseguir el acto sexual”* (2002).

Es así que, una diferencia del presente supuesto con los demás que también conforman el tipo penal del artículo 172, es que aquí el sujeto pasivo al momento de la agresión sexual puede valorar y comprender el significado y contenido del acto sexual del que es víctima, sin embargo, existe una ausencia de fuerza física para oponerse a la agresión, de tal forma que no está en capacidad de repeler el agravio sexual. Siendo, por ejemplo, una de las formas que puede revestir la incapacidad de resistir, el estado de parálisis en el que se encuentra el sujeto pasivo, que es aprovechado por el agente activo para la perpetración del delito de Actos contra el Pudor.

Finalmente, cabe señalar la diferencia esbozada por Salinas Siccha entre el supuesto de “imposibilidad de resistir” comprendido en el artículo 171 y la “incapacidad de resistir” prevista en el artículo 172 del Código Penal. *“En efecto, cuando se habla de poner en estado de “imposibilidad de resistir” a que hace referencia el tipo penal del artículo 171, se entiende al estado en que el agente activo ha puesto a su víctima para conseguir su propósito sexual. Aquí, el agente actúa previamente para poner o colocar a su víctima en un estado que haga imposible su resistencia u oposición a la agresión sexual. En tanto que “incapacidad de resistir” se refiere o está haciendo referencia a un*

*estado propio de la víctima. Se trata de un estado que ya tiene la víctima mucho antes de la intervención del agente para someterla al acceso carnal. El agente sólo se aprovecha de aquel estado. Se refiere al estado que no ha sido provocado por la voluntad o acción del agente. Aquí, el agente encuentra y aprovecha la incapacidad que sufre la víctima para realizar el acto sexual y otro análogo y de esa forma satisfacer alguna de sus apetencias sexuales” (2008).*

- iii. Si el agente tuviera la condición de docente, auxiliar u otra vinculación académica que le confiera autoridad sobre la víctima.

Ésta conducta típica ha sido incorporada en el inciso 3 del artículo 176 del Código Penal, mediante la Ley N° 28704, como agravante del delito de Actos contra el Pudor, sin embargo contiene un supuesto que ya se encuentra previsto en el inciso 1 del artículo 176 cuando se remite a la figura agravada del inciso 2 del artículo 170 del Código Penal, es decir, que habrá agravante cuando el agente activo para la perpetración del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre su víctima, siendo innecesaria y reiterativa.

Por lo tanto, como ya hemos dejado analizado al momento de estudiar el inciso 2 del artículo 170, la agravante es de aplicación para aquellos profesores que luego de intimidar a sus alumnos con jalarlos en el curso o ponerles una calificación baja, en caso de auxiliares, los someten a actos impúdicos.

### **13. Formas Agravadas contenidas en el artículo 177 del Código Penal**

En éste artículo se han previsto formas agravadas para cualquiera de los casos previstos en los artículos 170, 171, 172, 174, 175, 176 y 176-A. Teniéndose que del inciso 1 se desprenden las siguientes agravantes:

- ✓ **Si el agente procede con crueldad:** Se va a configurar ésta agravante cuando el agente realiza el hecho delictivo provocando un sufrimiento inexplicable e

innecesario al sujeto pasivo, por lo que se deberá verificar dos aspectos: Primero, que el sufrimiento sea físico o psicológico haya sido incrementado intencionalmente por el agente, con la finalidad de hacer sufrir a la víctima, y segundo, que éste sufrimiento sea innecesario y se pudo evitar en la comisión del delito, colocándose en evidencia su ferocidad del agente ante el dolor de su víctima.

- ✓ **Procede con Alevosía:** Estaremos frente a ésta agravante cuando el agente utilice precisamente en la ejecución medios, modos o formas objetivamente adecuados para asegurarle la eliminación de las posibilidades de defensa de la víctima. De tal forma que la intención del agente se enfoca en dos puntos, en la ejecución del delito y también en eliminar conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para éste una eventual reacción defensiva del sujeto pasivo.
- ✓ **Para degradar a la víctima:** Al respecto, creemos que todo atentado sexual, cualquiera sea su modalidad, es degradante por sí mismo, ya que con el acto se le vulnera a la víctima las fibras más íntimas de su ser, por ende, la justificación sobre la existencia de ésta agravante rebasa los parámetros de lo evidente.

Asimismo, se desprenden del inciso 2 y 3 las siguientes agravantes respectivamente:

- ✓ **Lesiones graves en la víctima:** Ésta circunstancia agravante establece que, como consecuencia del hecho delictivo, el agente activo, pudiendo prever el resultado, le haya ocasionado lesiones graves a su víctima.
- ✓ **Muerte de la víctima:** La agravante se va a configurar cuando el agente activo haya podido prever el resultado, le haya provocado la muerte a la víctima como consecuencia inmediata del hecho delictivo.

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 177 no contiene agravantes expresas, sino que realiza una remisión interna a las agravantes previstas en el segundo párrafo del artículo 170, las cuales van a ser:

- ✓ **Con empleo de arma:** El uso de arma de fuego<sup>9</sup> al momento de perpetrar el hecho delictivo mejora la posición del agente frente a su víctima, lo que consecuentemente va a provocar la disminución o eliminación de los mecanismos de defensa de ésta. Según la redacción de la agravante no se exige el uso real del arma en el hecho delictivo, sino que sólo el poseerla en el momento de la comisión.
- ✓ **Por dos o más sujetos:** La concurrencia de dos o más sujetos que exige la agravante, debe darse en el momento en que se produce el hecho delictivo y ello solo puede suceder cuando estamos frente a la coautoría, ya que como lo ha señalado Castillo Alva *“no es suficiente una complicidad simple o una cooperación necesaria o una instigación para estimar la agravante, sino que debe tratarse de un caso de coautoría en donde el dominio del hecho se encuentre en manos de varios sujetos en el sentido de una contribución de funciones y de roles, en virtud de la cual cada uno determina con su aporte una mayor gravedad al injusto”* (2002). Fundamentándose ésta agravante en la imposibilidad de defensa del sujeto pasivo, frente a un hecho de plural participación y también en la mayor potencialidad lesiva para el bien jurídico que importa el ataque de un grupo de personas.
- ✓ **Abusa de su profesión, ciencia u oficio o se aprovecha de cualquier posición, cargo o responsabilidad legal que le confiera el deber de vigilancia o particular autoridad:** Ésta agravante abarca los supuestos de prevalimiento, es decir, cuando el agente activo ostenta una relación de superioridad sobre el sujeto pasivo, la cual va a crear un escenario de opresión o coacción, que precisamente va a ser aprovechada por el autor para llevar a cabo el hecho delictivo.
- ✓ **Aprovecha de su calidad de ascendente o descendente, por consanguinidad, adopción o afinidad; o de cónyuge, excónyuge, conviviente o exconviviente o una relación análoga, o tienen hijos en común o habitan en el mismo domicilio, o es pariente hasta el cuarto**

---

<sup>9</sup> Un arma de fuego, será todo dispositivo destinado a propulsar uno o múltiples proyectiles mediante la presión generada por una materia explosiva.

**grado por consanguinidad o adopción o segundo grado de afinidad:** La agravante encuentra su fundamento en la existencia de una relación de parentesco entre el autor y su víctima que es aprovechada por el agente activo para posibilitar la ejecución del hecho delictivo, defraudando el resguardo o protección natural que se le es inherente al autor por la relación parental sobre el sujeto pasivo. Al respecto, Alcacer Guirao, sostiene que la conducta se agrava por *“la existencia de una mayor afectación psicológica en la víctima, por la participación de un miembro del entorno familiar más cercano”* (2004). Así también, el tipo penal establece a las personas que viven en el mismo domicilio, sin ser precisamente parientes, siendo su justificación la confianza recíproca entre las personas que comparten morada.

- ✓ **Es pastor, sacerdote o líder de una organización religiosa o espiritual:** En ésta agravante de igual forma se cubre los casos en los que el agente activo ostenta una relación de superioridad sobre el sujeto pasivo y que se vale del escenario de coacción para perpetrar el hecho delictivo; ahora bien, ésta agravante merece un comentario del autor, ya que evidentemente tiene matices populistas por los numerosos y mediáticos casos en los que el autor de delitos sexuales tiene la calidad descrita por la agravante, pero que bajo un análisis netamente jurídico bien podrían ser enmarcadas dentro de la agravante en el que el agente *se aprovecha de cualquier posición o cargo que le confiera particular autoridad sobre su víctima.*
- ✓ **Si tiene cargo directivo, es docente, auxiliar o personal administrativo en el centro educativo de la víctima:** De igual forma el agente activo se va a aprovechar de la relación de superioridad sobre su víctima, por lo que vale todo lo dicho en la agravante precedente.
- ✓ **Si mantiene una relación proveniente de un contrato de locación de servicios o relación laboral:** En dicha agravante el agente activo va a aprovechar de igual forma la relación de superioridad sobre su víctima, siendo aplicable todo lo analizado en la agravante cuando el agente *se aprovecha de cualquier posición o cargo que le confiera particular autoridad sobre su víctima.*

- ✓ **Si es miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia Privada:** Se sanciona con mayor punibilidad a éste grupo de personas por su calidad, ya que ejercen función, sea pública o privada, consistente en brindar seguridad y protección a los ciudadanos. De modo que si en lugar de ejercerla, más bien se valen de ésta para cometer un hecho delictivo, no sólo lesionan el bien jurídico del delito realizado, sino que resquebrajan gravemente la confianza otorgada ya sea al Estado o al particular que los contrató.
- ✓ **Tiene conocimiento de ser portador de enfermedad sexual grave:** El fundamento de la agravante es que el agente activo no sólo va a lesionar el bien jurídico del hecho delictivo perpetrado, sino que va a poner en peligro la salud de su víctima, ya que no se requiere que se produzca el contagio sino sólo la puesta en peligro.
- ✓ **Perpetrarlo en presencia de niña, niño o adolescente:** Ésta agravante no merece mayor análisis, pues es evidente que merece mayor reproche consumir un hecho delictivo en presencia de un menor de edad, ya que al presenciar el hecho delictivo se va a desencadenar en él consecuencias colaterales que van a afectar su normal desarrollo.
- ✓ **La víctima se encuentra en estado de gestación:** El motivo de la agravante radica en la calidad de la víctima, pues se encuentra en un estado de indefensión por su situación de gravidez.
- ✓ **La víctima tiene más de 14 años y menos de 18 años, es adulto mayor o persona con discapacidad:** La justificación de la agravante radica en lo desarrollado en el apartado 3.1. de la presente investigación, dado que es indudable que éste sector de la población merece una protección especial por su condición; asimismo se ha consignado en ésta agravante al adulto mayor, que comprende a todas las personas mayores de 65 años de edad, así como a las personas que sufren de discapacidad física o sensorial, siendo la justificación para éstos dos sectores de la población el estado de indefensión en el que se encuentran por su avanzada edad o por su especial condición.

- ✓ **La víctima es mujer y es lesionada por su condición:** La agravante radica no sólo en el hecho de proteger a la mujer por las evidentes condiciones físicas de inferioridad que tiene frente a un hombre y por lo tanto los mecanismos de defensa que tiene se ven disminuídos, sino que con la agravante busca reprimir todo acto misógino hacia ellas, es decir cualquier aversión o rechazo hacia las mujeres por parte del agente activo que es utilizado como móvil para la perpetración del hecho delictivo.
- ✓ **El agente actúa ebrio en proporción mayor a 0.5 o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas que alteren su conciencia:** Creemos que ésta agravante sólo va a operar como tal en uno de los dos posibles escenarios en los que se puede concretar en la realidad; es así que, operará como agravante cuando concurra la teoría del Actio Liberis Causa, es decir cuando el agente activo analice previamente el delito antes de entrar en tal situación (por ejemplo, el beber alcohol o consumir cualquier sustancia mencionada, para posteriormente cometer el delito sexual), sin embargo, cuando el agente activo no se haya colocado intencionalmente en éstas circunstancias, no compartimos el haberla incluído como una agravante, ya que opera como atenuante al encontrarse el agente activo con la conciencia alterada al momento de realizar el delito.

Finalmente, en el tercer párrafo del artículo 177 se consigna que cuando el agente registra o transmite el hecho delictivo se va a agravar la conducta, lo cual podemos catalogar como un avance del derecho penal por recoger una práctica muy usada en nuestra realidad tecnológica, ya que es correcto castigarlo con mayor pena al agente activo, pues está incrementando la afectación al sujeto pasivo, al hacer público la denigración de su víctima.

## 14. Desarrollo Legislativo en Perú

### 14.1. El suplicio que antecedió a la creación del Primer Código Penal Peruano

Luego de la independencia de nuestro país, al liberarnos de los colonizadores españoles en 1821, el General José de San Martín, con la finalidad de estructurar el

gobierno de Perú, promulgó una serie de normas provisionales en materia penal, tendientes a resolver cuestiones puntuales hasta que la nueva sociedad peruana estuviera en condiciones de elaborar su propio Código. Es así que, en fecha 12 de Febrero de 1821, se dicta el Reglamento Provisional de Huaura y posteriormente en Lima, el día 08 de Octubre del mismo año, se expide el Estatuto Provisional, en los cuales se conserva la vigencia de las disposiciones españolas concordantes con los principios de libertad e independencia de la reciente situación política nacional.

Ésta decisión del General San Martín de que el pueblo tenga –una vez asentado– sus propias normas, fue ratificada en la Constitución de 1823, donde expresamente se demandaba la creación de un Código Civil, uno Criminal, uno Militar y otro de Comercio; así como mediante ésta Carta Magna se eliminó toda pena cruel y la confiscación de bienes.

Sin embargo, éstas normas provisionales en materia penal no sólo no resolvieron la caótica legislación española que sirvió de base, sino que coadyuvaron a agravar la confusión existente, puesto que las penas crueles que se eliminaron no fueron reemplazadas por otras, por lo tanto, los juzgadores no tuvieron otra opción que recurrir al libre arbitrio para subsanar los vacíos legales.

Con tal situación, se hacía cada vez más necesaria la elaboración de un Código Penal Peruano, para remediarla el día 31 de Diciembre de 1825, Simón Bolívar encomendó la elaboración del Proyecto del Código Penal a una comisión integrada por doce miembros, presidida por Manuel Lorenzo Vidaurre, sin embargo tal delegación sólo se agrupó una vez y en dicha oportunidad no elaboró trabajo alguno, pues consideraban que primero debía elaborarse la nueva Constitución. Ante esta situación de inacción, y estando consciente Simón Bolívar de la urgencia del país de contar con una legislación propia, elaboró un Proyecto de Código Penal que presentó al congreso en 1828, sin embargo su valor no fue tenido en cuenta.

Una nueva intención de codificación tiene lugar en el periodo de la presidencia de Gamarra, quien mediante decreto de fecha 22 de Octubre de 1831 nombró una

nueva Comisión para la creación de un Proyecto de Código Penal, que finalmente tampoco llegó a ningún resultado. De igual forma, en la Constitución de 1834 (disposición transitoria N° 11) se remarca la necesidad de crear un Código, por ende, se encarga a la Corte Suprema la labor de presentar en la sesión anual el Proyecto del Código Penal, pese a ello de nuevo no se alcanzó ningún resultado.

De éste modo, se tuvo que aguardar a la conformación de la Confederación Peruana – Boliviana, en Octubre de 1836, para que podamos contar con un Código Penal, ya que el Mariscal Santa Cruz ordenó que se aplique en Perú el Código Penal de Santa Cruz (es decir, no fue un Código de creación exclusiva para Perú sino sólo de inserción a nuestro país), el que sin embargo tuvo una vida efímera, pues su vigencia se limitó al periodo de la Confederación Peruana – Boliviana, siendo derogado el 31 de Julio de 1838, donde se reestableció la legislación colonial con nuevas reformas.

Pese al fracaso que se tuvo en los anteriores intentos codificadores, ello no hizo renunciar al Congreso de la necesidad de elaborar un Código Penal, nombrándose el día 26 de Setiembre de 1853 –por ley-, una nueva Comisión de Codificación integrada por tres senadores y cinco diputados, con el propósito de elaborar un Código Penal y un Código de Procedimiento Criminal, la cual presentó un proyecto de código penal en 1855, sin embargo, el texto no se llegó a publicar.

Siendo que, al tenerse una nueva Constitución en 1856, se tuvo un nuevo nombramiento de una Comisión Codificadora el 6 de Setiembre de 1856, con la finalidad de revisar el Proyecto elaborado por la Comisión precedente en 1855, lo cual se llegó a completar el 20 de Mayo de 1859 donde se entregó el Proyecto revisado al Congreso, pese a ello tampoco entró en vigencia.

Finalmente, en 1860 se dio lugar a una nueva Constitución, que introdujo modificatorias a la anterior de 1850, a la cual se había adaptado el Proyecto de Código Penal elaborado, lo que obligó el nombramiento de otra Comisión Revisora designada el 18 de Marzo de 1861, la cual el día 23 de Setiembre de 1862 presentó el nuevo Proyecto, el que no obtuvo ninguna discusión en el Congreso, por ello fue

refrendado el 01 de Octubre de dicho año, disponiéndose que se realice su impresión, pero el retraso en ésta labor dilató su promulgación hasta el 01 de Marzo de 1863, donde por fin nuestro país tuvo un Código Penal propio y se culminó con el suplicio de tantos años de fracasos para codificar la legislación penal.

#### 14.2. El Código Penal de Santa Cruz

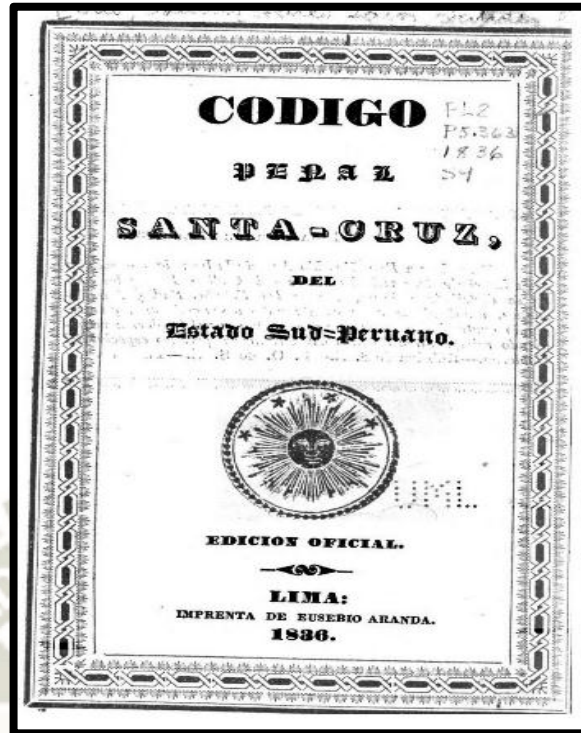
El Código Penal de Santa Cruz fue promulgado en Octubre de 1836, por Andrés Santa Cruz, tuvo una vigencia efímera de 1 año y 9 meses, en éste código no se ha previsto la regulación de los Actos contra el Pudor, es más, los delitos sexuales propiamente no se encontraban tipificados, como observaremos de la división de dicho cuerpo legal:

- ✓ Libro Primero
  - Título I: Disposiciones Generales
  - Título II: De las penas
- ✓ Libro Segundo: De los delitos contra el Estado
  - Título I: De los delitos contra la constitución y orden político de la república y del Estado
  - Título II: De los delitos contra la seguridad exterior del Estado
  - Título III: De los delitos contra la seguridad interior del Estado, y contra la tranquilidad y orden público
  - Título IV: De los delitos contra la salud pública
  - Título V: De los delitos contra la fe pública
  - Título VI: De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos
  - Título VII: De los delitos contra las buenas costumbres
  - Título VIII: De los que rehúsan al Estado los servicios que le deben
  - Título IX: De los abusos de la libertad de imprenta
- ✓ Libro Tercero: De los delitos contra los particulares
  - Título I: De los delitos contra las personas

- Título II: De los delitos contra la honra, fama y tranquilidad de las personas
- Título III: De los delitos contra la seguridad de los particulares

Siendo necesario acotar que, aun cuando se podría pensar que los delitos sexuales - de alguna manera- se podrían encontrar previstos en el Libro Segundo, Título VII denominado “*De los Delitos Contra las Buenas Costumbres*”, pues como se analizó en el apartado 1.1 de la presente investigación, anteriormente se creía que el Código Penal debía contener un afán moralizador en sus normas.

Sin embargo, ello no ocurre en éste cuerpo legal, pues en referida sección únicamente se regulan en su Capítulo I los delitos cuando el agente profiere palabras o realiza acciones obscenas en sitios públicos, la edición, venta y distribución de escritos, pinturas o estampas de la misma clase, mientras que en su Capítulo II a los que promueven o fomentan la prostitución, y corrompen a los jóvenes, o contribuyen a cualquiera de éstas cosas, por su parte en su Capítulo III a los bigamos y a los eclesiásticos que se casan y por último en su Capítulo IV los matrimonios clandestinos o faltos de las previas solemnidades debidas; no figurando en ninguna otra sección del Código Penal de Santa Cruz delitos con connotación sexual.



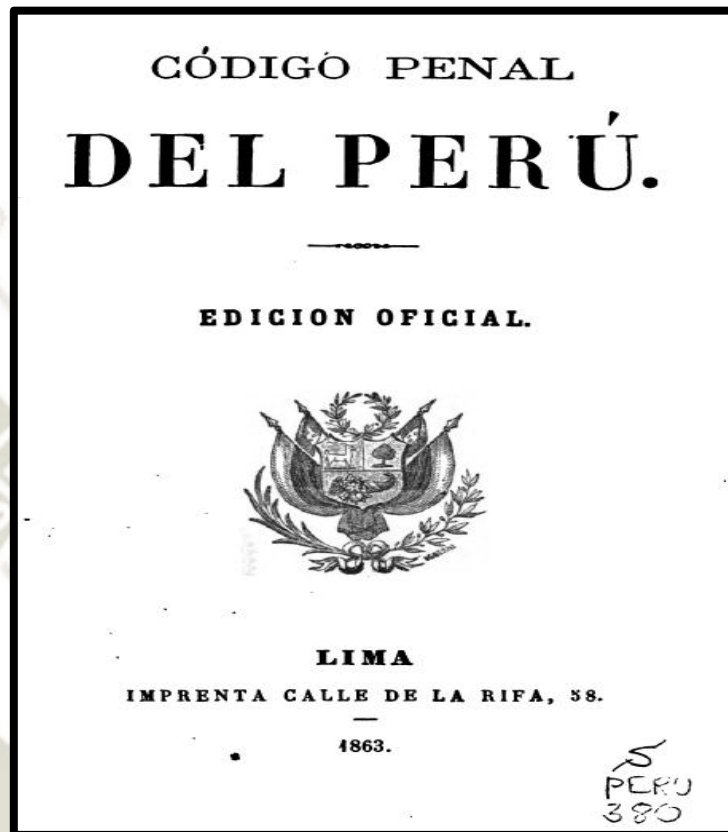
### 14.3. El Código Penal de 1863

El Código Penal de 1863 fue promulgado el 01 de Marzo de dicho año, el cual ha sido elaborado por una comisión presidida por Manuel Lorenzo de Vidaurre, tuvo una vigencia de 61 años, en éste código tampoco se previó la tipificación de los Actos contra el Pudor, sin embargo en éste cuerpo legal si encontramos regulados a los delitos sexuales, los que se encuentran contenidos en el Libro Segundo, Sección Octava denominada “*De los Delitos contra la Honestidad*”, entre los que se encuentran el adulterio, la violación, el estupro<sup>10</sup> y el rapto.

Finalmente, cabe añadir un comentario puesto que si bien en el Código Penal anterior no es de aplicación lo desarrollado en el apartado 1.1. de la presente investigación, esto es, que antiguamente se tenía la concepción de que los Códigos Penales debían guardar un afán moralizador; sin embargo, en el Código Penal de 1863 (considerado por muchos autores como el Primer Código Penal del país, puesto que recordemos que el anterior no fue de creación sino sólo de inserción en

<sup>10</sup> El *Estupro* es el delito que consiste en tener una relación sexual con una persona menor de edad, valiéndose del engaño.

Perú, ya que el Código de Santa Cruz fue elaborado para Bolivia) ello sí va a regir, ya que se protegía la honestidad de la víctima y no su libertad propiamente.



#### 14.4. El Código Penal de 1924

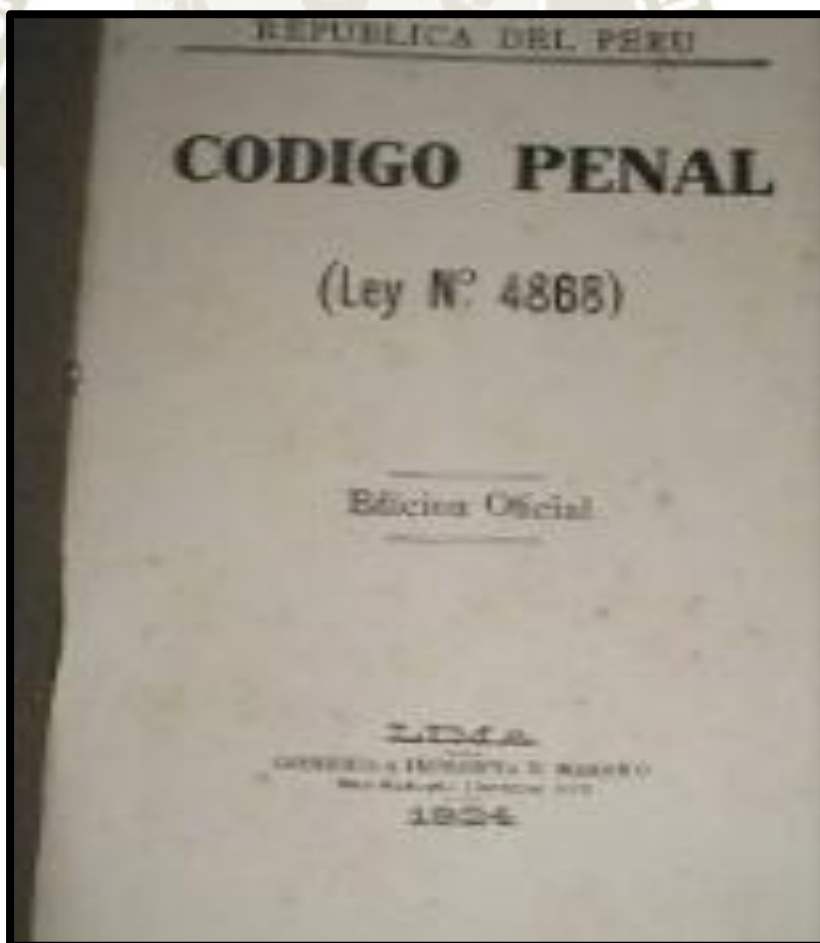
El Código Penal de 1924, fue promulgado mediante la Ley N° 4868 del 11 de Enero de ése año, el cual fue elaborado por una comisión presidida por Víctor Manuel Maúrtua, tuvo una vigencia de 67 años, mediante éste código se incorporó por primera vez al ordenamiento penal el delito de Actos contra el Pudor, el mismo que se encontraba regulado en la Sección Tercera denominada “Delitos contra la Buenas Costumbres”, Título I nombrado “Delitos contra la Libertad y el Honor Sexual”, Artículo 200, teniéndose que se aprecia de la designación de dicha Sección y Título que se siguió la concepción de que el Derecho Penal debía guardar un afán moralizador, lo cual fue desarrollado en el apartado 1.1. de la presente investigación, ya que se protegía –además de la libertad- el honor sexual y estaba enmarcado como un delito que quebrantaba las buenas costumbres.

Ahora bien, en ésta incorporación del delito al ordenamiento penal únicamente se previó la regulación en favor de los menores de 14 años, presentando el siguiente contenido:

*“Artículo 200.- Será reprimido con penitenciaría no mayor de cinco años, o prisión no menor de un mes, el que cometiere un acto contrario al pudor al pudor en la persona de un menor de catorce años.*

*La pena será penitenciaría, si la víctima está en una de las condiciones previstas a que se refiere el tercer párrafo del artículo anterior” (1924).*

Por lo que, se estableció como agravante del tipo penal cuando el agente activo quebrantaba el deber de tutela o cuidado que tenía respecto de su víctima menor de 14 años, ya sea por razones de trabajo o parentesco.



#### 14.5. Código de 1991 a la Actualidad

Con la vigencia del Código Penal Peruano de 1991, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 635, de fecha 08 de Abril de 1991, el texto original del delito de Actos contra el Pudor, fue el siguiente:

*“Artículo 176.- Actos contra el Pudor.- El que, sin propósito de practicar el acto sexual u otro análogo, comete un acto contrario al pudor en una persona menor de catorce años será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.*

*Si la víctima está en una de las condiciones previstas por el último párrafo del artículo 173, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años” (1991).*

El mismo que, tuvo su primera modificatoria mediante el artículo 1 de la Ley N° 26293, de fecha 14 de Febrero de 1994, cuyo texto es el siguiente:

*“Artículo 176.- Actos contra el Pudor.- El que sin propósito de practicar el acto sexual u otro análogo, con violencia o grave amenaza comete un acto contrario al pudor en una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.*

*Si el agente se encuentra en las circunstancias previstas en el Artículo 174 la pena será no mayor de cinco años.*

*Si la víctima se hallare en los supuestos de los Artículos 171 y 172 la pena será no mayor de seis años” (1991).*

Posteriormente, fue modificado mediante el artículo 1 de la Ley N° 28251, de fecha 08 de Junio del 2004, regulándose de la siguiente manera:

*“Artículo 176.- Actos contra el Pudor.- El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170, con violencia o grave amenaza, realiza sobre una persona u obliga a ésta a efectuar sobre sí misma o sobre tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.*

*La pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años:*

1. *Si el agente se encuentra en las agravantes previstas en el artículo 170 incisos 2, 3 y 4.*
2. *Si la víctima se hallare en los supuestos de los artículos 171 y 172" (1991).*

Luego de ello, se modificó dicho artículo una vez más mediante el artículo 1 de la Ley N° 28704, de fecha 05 de Abril del 2006, en el cual se estableció que:

*“Artículo 176.- Actos contra el Pudor.- El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170, con violencia o grave amenaza, realiza sobre una persona u obliga a ésta a efectuar sobre sí misma o sobre tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.*

*La pena será no menor de cinco ni mayor de siete:*

1. *Si el agente se encuentra en las agravantes previstas en el artículo 170 incisos 2, 3 y 4.*
2. *Si la víctima se hallare en los supuestos de los artículos 171 y 172.*
3. *Si el agente tuviere la condición de docente, auxiliar u otra vinculación académica que le confiera autoridad sobre la víctima” (1991).*

Finalmente, tuvo su última modificatoria mediante el artículo 1 de la Ley N° 30838, publicada el 04 de Agosto del 2018, en el que se varió su Nomen Iuris a Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento, quedando previsto actualmente de la siguiente manera:

*“El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170, realiza sobre una persona, sin su libre consentimiento, tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos, en sus partes íntimas o en cualquier parte de su cuerpo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.*

*Si el agente realiza la conducta descrita en el primer párrafo, mediante amenaza, violencia, o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro que impida a la víctima dar su libre consentimiento, o valiéndose de cualquiera de estos medios obliga a la víctima a realizarlos sobre el agente, sobre sí misma o sobre tercero, la pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de nueve años.*

*En cualquiera de los casos previstos en el primer y segundo párrafos, la pena privativa de libertad se incrementa en cinco años en los extremos mínimo y máximo, si la víctima es mayor de catorce y menor de dieciocho años" (1991).*

## 14.6. Los Actos contra el Pudor en el Derecho Comparado

### 14.6.1. Costa Rica

En el Código Penal Costarricense<sup>11</sup>, los Actos contra el Pudor no consentidos se encuentran regulados en el Título III denominado “Delitos Sexuales”, Sección I, artículos 161 y 162, los mismos que se encuentran establecidos de la siguiente manera:

#### Abusos Sexuales en menor de edad

*“Artículo 161.- Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años, quien, de manera abusiva, realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o la obligue a realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, siempre que no constituya delito de violación.*

*La pena será de cuatro a diez años de prisión cuando:*

- 1. La persona ofendida sea menor de trece años.*
- 2. El autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida, o esta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación.*
- 3. El autor sea ascendiente, descendiente, hermana o hermano de la víctima.*
- 4. El autor sea tío, tía, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima.*
- 5. El autor sea madrastra, padrastro, hermanastra o hermanastro de la víctima.*
- 6. El autor sea tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.*
- 7. El autor realice la conducta contra alguno de los parientes de su cónyuge o conviviente, indicados en los incisos 3) y 4) anteriores.*
- 8. El autor se prevalezca de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.*

#### Abusos Sexuales contra las personas mayores de edad

*Artículo 162.- Si los abusos descritos en el artículo anterior se cometen contra una persona mayor de edad, la pena será de dos a cuatro años de prisión.*

*La pena será de tres a seis años de prisión cuando:*

- 1. El autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida, o esta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación.*
- 2. El autor sea ascendiente, descendiente, hermana o hermano de la víctima.*
- 3. El autor sea tío, tía, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima.*
- 4. El autor sea madrastra, padrastro, hermanastra o hermanastro de la víctima.*

---

<sup>11</sup> Vigente desde el 04 de Mayo de 1970, mediante Ley N° 4573.

5. *El autor sea el tutor o el encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.*
6. *El autor realice la conducta contra alguno de los parientes de su cónyuge o conviviente, indicados en los incisos 3) y 4) anteriores.*
7. *El autor se prevalezca de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco” (1970).*

En Costa Rica la mayoría de edad se adquiere –al igual que en nuestro país- a los 18 años, en tal sentido, se observa de éstos artículos que se ha regulado de forma separada a los menores de los mayores de edad. Siendo que, en el artículo de los menores de edad (art.- 161), a su vez se les ha previsto una regulación diferente para los menores de trece que para los que cuentan desde ésa edad hasta antes de los 18 años, ya que en el primer caso el marco punitivo es de 4 a 10 años y en el segundo es de 3 a 8 años. Por su parte, en el artículo de los mayores de edad (art.- 162) se ha previsto una pena entre los 2 a 4 años de edad.

Sobre el particular, se tiene que en Costa Rica se protege la indemnidad de las personas hasta los 13 años, por ello es que se ha previsto un marco punitivo más elevado, habiéndose determinado que a partir de dicha edad las personas ya cuentan con libertad sexual, sin embargo aún así se ha hecho una distinción de penalidad cuando la víctima tenga desde 13 años hasta menos de 18 años y no se ha equiparado su regulación con los mayores de edad, ya que a éstos se les ha tutelado con un marco punitivo proporcionalmente más bajo.

Asimismo, cabe decir que las modalidades previstas en la legislación Costarricense para los Actos contra el Pudor son semejantes a las previstas en nuestra legislación, ya que el agente activo puede realizar la acción sobre su víctima o puede obligarla a que la efectúe sobre sí misma o sobre tercero. Sin embargo, la distinción recae en que la violencia o grave amenaza (llamada intimidación) no forman parte del tipo base, sino que se encuentran como una forma agravada, prevista para los abusos sexuales contra las personas mayores de edad, por lo tanto, el acto realizado en agravio de menores de 18 años no requiere de éstos medios idóneos para su perfeccionamiento. Tampoco, se ha previsto en referida legislación las agravantes establecidas en nuestro Código Penal sobre la calidad del agente, es decir cuando sea personal de vigilancia pública o privada (art.- 170, inc. 3), ni cuando el autor porte enfermedad sexual grave (art.- 170, inc. 4), ni cuándo la víctima se encuentre en la imposibilidad de resistir (art. 171); debiéndose entender que los demás supuestos de nuestro código, han sido cubiertos en la legislación de Costa Rica al establecer que será una conducta agravada cuando entre ambos medie una relación de confianza.

#### **14.6.2. Nicaragua**

En el Código Penal Nicaragüense<sup>12</sup>, los Actos contra el Pudor no consentidos se encuentran regulados en el Título II denominado “Delitos contra la Libertad”,

---

<sup>12</sup> Vigente desde el 13 de Noviembre de 2007, mediante Ley N° 641.

Capítulo II nombrado “Delitos contra la Libertad e Integridad Sexual”, artículo 172, el que se encuentra estipulado de la siguiente manera:

**Abuso sexual**

*“Artículo 172.- Quien realice actos lascivos o lúbricos o tocamientos en otra persona, sin su consentimiento, u obligue a que lo realice, haciendo uso de fuerza, intimidación o cualquier otro medio que la prive de voluntad, razón o sentido, o aprovechando su estado de incapacidad para resistir, sin llegar al acceso carnal u otras conductas previstas en el delito de violación, será sancionado con pena de prisión de cinco a siete años.*

*Cuando en la comisión del delito se dé alguna de las circunstancias de la violación agravada, la pena será de siete a doce años de prisión. Si concurren dos o más de dichas circunstancias o la víctima sea niña, niño, o adolescente se impondrá la pena máxima.*

*No se reconoce, en ninguno de los supuestos, valor al consentimiento de la víctima cuando ésta sea menor de catorce años de edad, o persona con discapacidad o enfermedad mental” (2007).*

Se observa que el tipo penal en mención guarda una cierta similitud a los Actos contra el Pudor establecidos en nuestro código, ya que se ha previsto sancionar tanto los actos lascivos o lúbricos (llamados en nuestro país libidinosos) como los tocamientos; sin embargo, únicamente se pena los realizados por el agente activo sobre su víctima, como los que realiza ésta en el cuerpo del agente activo, no previniéndose los que pueda obligar el agente activo a la víctima, para que ésta los practique sobre su propio cuerpo. Asimismo, se tiene que la imposibilidad de resistir es un supuesto que forma parte del tipo base y no ha sido regulada como una agravante como ocurre en el caso de nuestro país. Así como, en el primer párrafo se prevé un marco punitivo de 5 a 7 años cuando la víctima sea adulto, ya que en el segundo párrafo se ha establecido que cuando la condición de la víctima sea niña, niño o adolescente se impondrá la pena máxima decretada para las circunstancias de la violación agravada, cuyo marco punitivo oscila entre 7 a 12 años de prisión.

Por lo que, en Nicaragua existe una diferencia expresa en la penalización de los abusos sexuales (Actos contra el Pudor) realizados en agravio de niñas, niños y adolescentes, con los realizados en agravio de adultos.

### **14.6.3. El Salvador**

En el Código Penal Salvadoreño<sup>13</sup>, los Actos contra el Pudor no consentidos se encuentran regulados en el Título IV denominado “Delitos contra la Libertad Sexual”, Capítulo I nombrado “De la Violación y otras Agresiones Sexuales”, artículo 160, el que se encuentra establecido de la siguiente manera:

---

<sup>13</sup> Vigente desde el 15 de Junio de 1974, mediante Ley N° 270.

### **Otras Agresiones Sexuales**

*“Art. 160.- El que realizare en otra persona cualquier agresión sexual que no sea constitutiva de violación, será sancionado con prisión de tres a seis años.*

*Si la agresión sexual consistiere en acceso carnal bucal, o introducción de objetos en vía vaginal o anal, la sanción será de seis a diez años de prisión” (1997).*

Se observa que éste tipo penal presenta una gran diferencia con relación al delito prescrito en nuestra legislación penal, ya que enmarca como una Agresión Sexual (que en nuestro país son los Actos contra el Pudor), el supuesto en el que el agente activo realice acceso carnal por vía bucal o introduzca objetos en la vía vaginal o anal de su víctima, lo que en nuestro Código Penal es tipificado como Violación Sexual. Ahora bien, se ha previsto un marco punitivo de 3 a 6 años por cualquier agresión sexual en contra de la víctima; sin embargo de su redacción no se desprende ningún precepto referido a la edad, para ello debemos remitirnos al artículo 162 del código salvadoreño, que hace una precisión respecto a los 4 artículos que integran los delitos sexuales, el mismo que establece:

### **Violación y Agresión Sexual Agravada**

*“Art. 162.- Los delitos a que se refieren los cuatro artículos anteriores serán sancionados con la pena máxima correspondiente, aumentada hasta en una tercera parte, cuando fueren ejecutados:*

- 1. Por ascendientes, descendientes, hermanos, adoptantes, adoptados o cuando se cometiere en la prole del cónyuge o conviviente;*
- 2. Por autoridad pública o por cualquier otra persona que tuviere bajo su custodia a la víctima;*
- 3. Cuando la víctima fuere menor de dieciocho años pero mayor de 13 años de edad;*
- 4. Por persona encargada de la guarda, protección o vigilancia de la víctima;*
- 5. Cuando se ejecutare con el concurso de dos o más personas;*
- 6. Cuando se hiciera uso de medios, modos o instrumentos especialmente brutales, degradantes o vejatorios; y,*
- 7. Con abuso de relaciones domésticas o de confianza derivada de relaciones de trabajo” (1997).*

En tal sentido, se ha previsto aumentar el quantum del marco punitivo cuando la Agresión Sexual recaiga en una persona con rango de edad entre los 12 años y menos de los 18 años, y por lo tanto el precepto previsto en el primer párrafo del artículo 160, es de aplicación para las personas mayores de 18 años; por ende, resulta evidente que se ha legislado una pena con mayor severidad cuando las Agresiones Sexuales recaigan en personas entre los 12 a 18 años, que cuando éstas sean realizadas en contra de una persona mayor de los 18 años de edad.

Finalmente, cabe decir que éste tipo penal no prevé las agravantes contenidas en nuestro Código, relativas a cuando el autor padece enfermedad sexual grave (art.- 170, inc. 4), ni cuándo la víctima se encuentre en la imposibilidad o incapacidad de resistir (art. 171 y 172 respectivamente).

#### 14.6.4. Brasil

En el Código Penal Brasileiro<sup>14</sup>, los Actos contra el Pudor no consentidos se encuentran regulados en el Título VI denominado “De los Delitos contra las Costumbres”, Capítulo I, artículo 214, el cual estipula lo siguiente:

##### Atentado violento al Pudor

*“Artículo 214.- Obligar a alguien, mediante violencia o grave amenaza, a practicar o permitir que con él se practique acto libidinoso diverso a la conjunción carnal, tendrá una pena de reclusión de 6 a 10 años.*

*Si el ofendido es menor de 18 y mayor de 14 años, la pena de reclusión es de 8 a 12 años” (1940).*

Una primera apreciación del tipo penal en mención, es la denominación del Título bajo el cual se ha enmarcado a los delitos sexuales, colocándole “De los Delitos contra la Costumbres”, el cual denota evidentemente un matiz moralizador del derecho penal brasileiro. Dicho ello, se desprende del primer párrafo (tipo base) que se ha previsto dos medios idóneos para la consumación del delito, como es la violencia y la grave amenaza, las mismas que también se encuentran reguladas en nuestro código, sin embargo tenemos dos diferencias resaltantes, la primera es que se ha consignado que la conducta que va a realizar el agente activo, únicamente recae en ejecutar un acto libidinoso sobre la víctima o permitir que la víctima lo realice sobre sí, no previéndose el supuesto en el que el agente activo obligue a practicar a la víctima el acto sobre su cuerpo o del cuerpo de tercero, la segunda es referente a que sólo se pena los actos libidinosos y no se hace alusión a los tocamientos indebidos en partes íntimas como ocurre en nuestro país.

Ahora bien, en el primer párrafo se ha previsto un marco punitivo de 6 a 10 años cuando la víctima sea mayor a 18 años, ya que en el segundo párrafo se ha establecido que la pena será de 8 a 12 años cuando tenga más de 14 y menos de 18 años de edad. Finalmente, cabe hacer mención que si bien en éste artículo no se han consignado agravantes más allá de la edad, se tiene que las mismas sí están previstas en el ordenamiento brasileiro, encontrándose en artículos sucesores pero que los mismos no han sido acuñados a la presente investigación por ser supuestos de añadidura y no la base del proyecto, puesto que nos estamos basando en analizar el aspecto etario meramente.

#### 14.6.5. Chile

En el Código Penal Chileno<sup>15</sup>, los Actos contra el Pudor no consentidos se encuentran regulados en el Libro II denominado “Crímenes y simples delitos y sus penas”, Título

---

<sup>14</sup> Vigente desde el 07 de Diciembre de 1940, mediante Ley N° 2.848.

VII nombrado “Crímenes y Delitos contra el Orden de las Familias, contra la Moralidad Pública y contra la Integridad Sexual”, Artículo 366, el cual establece lo siguiente:

*“Artículo 366. El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años, será castigado con presidio menor en su grado máximo, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361.*

*Igual pena se aplicará cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere mayor de catorce y menor de dieciocho años” (1874).*

Una primera apreciación que se desprende de la regulación de los Actos contra el Pudor en el Código de Chile, es que en el Título en el que se enmarcan a los delitos sexuales no se hace referencia a la Libertad Sexual sino a la Integridad Sexual. Luego, en el primer párrafo no se hace alusión específicamente a los tocamientos o actos libidinosos como conductas típicas, sino únicamente se establece el realizar una acción sexual distinta al acceso carnal. Sin embargo, si bien esto no se encuentra especificado en el artículo en mención, lo encontramos consignado en el artículo 366 ter, en el que se hace la puntualización correspondiente, al establecer que:

*“Art. 366 ter.- Para los efectos de los tres artículos anteriores, se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia, realizando mediante contacto corporal con la víctima” (1874).*

Es decir, en éste país el acto sexual no solo debe tener un sentido sexual sino que además debe ser relevante y de contacto corporal con la víctima, es decir aquí serán atípicas las acciones en las que el agente activo obligue a su víctima a realizar los Actos contra el Pudor en su propio cuerpo o en el de tercero. Ahora bien, otro aspecto que cabe analizar es que el tipo penal prevé que el agente activo será castigado con presidio menor en su grado máximo, al respecto Roberto Alfredo González Maldonado indica que “es una pena que va desde tres años y un día a 5 años” (Maldonado, 2012).

También, se indica que en el primer párrafo que ésta pena se aplicará cuando la víctima sea mayor a los 14 años de edad, siempre que concurren las circunstancias enumeradas en el artículo 361, el cual dispone:

*“Artículo 361.-... comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes:*

- 1) Cuando se usa la fuerza o intimidación.*
- 2) Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia.*

---

<sup>15</sup> Vigente desde el 01 de Marzo de 1875, mediante Ley N° 18216.

- 3) *Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima*” (1874).

Por lo que, deberán de concurrir cualquiera de tales circunstancias en la comisión del tipo base, para que se configuren los Actos contra el Pudor, en agravio de una persona mayor de 14 años de edad.

Asimismo, se establece en el segundo párrafo (es decir en el tipo agravado) que el agente activo merecerá la misma pena, siempre que la víctima sea mayor de 14 años pero menor de 18 años y cuando concurren las circunstancias establecidas en el artículo 363, las cuales son:

*“Artículo 363.- ... concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:*

- 1) *Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.*
- 2) *Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en los que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral.*
- 3) *Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.*
- 4) *Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia”* (1874).

De ello, se aprecia que en el Código Chileno se ha regulado de forma distinta a los mayores de 14 pero menores de 18 años, siempre que concurren las circunstancias antes mencionadas, sin embargo, no se les ha previsto una pena diferente con relación al tipo base.

#### **14.6.6. Francia**

En el Código Penal Francés<sup>16</sup>, los Actos contra el Pudor no consentidos se encuentran regulados en el Capítulo II denominado “De los Atentados contra la Integridad Física o Psíquica de la Persona”, Sección III nombrada “De las Agresiones Sexuales”, Párrafo 2 nominado “De las demás Agresiones Sexuales”, en su artículo 222-29, el mismo que se encuentra establecido de la siguiente manera:

*“Artículo 222-29.- Las agresiones sexuales distintas de la violación serán castigadas hasta con cinco años de prisión y multa de 75.000 euros cuando se cometa contra un mayor de edad.*

*Las agresiones sexuales distintas de la violación serán castigadas hasta con siete años de prisión y multa de 100.000 euros cuando se cometan:*

15. *Contra un menor de dieciocho años y mayor de 12 años;*
16. *Contra una persona cuya especial vulnerabilidad, debido a una invalidez, enfermedad, deficiencia física o psíquica o su estado de embarazo, sea aparente o conocida por el autor”* (1995).

---

<sup>16</sup> Vigente desde el 23 de Febrero de 1810, mediante Ley N° 169.

En Francia, mediante Ley de fecha 04 de Abril del 2006, por la que se promulga su nuevo Código Civil, se ha definido que la mayoría de edad es desde los 18 años para adelante. En tal sentido, en el primer párrafo se ha establecido una pena de hasta cinco años cuando la agresión sexual (entendida tal, como todo acto o tocamiento de connotación sexual) se realice sobre un mayor de edad, es decir sobre persona mayor de 18 años; mientras que en el segundo párrafo se ha estipulado una pena de hasta 7 años cuando la acción recaiga sobre una persona menor de 18 años hasta los 12 años o cuando presente una situación especial de invalidez o gravedad. En razón de ello, se tiene que en el Código Francés la diferencia legislativa para proteger a los menores de edad y mayores frente a éste delito, es evidente y expresa.

Finalmente, cabe adicionar que éste tipo penal no prevé las agravantes contenidas en nuestro Código, relativas a las relaciones de confianza (art.- 170, inc. 2 y art. 176, inc. 3), ni cuando el agente tiene la calidad de desempeñarse como vigilancia pública o privada (art.- 170, inc. 3), ni cuando el autor padece enfermedad sexual grave (art.- 170, inc. 4), ni cuando la víctima se encuentre en la imposibilidad de resistir (art. 171).

#### **2.15.7. España**

En el Código Penal Español<sup>17</sup>, los Actos contra el Pudor no consentidos se encuentran regulados en el Título VIII denominado “Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales”, Capítulo I nombrado “De las Agresiones Sexuales”, en su Artículo 178, el mismo que estipula lo siguiente:

*“Artículo 178.- En que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años” (1996).*

Una primera consideración que se desprende del Código Español, es que se requiere como elementos constitutivos del tipo penal la concurrencia de violencia o intimidación. Ahora bien, en dicho artículo no se menciona a que personas se está protegiendo, por lo que debemos remitirnos a lo establecido en el artículo 179 y 180 de éste cuerpo legal, el mismo que dispone:

*“Artículo 179.- El que sin violencia o intimidación, realizare sobre persona menor de trece años, actos que atenten contra su indemnidad sexual, será castigado con pena de prisión de 3 a 5 años” (1996).*

Por lo que, se debe concluir que en la legislación española se protege a las personas con libertad sexual a partir de los 13 años para adelante y en cuyo caso se va a requerir la concurrencia de los elementos objetivos antes mencionados para la configuración del tipo, no previéndose ninguna protección penal diferenciada en favor de la población mayores de 14 y menores de 18 años de edad.

---

<sup>17</sup> Vigente desde el 23 de Noviembre de 1995, mediante Ley N° 10/1995.

### CAPÍTULO III

## AUSENCIA DE PROTECCIÓN PENAL DIFERENCIADA EN LOS ACTOS CONTRA EL PUDOR NO CONSENTIDOS PARA LOS ADOLESCENTES MAYORES DE 14 AÑOS Y MENORES A 18 AÑOS

### 1. La Necesidad de Protección Especial para los adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 años

Las ceremonias que marcan el paso de la pubertad y el inicio de una etapa diferente son comunes en muchas sociedades; por ejemplo, las tribus Apache celebran la primera menstruación de una mujer con un ritual de cuatro días que incluye cánticos que van desde el amanecer hasta el atardecer. Sin embargo, en las sociedades modernas no se señala por un festejo único, sino por un largo periodo conocido como la adolescencia, la cual es una etapa de transformación ubicada entre la pubertad y la adultez que implica cambios importantes, ya que no sólo ofrece oportunidades para el crecimiento en las dimensiones físicas, sino principalmente una variación orgánica (aspecto biológico) y una variación psicosocial (aspecto psicológico-conductual).

En nuestro país, en el Código de los Niños y Adolescentes –promulgado mediante la Ley N° 27337, de fecha 07 de Agosto del año 2000- se ha definido legalmente en el artículo I de su Título Preliminar, que un adolescente es toda persona desde los 12 años hasta cumplir los 18 años de edad; sin embargo, en el Código Penal vigente las personas menores de 14 años se encuentran protegidas dentro del tipo penal contenido en el artículo 176-A, ya que las mismas son tuteladas bajo el bien jurídico de la indemnidad sexual, lo cual ha sido desarrollado en el acápite 1.2.2. de la presente investigación, por ende, no se va a incluir en el desarrollo de éste apartado a los adolescentes comprendidos entre los 12 a 14 años de edad pues sí cuentan con protección legal plena, sino que nos abocaremos en analizar la necesidad de protección especial que deben recibir los adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 años, ya que éste sector de los adolescentes no se encuentra protegido frente a los Actos contra el Pudor.

Aún cuando, el Estado Peruano el 04 de Agosto de 1990, mediante el Decreto Ley N° 25278, ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, estableciéndose por mandato expreso en el artículo 101 de la Constitución de 1979 y luego en el artículo 55 de la Constitución de 1993 incorporar los tratados suscritos a nuestra legislación, por lo que el Estado Peruano desde tal fecha tiene la obligación de brindar una mayor y preferente protección a éste sector de la población, es decir, una tutela privilegiada a la población mayor de 14 años y menor de 18 años de edad con relación de las personas adultas, en virtud de los principios fundamentales a la no discriminación del niño y del interés superior del mismo, ya que la propia Convención en su artículo 19 exhorta a los Estados parte en adoptar todas las medidas legislativas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, incluido el abuso sexual del que fueran víctima los menores de edad, puesto que ésta Convención reputa como niños a los menores de 18 años.

Aunque, no se puede decir que el Estado totalmente haya omitido en realizar incorporaciones a nuestra legislación penal después de la suscripción de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues mediante la Ley N° 28251, de fecha 18 de Mayo del 2004, introdujo modificatorias relativas a la prostitución y pornografía infantil, a la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes en el turismo, así como se incorporó como circunstancia agravante del delito de violación de la libertad sexual contenido en el artículo 170, cuando el hecho recaiga en una persona que tenga rango de edad mayor de 14 y menor de 18 años. Sin embargo, el legislador sí ha olvidado incorporar ésta agravante en el delito de Actos contra el Pudor, pues como es de apreciarse en el artículo 176, se sanciona de igual forma los Actos contra el Pudor cuando la víctima es un menor que tiene más de 14 y menos de 18 años o cuando es un adulto -ya que no existe una agravante que diferencia a uno de otros- lo cual es una desprotección latente y grave en perjuicio de los primeros, pues más allá de las razones legales expuestas por las que el Estado está obligado a brindarles una protección privilegiada, vamos a argumentar por qué es que los adolescentes merecen ésta tutela especial desde un aspecto biológico y psicológico-conductual, los que además se encuentran estrechamente vinculados.

Desde el aspecto biológico, tenemos que hasta hace poco tiempo, la mayor parte de los científicos consideraban que el cerebro alcanzaba su madurez plena para la pubertad, ahora las investigaciones con imágenes cerebrales, revelan que el cerebro de un adolescente aún es un trabajo en progreso que experimenta cambios espectaculares, por ello los adolescentes procesan información de manera diferente a la de los adultos, éstos cambios espectaculares a los que hacemos alusión han sido desarrollados por Martín Woodhead y Jhon Oates, profesores de Biología de la Universidad de California de los Ángeles, al exponer que: *“Para comprender la inmadurez del cerebro adolescente, necesitamos examinar los cambios en la estructura y composición de la corteza frontal. Primero, un aumento constante en materia blanca (fibras nerviosas que conectan partes distantes del cerebro), que permiten la transmisión más rápida de información. En la adolescencia, éste proceso continúa en los lóbulos frontales. Segundo, la poda de conexiones dendríticas que no se utilizaron durante la niñez da por resultado una reducción en la densidad de la materia gris (células nerviosas), lo cual aumenta la eficiencia del cerebro. Éste proceso comienza en las porciones traseras del cerebro y avanza hacia adelante. Sin embargo, en la adolescencia no ha alcanzado aún a los lóbulos frontales”* (2016).

Un ejemplo de ello, aunque situándonos en el supuesto en el que el adolescente es el autor y no la víctima, se dio cuando la Suprema Corte de Justicia de Estado Unidos, el 01 de Marzo de 2005, en una debatida decisión cinco a cuatro, determinó que la pena de muerte es inconstitucional para un homicida convicto que haya tenido 17 años al cometer el crimen, puesto que la mayoría de los jueces de la Suprema Corte argumentó que los adolescentes como grupo no deberían estar sujetos a las mismas normas criminales que los adultos, porque neurológicamente son menos desarrollados y aún su personalidad no está plenamente determinada.

A mayor precisión, Laurence Steinberg, quien es psicólogo de la Universidad del Temple de Estados Unidos, el cual se especializa en comportamiento adolescente, y Elizabeth Scott, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Virginia, proponen tres razones por las que la adolescencia debería considerarse como una situación especial:

- ✓ *“1.- Los adolescentes tienen deficiencias en la capacidad de toma de decisiones; ya que, en situaciones de alto nivel emocional, es especialmente cierto que los adolescentes están propensos a las conductas de riesgo, debido a limitaciones cognitivas, piensan menos en consecuencias hipotéticas a futuro que en las recompensas inmediatas.*
- ✓ *2.- Son especialmente vulnerables a las circunstancias coercitivas o coactivas; debido a su inmadurez, es posible que los adolescentes cedan ante presiones que los adultos son capaces de resistir*
- ✓ *3.- Su carácter o personalidad aún no están formados por completo; el carácter, identidad y valores de los adolescentes todavía no están completamente formados” (2005).*

A modo de ejemplificar lo anteriormente expuesto, con relación a los Actos contra el Pudor, proponemos el caso de la adolescente bajo la grave amenaza de su agresor (circunstancia coactiva), el cual es su padrastro, y quien le dice que no golpeará a su perrito (recompensa inmediata) si se deja tocar sus glúteos, por lo que la adolescente accede a ello (cede ante la presión), no considerando el trastorno posterior que dicho acto le va a producir (consecuencia a futuro) y evidentemente tal hecho va a producir consecuencias negativas en la formación de su personalidad (carácter aún no formado completamente).

Desde el aspecto psicológico-conductual, se tiene que las influencias formativas de los años de adolescencia encaminan la vida de una persona, como lo podemos apreciar en la vida de Nelson Mandela: *“Cuando Mandela tenía nueve años, su padre murió y su madre envió al niño a la sede de la tribu en Mqhekezweni. El regente en turno, que debía su puesto al padre de Mandela, se ofreció a convertirse en el guardián del niño y a criarlo como si fuese su propio hijo. Luego, Mandela alcanzó la adolescencia, observó las reuniones tribales, donde cualquier miembro podía expresarse y el regente lo escuchaba tranquilamente antes de resumir el consenso. Éste estilo de liderazgo lo impresionó profundamente e influyó su propia actitud como líder en los años*

posteriores. También observó cómo su guardián presidía las juntas del concejo a la que los jefes menores llevaban sus disputas para que se juzgaran. Su fascinación con la presentación de los casos y el conainterrogatorio de los testigos plantó las semillas, en ésta etapa de su vida, para su ambición de convertirse en abogado, una ambición que posteriormente alcanzó. También de los jefes y dirigentes visitantes, Mandela escuchó las historias sobre los antiguos guerreros africanos que habían luchado contra la dominación occidental, en una de éstas uno de ellos dijo que la esperanza que representa la hombría era una promesa vacía en una tierra donde los africanos eran un pueblo conquistado, de tal manera que entre sus jóvenes se encuentran jefes que nunca podrán gobernar porque no tenían el poder de gobernar por ellos mismos, soldados que nunca lucharán porque no poseen armas, académicos que nunca podrán enseñar porque no existe un sitio en que estudien. Las capacidades, la inteligencia, la promesa que representan éstos hombres jóvenes se malgastarán en su intento por obtener un magro sustento con la realización de labores simples e insensatas para el hombre blanco. Éstos dones (que les damos) hoy son una nada, porque no podemos darles los mayores dones de todos, la libertad y la independencia” (Enciclopedia Bibliográfica en Línea, 2004).

Por lo tanto, no podemos negar que las experiencias vividas en la adolescencia repercuten en lecciones de aprendizaje para la vida de una persona, ya que Mandela<sup>18</sup> al haber observado el liderazgo de su cuidador y oído las glorias pasadas de su pueblo, las tuvo presente cuando posteriormente se convirtió en Líder y Presidente, pues dirigió con éxito la resistencia de su pueblo contra un régimen represivo, logrando finalmente su liberación.

Pero éste almacenamiento de información a largo plazo que se da en la adolescencia, tiene una explicación que se acentúa en los cambios estructurales y cambios funcionales cognoscitivos.

Los cambios estructurales cognoscitivos, se dividen en conocimiento declarativo, procedimental y conceptual. El conocimiento declarativo es el “saber qué”, por ejemplo,

---

<sup>18</sup> Nelson Rolihlahla Mandela nació el 18 de Julio de 1918 y falleció el 05 de Diciembre de 2013.

en los Actos contra el Pudor, saber qué es la libertad en la sexualidad. El conocimiento procedimental es el “saber cómo”, por ejemplo, en el delito en análisis, saber cómo se lleva a cabo la sexualidad en libertad. El conocimiento conceptual es “saber el por qué”, por ejemplo, en éste mismo delito, saber el porqué de la libertad de la sexualidad.

Los cambios funcionales cognoscitivos, como lo define Papalia, *“son procesos para obtener, manejar y retener información, son aspectos funcionales de la cognición, entre los cuales se encuentran el aprendizaje, la rememoración (recuento) y el razonamiento, los cuales toman mayor trascendencia en la adolescencia pues es una etapa formativa de la persona, siendo que las vivencias en las que participe van a repercutir en su vida por medio de los 3 procesos anteriormente mencionados”* (2009).

Es por ello, que a través de los cambios estructurales y funcionales cognoscitivos, el adolescente va a internalizar sus vivencias de ésta etapa, las cuales va a conllevar por el resto de su vida formando en él una identidad, que según Erikson, debe ser *“entendida como una concepción coherente del yo formada por metas, valores y creencias con los que la persona se compromete de manera firme y que es enfocada durante los años adolescentes, cuyo esfuerzo por darle sentido al yo es parte de un proceso sano que se construye sobre las bases de los logros de ésta etapa y que coloca los cimientos para enfrentarse a los retos de la vida adulta”* (1959).

En nuestro país, se tiene que el Tribunal Constitucional comparte la percepción de que la adolescencia es una edad formativa, pues en la Sentencia recaída en el expediente N° 0012-2010-PI/TC, ha esbozado que *“es desmotivador la comisión del delito de violación sexual de menores de edad, y ello tiene un peso axiológico intenso, que se sustenta en tres principios: 1) El menor de edad se encuentra, en comparación con el mayor de edad, en una situación de inferior desarrollo psicosomático, lo que genera una menor capacidad de juicio y de resistencia física...por lo que debe ser protegido; 2) La constitucionalización del denominado “interés superior del niño”, que no es sino la exigencia de asumir prima facie y en abstracto la superioridad axiológica de los derechos e intereses de los niños y adolescentes, ...que se traduce en el deber de, en caso de dudas hermenéuticas, interpretar el Derecho de forma tal que resulten*

*optimizados tales derechos e intereses, bajo el umbral de los criterios pro homine y favor debilis; y 3) El deber de especial protección del menor de edad como un ideal regulativo previsto en la Constitución que garantice ahora y para el futuro la protección de los niños, niñas y adolescentes”.*

Por todo ello, si bien se ha determinado legalmente en nuestro país, que a partir de los 14 años de edad hacia adelante las personas gozan de libertad sexual, los argumentos antes enunciados evidencian que por razones legales, jurisprudenciales, biológicas y psicológicas-conductuales, se debe tutelar con un marco punitivo más grave a los Actos contra el Pudor recaídos sobre adolescentes de más de 14 años a menos de 18 años de edad y no sancionar la agresión sexual de igual forma que cuando es cometida en agravio de un adulto.

## **2. Caso representativo de la ausencia de protección penal diferenciada de los adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad en los Actos contra el Pudor no consentidos**

A continuación, se va a presentar el caso del congresista Leoncio Zacarías Torres Ccalla, quien fuere denunciado, procesado y finalmente sentenciado por el delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de Actos contra el Pudor Agravado, en agravio de la menor de iniciales N.M.M.S. -la misma que era su asistente en labores de apoyo en su Despacho Congresal-, en el cual se va a apreciar una ausencia de protección penal diferenciada cuando éste delito recae en un adolescente mayor de 14 años y menor de 18 años, pues la legislación nacional sanciona al agresor con un pena exactamente igual cuando la víctima es un adolescente o un adulto, sin importar el mayor perjuicio causado con el hecho al primero de ellos.

### **2.1. El caso:**

Se tiene que, en fecha 10 de Setiembre de 2004, la menor de iniciales N.M.M.S. de 16 años de edad, comenzó a laborar como asistente en labores de apoyo en el Despacho Congresal de Leoncio Zacarías Torres Ccalla, dado que dos días antes acordaron el congresista y el padre de la menor, una subvención mensual de S/ 550 soles en favor de ésta, para lo cual su padre Ramón Lorenzo Mamani Chisi la

traería del distrito de Ayaviri, provincia de Melgar, departamento de Puno a la capital. Sin embargo, el día 10 de Noviembre de 2004, éste congresista habría realizado tocamientos indebidos en la menor de iniciales N.M.M.S.

A raíz de ello, el día 11 de Noviembre de 2004, Ramón Lorenzo Mamani Chisi presentó una denuncia de parte ante el Congreso de la República, en la que consignó que su menor hija le contó que en circunstancias en las que se encontraba en el Despacho Congresal con Leoncio Zacarías Torres Ccalla el cual estaba sentado la llamó, su menor hija se le acercó a una distancia prudencial, pero que éste la jaló para que se pare frente a él, la agarró de la cadera, le preguntó si tenía enamorado, su menor hija retrocedió, éste le dijo *“ah, ya saltó la liebre, hay muchas chiquillas tras este trabajo y tú eres una afortunada”*, seguidamente abrió uno de los cajones de su escritorio, sacó su arma de fuego la cual colocó en su cinturón, luego puso en la mesa los currículums de las postulantes al cargo diciéndole que tiene pensamientos de mocosa por no aceptar a sus requerimientos y que hay varias personas que están propuestas y dispuestas para su trabajo, se paró, se acercó a ella, la tomó nuevamente de las caderas, la abrazó por la cintura y bajó sus manos tocándole los glúteos, luego le tocó los senos con ambas manos, después le puso una mano en una mejilla y le dio un beso en la otra, para finalmente retirarse del lugar.

El Congreso recibió la denuncia e instauró un procedimiento administrativo en contra de Leoncio Zacarías Torres Ccalla en el que recabó elementos probatorios y después fijó fecha para que se lleve a cabo la Audiencia Única; sin embargo en su primera citación no se llevó a cabo por falta de Quorum, es así que en su reprogramación fijada para el día 06 de Diciembre de 2004, se llevó a cabo la misma con la intervención de las partes, en donde se emitió un Dictamen, que estableció lo siguiente: *“En el Informe se le imputa al Congresista Leoncio Torres Ccalla, la comisión del delito de Actos contra el Pudor en agravio de una menor de más de catorce años de edad, invocándose la circunstancia agravante de prevalimiento. Al respecto, se cuenta con la presencia de indicios de criminalidad suficientes para justificar un procesamiento penal, ya que de autos*

*aparece que existe la sindicación de la menor N.M.M.S., corroborada por el testimonio de su padre, el denunciante Ramón Lorenzo Mamani Chisi. A ello se agrega, la propia afirmación del Congresista Leoncio Torres Ccalla, en el sentido que el día 10 de Noviembre de 2004 al encontrarse con la menor en su Despacho Congresal, sostuvo con ésta una conversación de connotación sexual, aunque, de allí su relatividad puesto que acota que no le efectuó tocamientos en su zona genital, sólo le acarició la mejilla; indicios procedimentales que tornan razonable la imputación y permiten sostener que existen bases mínimas suficientes para considerar que se habrían producido los hechos delictivos denunciados y que en tales hechos estaría presumiblemente vinculado el Congresista Leoncio Torres Ccalla. Por lo que atendiendo que el denunciado esta debidamente individualizado, la acción penal no ha prescrito y no concurre causal alguna de extinción de la acción penal a que se refiere el artículo 78° del Código Penal...” (2005), se resolvió declarar admisible y procedente la petición de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria del congresista Leoncio Zacarías Torres Ccalla. Además, se determinó sancionarlo con Suspensión en el ejercicio de su Cargo por 120 días y descuento por el mismo plazo.*

Luego de ello, el caso fue remitido a la Fiscalía a fin que proceda conforme a sus atribuciones, una vez en el Ministerio Público, se dispuso abrir investigación preliminar en la que se obtuvo indicios razonables de que el Congresista Leoncio Zacarías Torres Ccalla cometió dicho delito. En razón de esto, el Ministerio Público solicitó a la Corte Suprema el Levantamiento de la Inmunidad Parlamentaria de referido Congresista. Es así que, el 13 de Marzo del 2005, el Presidente de la Corte Suprema con oficio N° 163-2005 solicitó a la Presidencia del Congreso el levantamiento de la Inmunidad Parlamentaria. El día 17 de Marzo del 2005, el Congreso resuelve que es admisible y procedente el Levantamiento de la Inmunidad Parlamentaria de Leoncio Zacarías Torres Ccalla.

Posteriormente, el día 23 de Marzo del 2005, la Fiscalía formaliza denuncia en contra de éste Congresista y más adelante presentó el requerimiento acusatorio en su contra por la comisión del delito de Actos contra el Pudor, en agravio de la

menor de iniciales N.M.M.S. Finalmente, el día 29 de Diciembre del 2005, el Poder Judicial condena a Leoncio Zacarías Torres Ccalla por el delito en mención, con una pena privativa de libertad efectiva de 5 años.

## **2.2. Análisis de la condena al agresor**

Tenemos que, el hecho por el cual fue condenado Leoncio Zacarías Torres Ccalla, entonces congresista, se subsume en el delito de Actos contra el Pudor Agravado por prevalimiento, tipificado en el primer párrafo del artículo 176, concordado con su segundo párrafo, inciso 1, el que a su vez es concordado con la circunstancia agravante prevista en el inciso 2 del artículo 170 del Código Penal, en el que se exige al agente activo, que sin propósito de tener acceso carnal, con violencia o grave amenaza, realice sobre un mayor de 14 años tocamientos indebidos en sus partes íntimas, previéndose en la agravante referida –entre otras circunstancias- el aprovecharse de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima.

Es así que, según los cargos el día 10 de Noviembre de 2004, Leoncio Zacarías Torres Ccalla aprovechando su condición de Congresista y titular de Despacho, luego de incorporar como servidora a la menor agraviada de iniciales N.M.M.S., le practicó tocamientos indebidos en sus glúteos y senos; el medio idóneo que utilizó fue “la agrave amenaza”, esto es, el anuncio por parte del agente activo de causar un mal inminente en su víctima, concibiéndose que en el caso propuesto ello se encuadra evidentemente en las persistentes referencias a la permanencia laboral de la menor N.M.M.S. y la solicitud de otras personas para un puesto de trabajo, fundadas por el hecho de la posición jerárquica y de particular autoridad del denunciado, a consecuencia de lo cual –en función a la edad de la víctima y el contexto- la voluntad de la menor agraviada quedó sustancialmente enervada; por lo que haberse dictado una sentencia condenatoria en contra de Leoncio Zacarías Torres Ccalla es correcto, al haberse configurado todos los elementos del tipo penal agravado.

Sin perjuicio de ello, del caso resalta una cuestión que merece un análisis concreto, pues a Leoncio Zacarías Torres Ccalla se le ha impuesto una condena de 5 años de prisión efectiva (Primer Tercio de Punibilidad), dado que, en el tipo penal agravado de los Actos contra el Pudor, se prevé un marco punitivo de no menor de 5 ni mayor de 7 años.

Sin embargo, consideramos que el quantum de la pena que se le impuso no se ajusta a la magnitud del hecho que ha protagonizado, ya que el mismo ha sido en agravio de una menor de 16 años de edad; en cuanto, tenemos que la doctrina y la jurisprudencia nacional han incorporado positivamente el principio de proporcionalidad en el ordenamiento legal.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso de “La calle de las Pizzas”, recaído en la Sentencia del expediente N° 007-2006-PI/TC, ha establecido que una medida restrictiva debe superar el test previsto para éste principio, para que se considere adecuada su aplicación; estableciéndose así, el Test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

El test de idoneidad, se refiere a que *“la medida restrictiva constituye un medio adecuado o apto para la prosecución del objetivo”*; en el caso de autos, la medida restrictiva es el marco punitivo previsto para los Actos contra el Pudor Agravado que conllevó a la pena impuesta al congresista de 5 años, mientras que el objetivo es la tutela por parte del Estado de la Libertad Sexual de las personas mayores de 14 años, dentro del cual se encuentran los adolescentes de 14 a menos de 18 años de edad, siendo que si bien se les está brindando una tutela jurídico penal, ésta no es una protección adecuada entre el objetivo (adolescentes) con la medida restrictiva prevista, pues se está obviando la calidad especial del agente en su protección, desconociéndose en la sanción lo desarrollado en el apartado 3.1. de la presente investigación y se les está dando una tutela igualitaria como si fuesen adultos.

El test de necesidad, hace referencia a que *“La restricción es un medio necesario dado que no hay medidas alternativas, igualmente eficaces”*; en el caso de autos, evidentemente, se tiene que en el Código Penal se han previsto diferentes tipos de pena, sin embargo éstas no son igualmente eficaces que la pena privativa de libertad, ya que, por ejemplo, no se podría concebir que se mantenga el marco punitivo de 5 a 7 años para los adultos y que únicamente se prevea adicionar días-multa cuando recaiga el acto en un adolescente mayor de 14 y menor de 18 años de edad, puesto que el perjuicio es sustancialmente mayor como para reducirla a tal sanción; por lo que, es necesario tutelarlos con un marco punitivo mayor de pena privativa de libertad.

El test de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, hace alusión a que *“es preciso identificar los derechos constitucionales y/o bienes constitucionales que se hallan en conflicto”*; en el caso de autos, tenemos que al congresista se le está privando de su derecho a la libertad personal, mientras que a los adolescentes con éste delito se les quebranta su derecho a la libertad sexual, y accesoriamente consideramos que también se les transgrede su derecho al libre desarrollo e integridad de la personal, por encontrarse en una edad formativa; por lo tanto, al realizar la ponderación entre los derechos en conflicto, es indiscutible que mayor afectación ocasiona el vulnerar los derechos mencionados que le asisten a los adolescentes, por ende una mayor pena que los tutele es proporcional.

Siguiendo ésta línea, encontramos en la doctrina penal nacional, que Villavicencio Terreros, argumenta lo siguiente: *“... la pena debe ser adecuada y proporcional al daño ocasionado al agente, según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado”* (1958). Es decir, mientras mayor sea el daño que el agente activo ocasione con su conducta, mayor debe ser la sanción para éste, por lo tanto, si es mayor la afectación a un adolescente que la producida en un adulto, por encontrarse el primero de ellos en una situación de inferior desarrollo psicosomático, no puede preverse una pena común tanto para adultos como para adolescentes al ser víctimas de los Actos contra el Pudor.

Por lo que, el quantum de la pena impuesta a Leoncio Zacarías Torres Ccalla es insuficiente, sin embargo ésta no resulta de una mala práctica por parte del órgano judicial, sino el problema proviene de la misma ley, puesto que no se ha previsto en el artículo 176 del Código Penal una diferencia entre la protección a un adolescente en comparación a un adulto, ya que el legislador –creemos- que erróneamente ha agrupado a todos en un marco punitivo común por contar ambos con libertad sexual; sin embargo no ha tomado en cuenta las consideraciones vertidas en el apartado 3.1. de la presente investigación, las que demandan una protección superior en favor de los adolescentes.

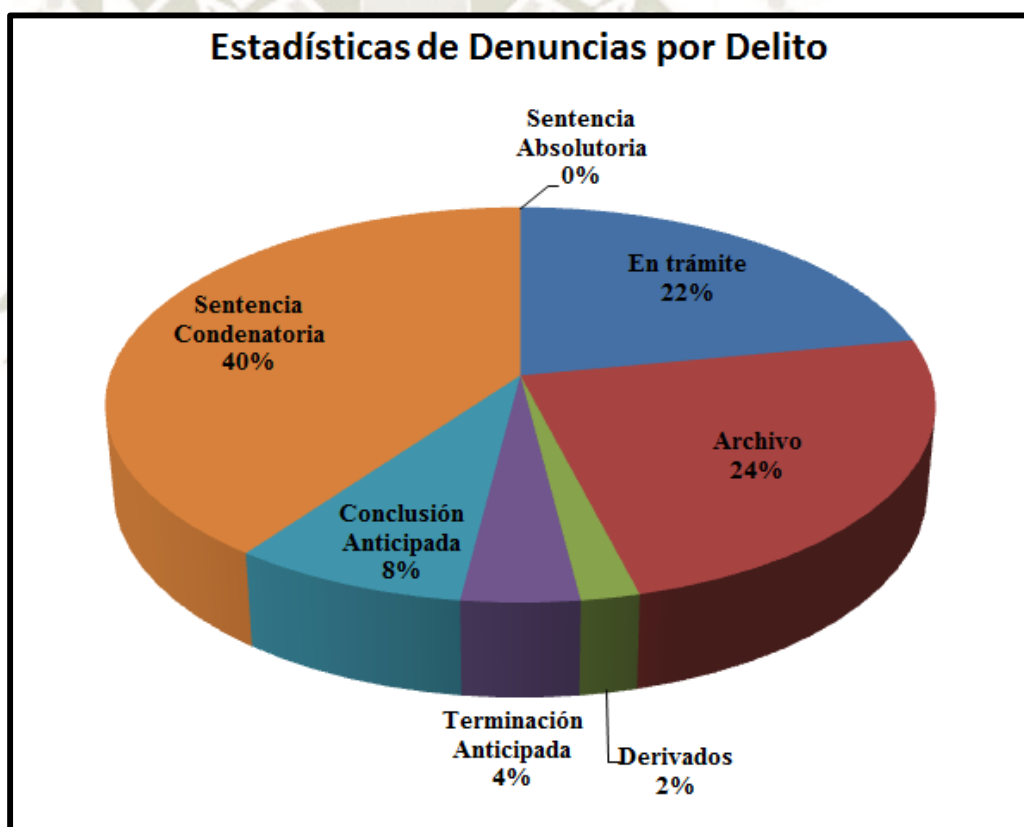
### 3. La exigencia de violencia o grave amenaza como elementos constitutivos del tipo base

Ahora bien, además de no haberse realizado una diferencia en la protección en favor de los adolescentes, en la redacción de los Actos contra el Pudor regulados en el artículo 176 del Código Penal Peruano, tenemos que se exige la concurrencia de la violencia o grave amenaza , como elementos objetivos previos para la configuración del mismo, requerimiento que creemos que por sí mismo no es errado pero que lo incorrecto es haberlo ubicado en el tipo base, ya que deviene en excesiva la confluencia de la violencia o grave amenaza para la configuración del delito en mención -más aún esto cuando el hecho es cometido en agravio de una persona mayor de 14 y menor de 18 años, por razones de su calidad de adolescente-, por lo que al encontrarse éstos requerimientos legales en el tipo base, han sido archivados:

Dependencia	EN TRAMITE	Total EN TRAMITE	RESUELTOS						Total RESUELTOS	Total Denuncias
			ARCHIVO	DERIVADOS EXTERNOS	TERMINACION ANTICIPADA	CONCLUSION ANTICIPADA	SENTENCIA CONDENATORIA	SENTENCIA ABSOLUTORIA		
1FPPC-AREQUIPA	11	11	12	1	2	4	20	0	39	50
<b>Total</b>	<b>11</b>	<b>11</b>	<b>12</b>	<b>1</b>	<b>2</b>	<b>4</b>	<b>20</b>	<b>0</b>	<b>39</b>	<b>50</b>

**Fuente:** Mesa de Partes de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa, 2017.

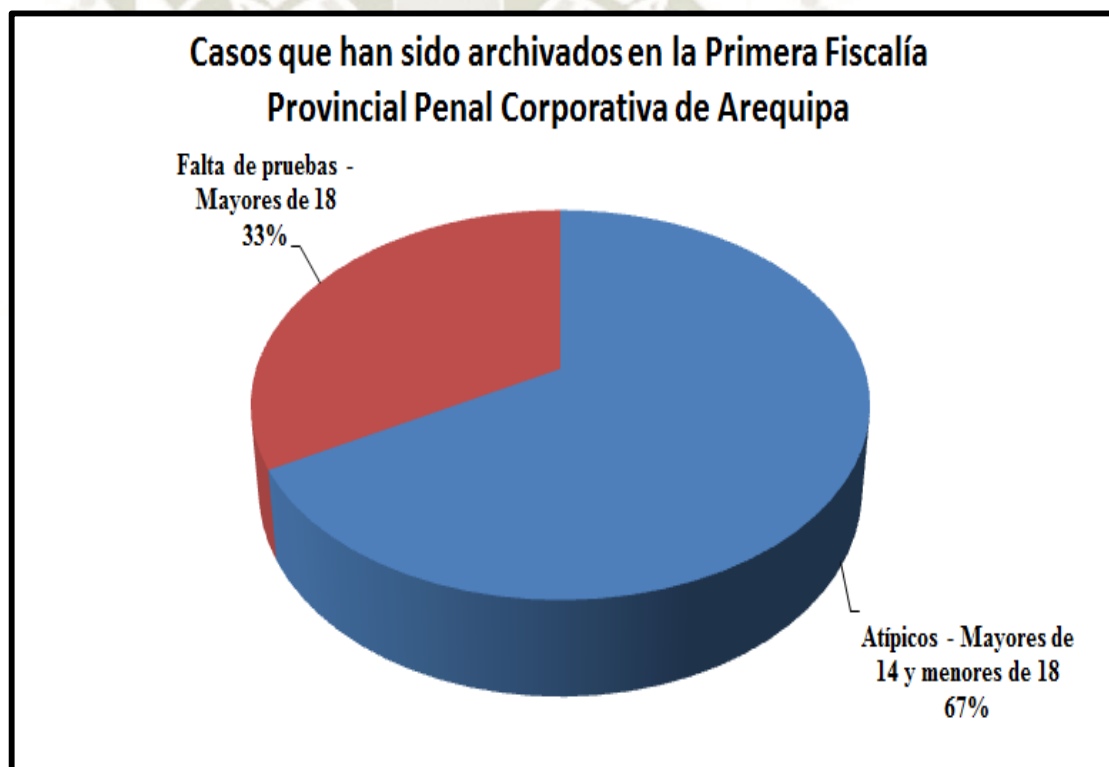
Al respecto, tenemos que al 04 de Setiembre del 2018 (fecha en la que ha sido recabada tal estadística-fecha de corte), de todas las denuncias que ingresaron a la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa en el año 2017, actualmente hay 11 casos que aún siguen en trámite o sea aún siguen en investigación en sede fiscal sin haber sido judicializados; 1 caso ha sido derivado externamente a otra fiscalía para su investigación; 2 casos han concluido con terminación anticipada, es decir en la etapa de formalización de investigación preparatoria; 4 casos han finalizado con conclusión anticipada, esto es que han concluido en la etapa de juzgamiento; 12 casos han sido archivados; 20 casos han conseguido una sentencia condenatoria y ninguno ha sido absuelto.



**Fuente:** Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa, 2017

Es decir, los mayores números corresponden a Archivos y Sentencias Condenatorias, entre ambos éste último registra un número mayor de 20 frente a 12 (40% - 24% respectivamente); sin embargo, podría incrementarse más aún los casos que logren una sentencia condenatoria si no se exigieran éstos elementos, ya que precisamente

han sido archivados la mayoría de ellos por atípicos, es decir, por ausencia de violencia o grave amenaza, ello con fundamento, en que se ha realizado una revisión de los 12 casos que han sido archivados en la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa, pudiéndose apreciar que 8 de ellos corresponden a víctimas mayores de 14 y menores de 18 años y fueron archivados por atípicos, como dijimos por la ausencia de violencia o grave amenaza previa al tocamiento o acto libidinoso, mientras que los 4 restantes que peculiarmente corresponden a mayores de edad<sup>19</sup>, fueron archivados por carecer de elementos de convicción que acrediten el delito, dado que la parte agraviada no coadyuvó en la investigación después de su denuncia, a pesar de que en 3 de ellos si concurrió la grave amenaza.

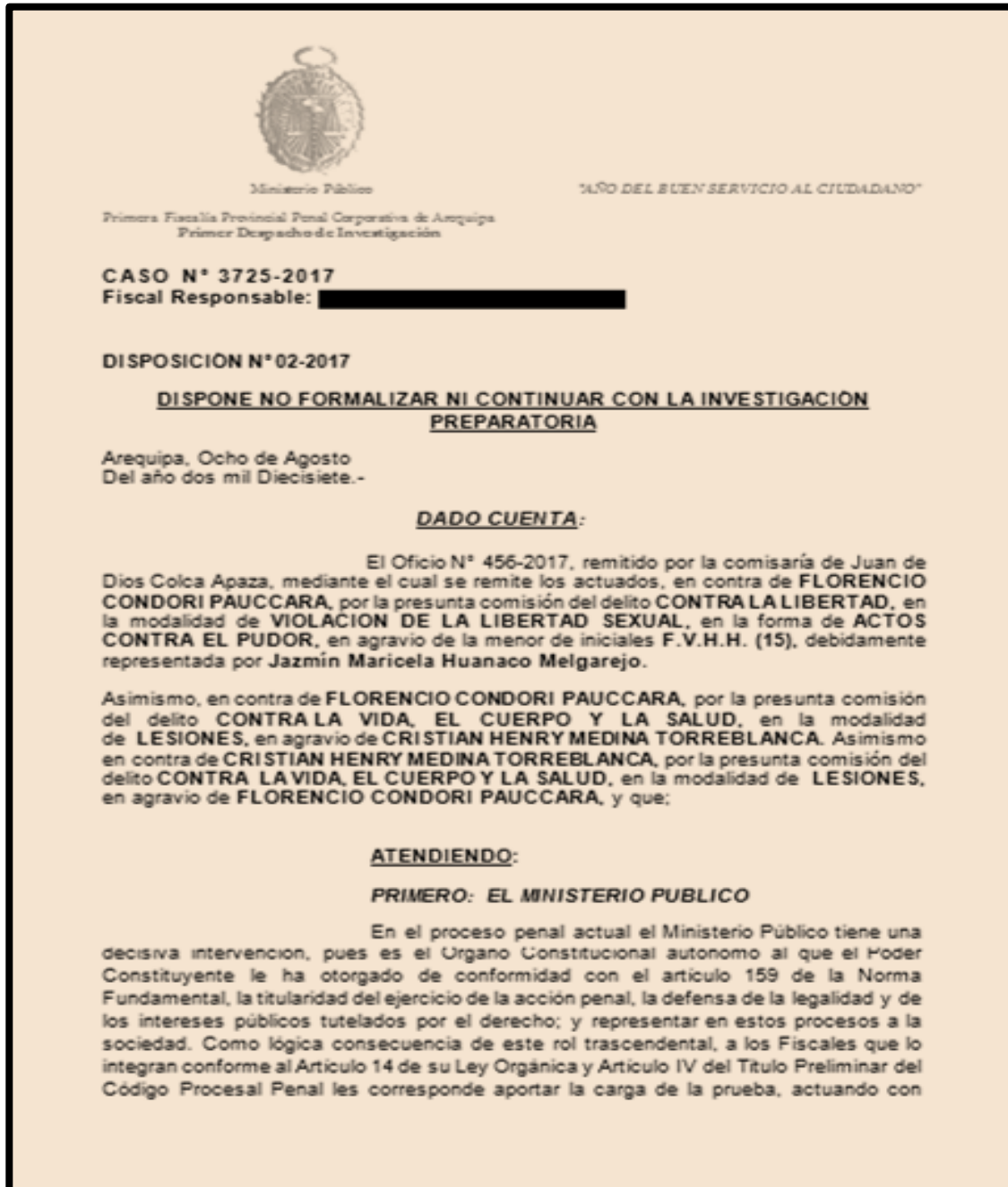


**Fuente:** Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa, 2017

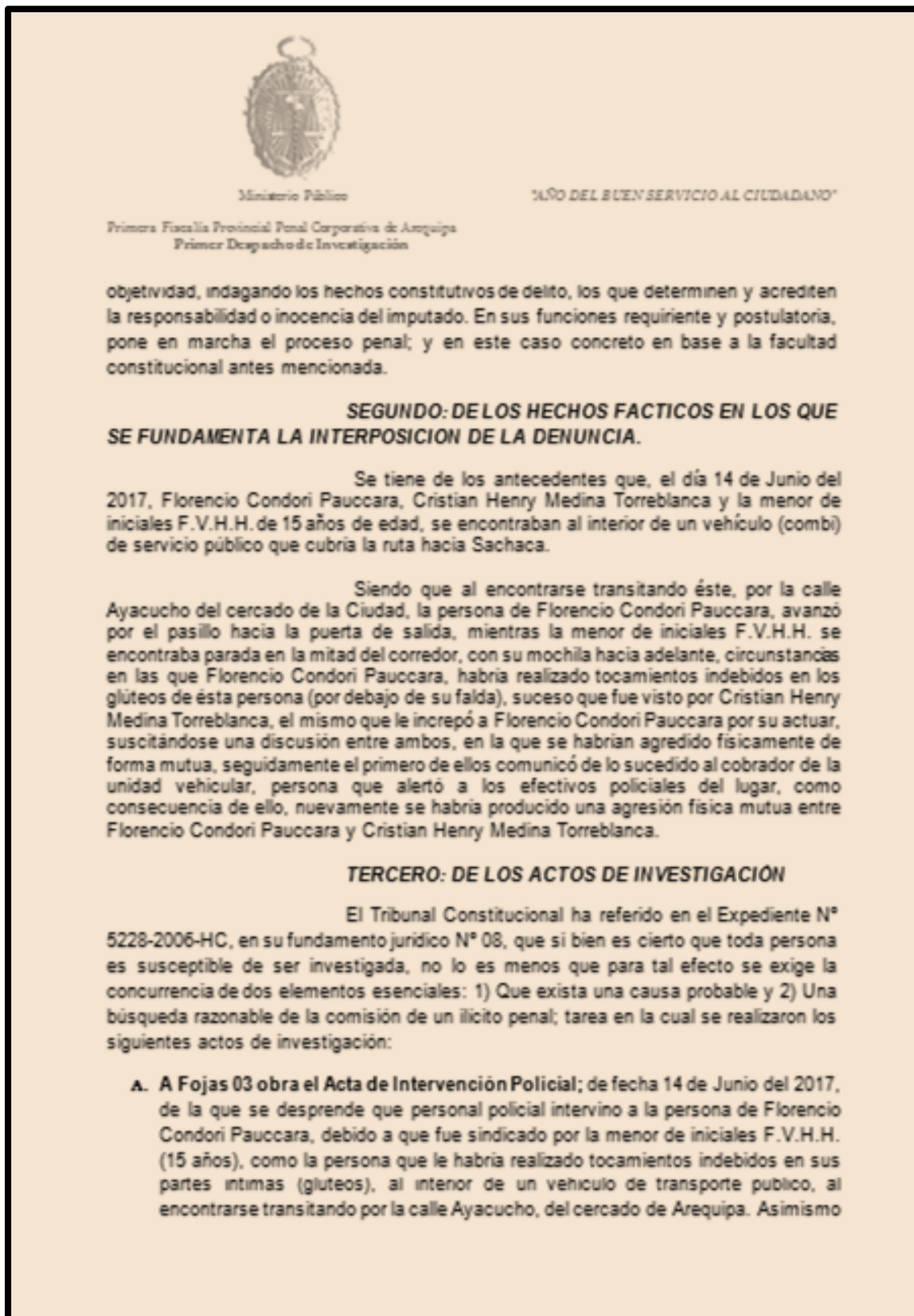
Siendo que a continuación, mostraremos 2 disposiciones de archivo seleccionadas de los 8 casos correspondientes a víctimas mayores de 14 y menores de 18 años, las que nos van a permitir apreciar los argumentos bajo los cuales han sido archivadas éstas investigaciones:

<sup>19</sup> En Perú se ha fijado la mayoría de edad a partir de los 18 años en adelante.

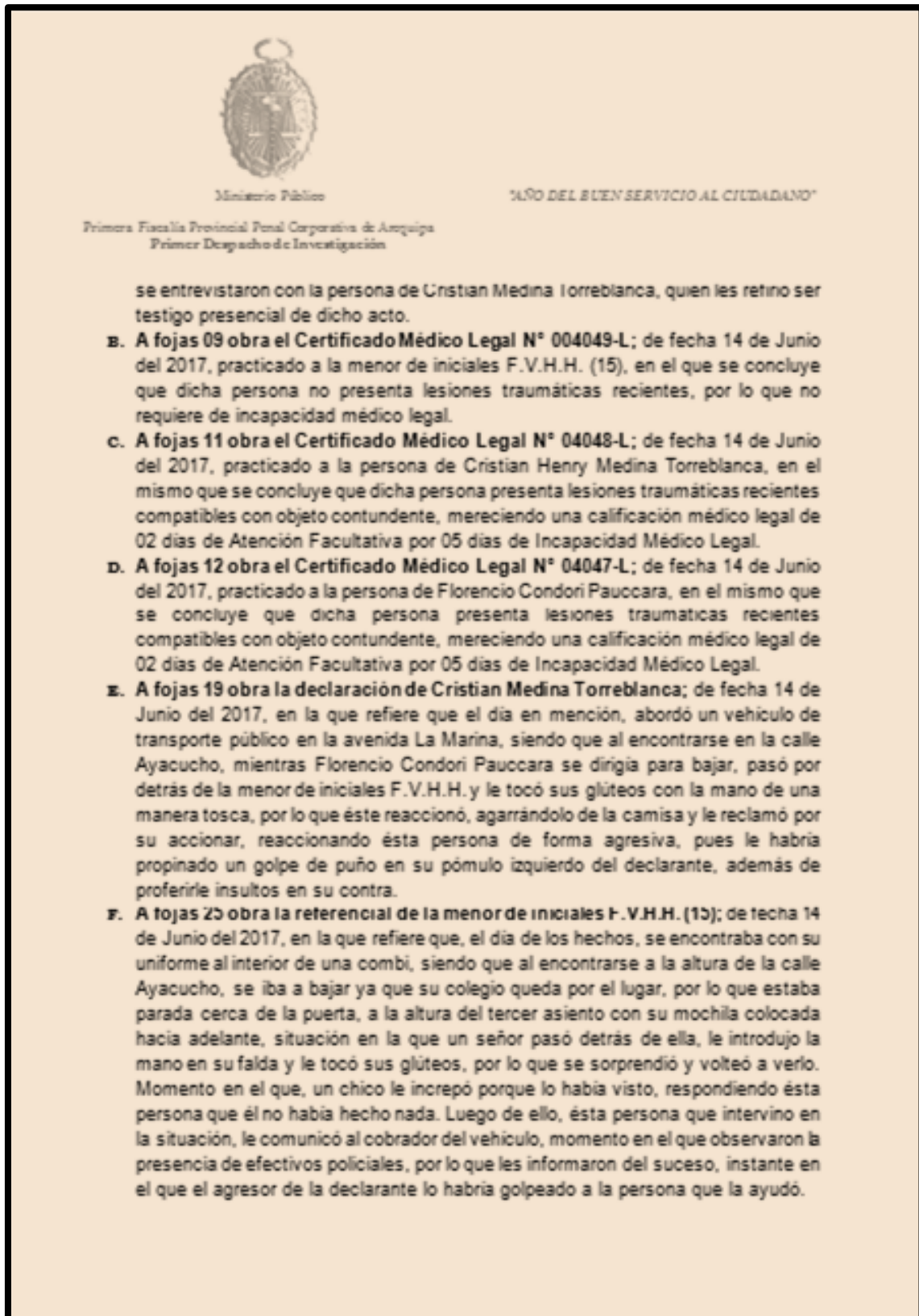
Caso N° 01:



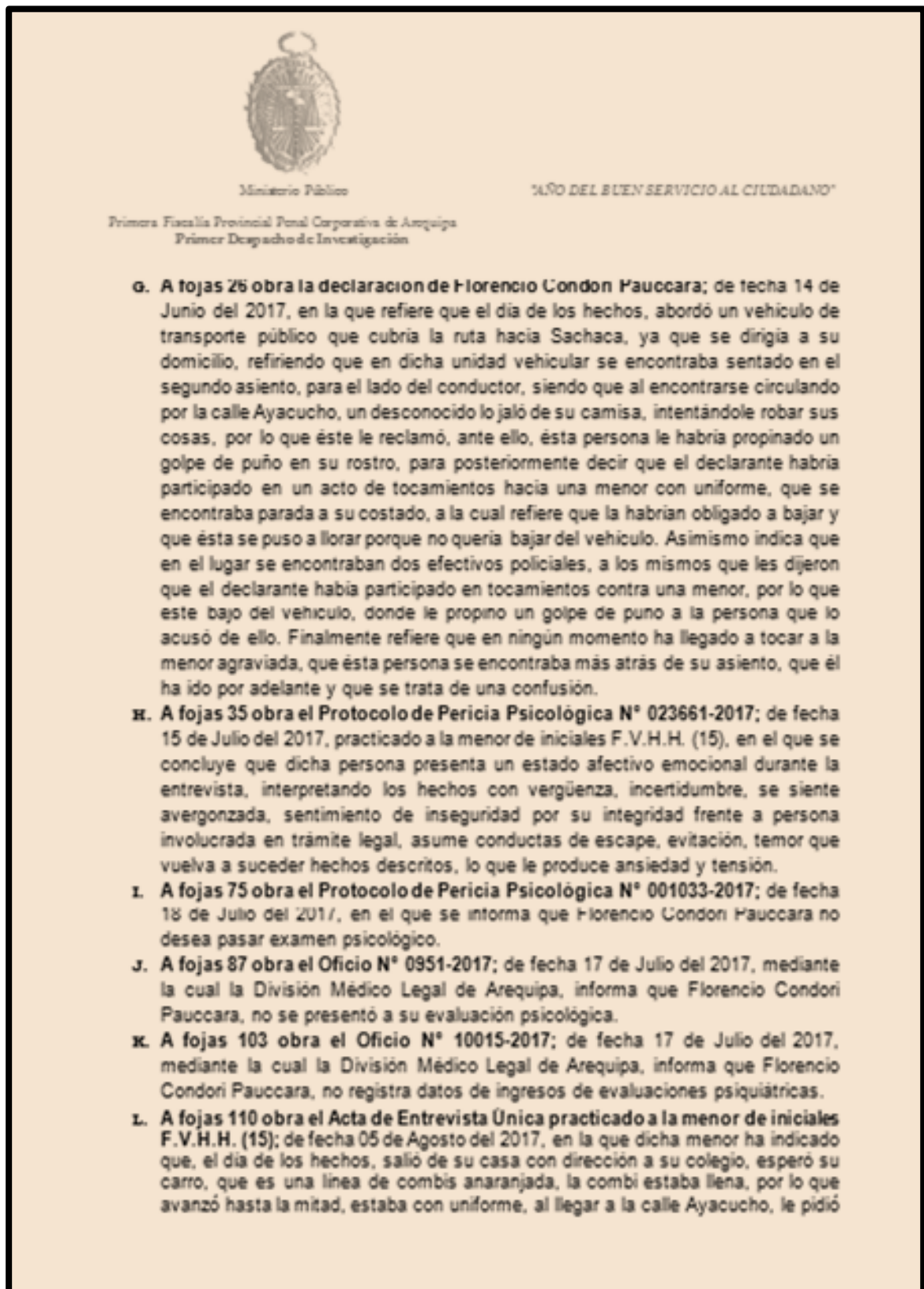
Fuente: Carpeta Fiscal N° 3275-2017, Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa, 2017



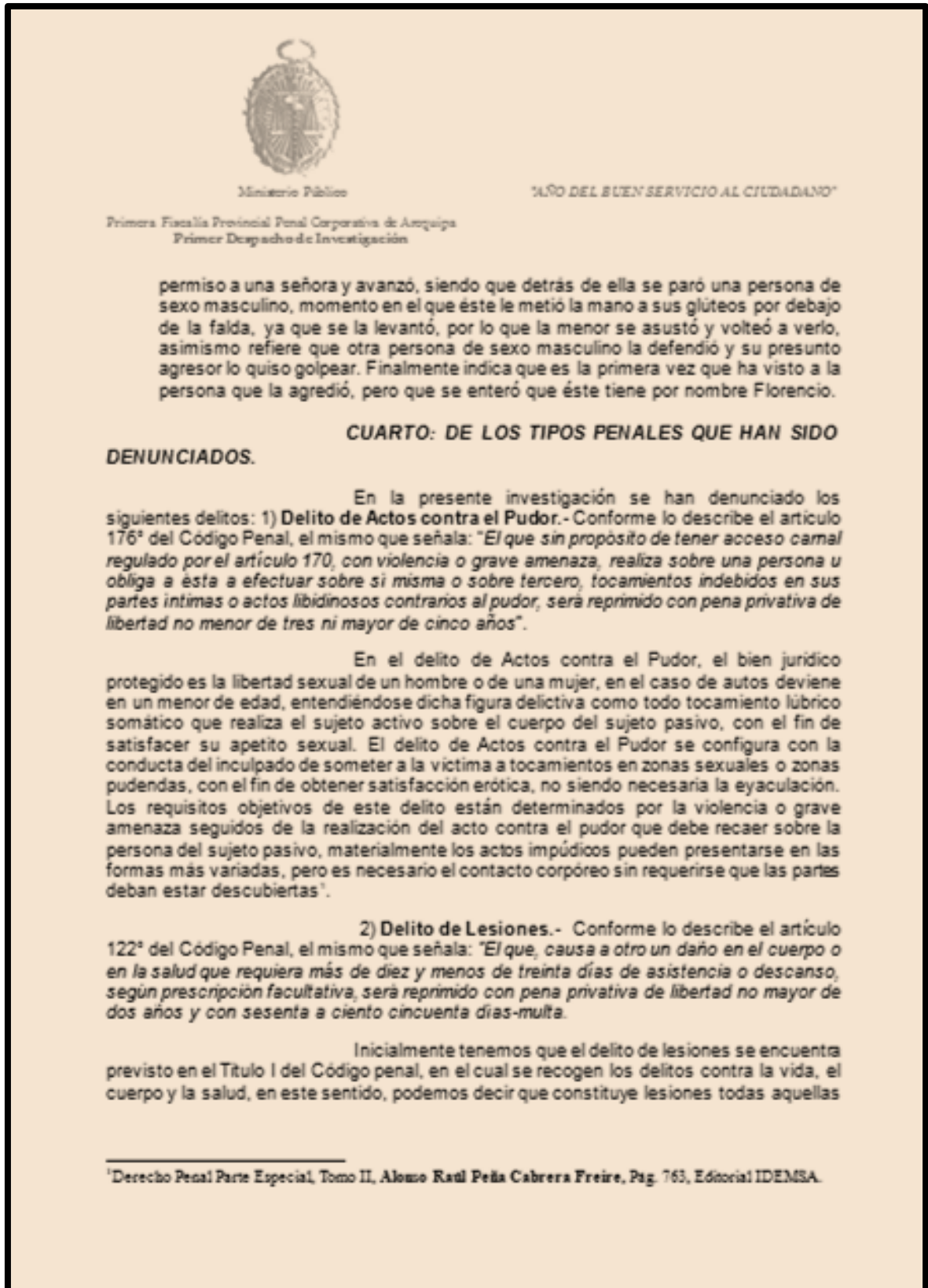
**Fuente:** Carpeta Fiscal N° 3275-2017, Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa, 2017



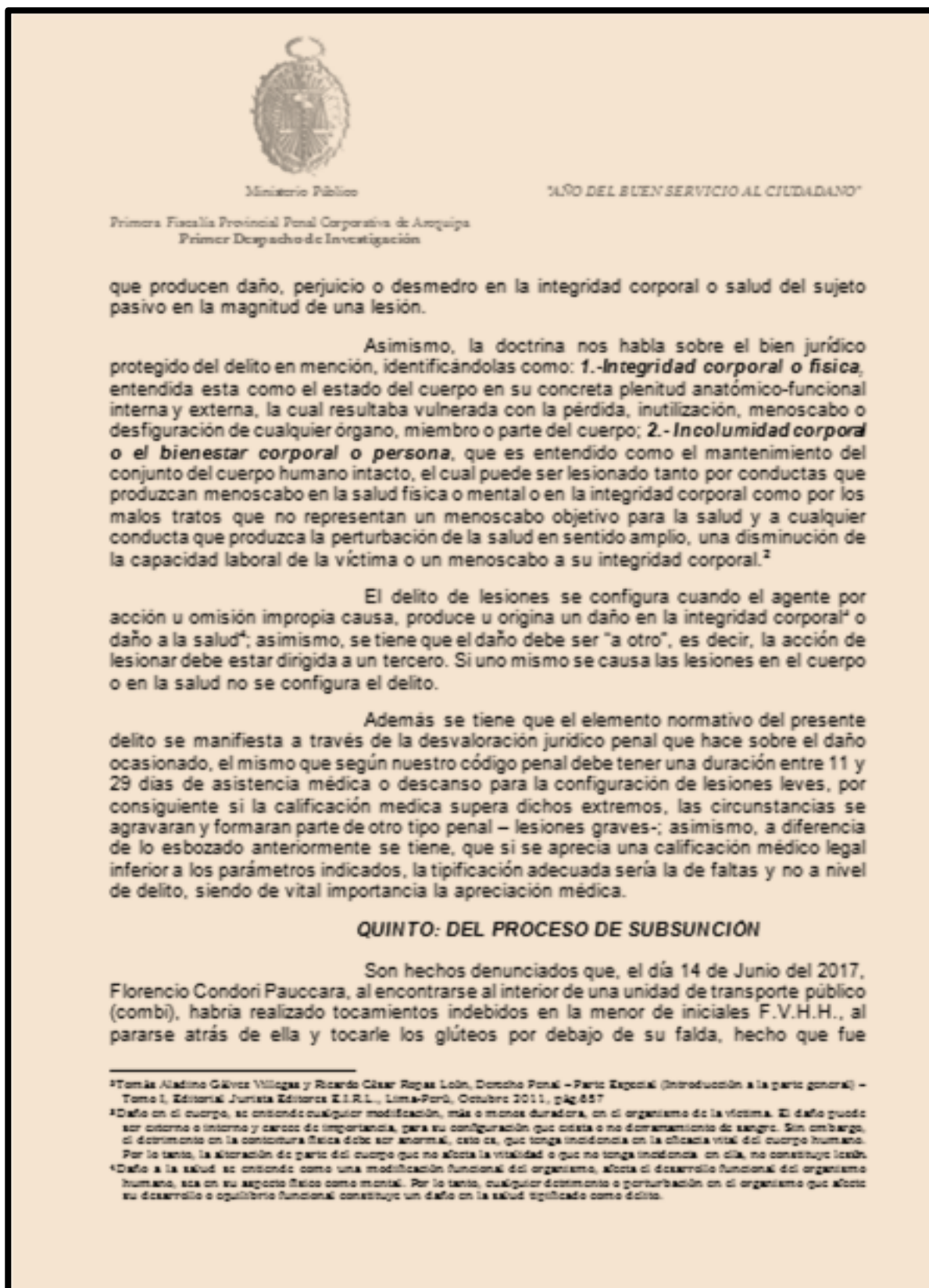
**Fuente:** Carpeta Fiscal N° 3275-2017, Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa, 2017



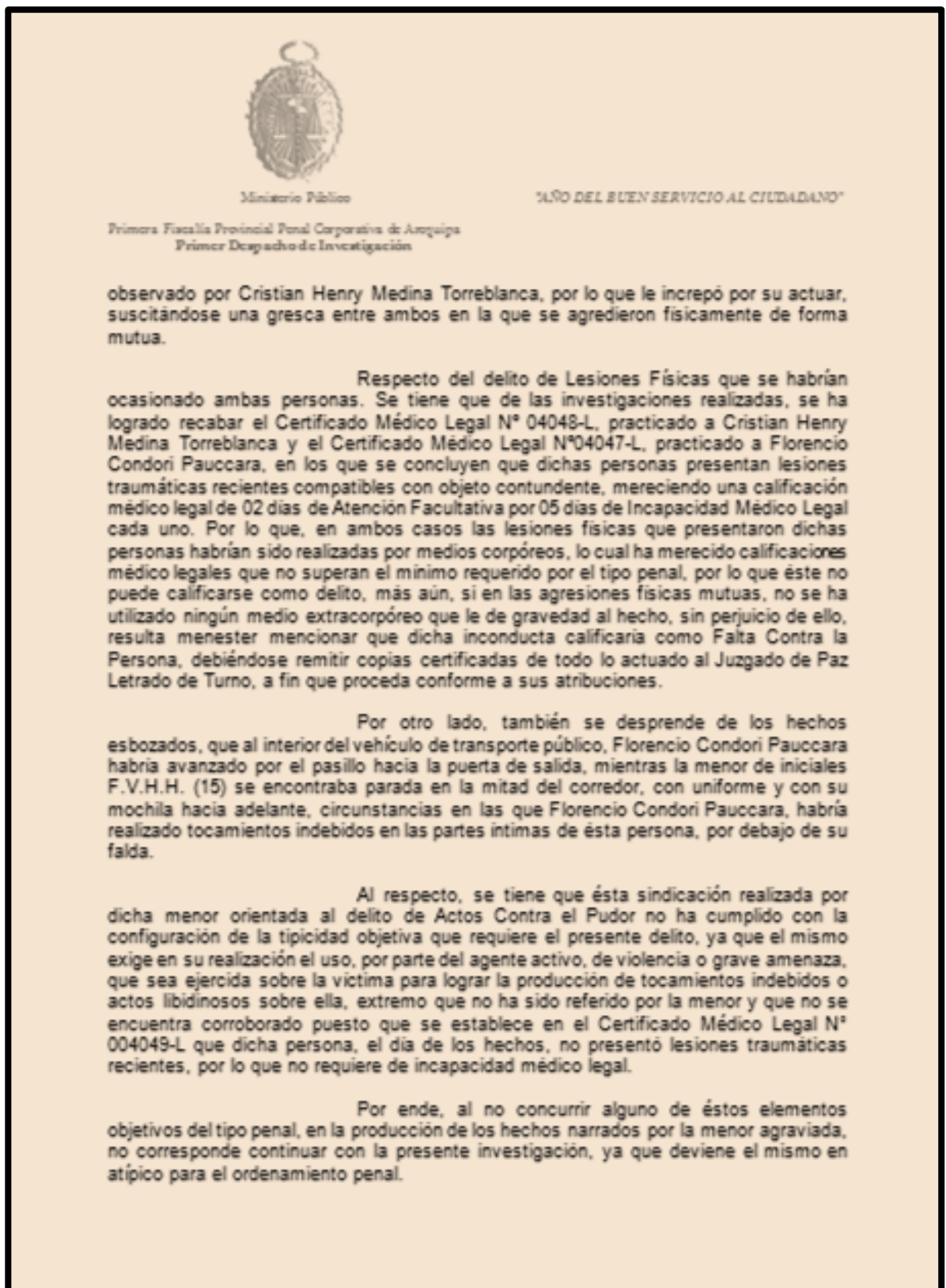
**Fuente:** Carpeta Fiscal N° 3275-2017, Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa, 2017



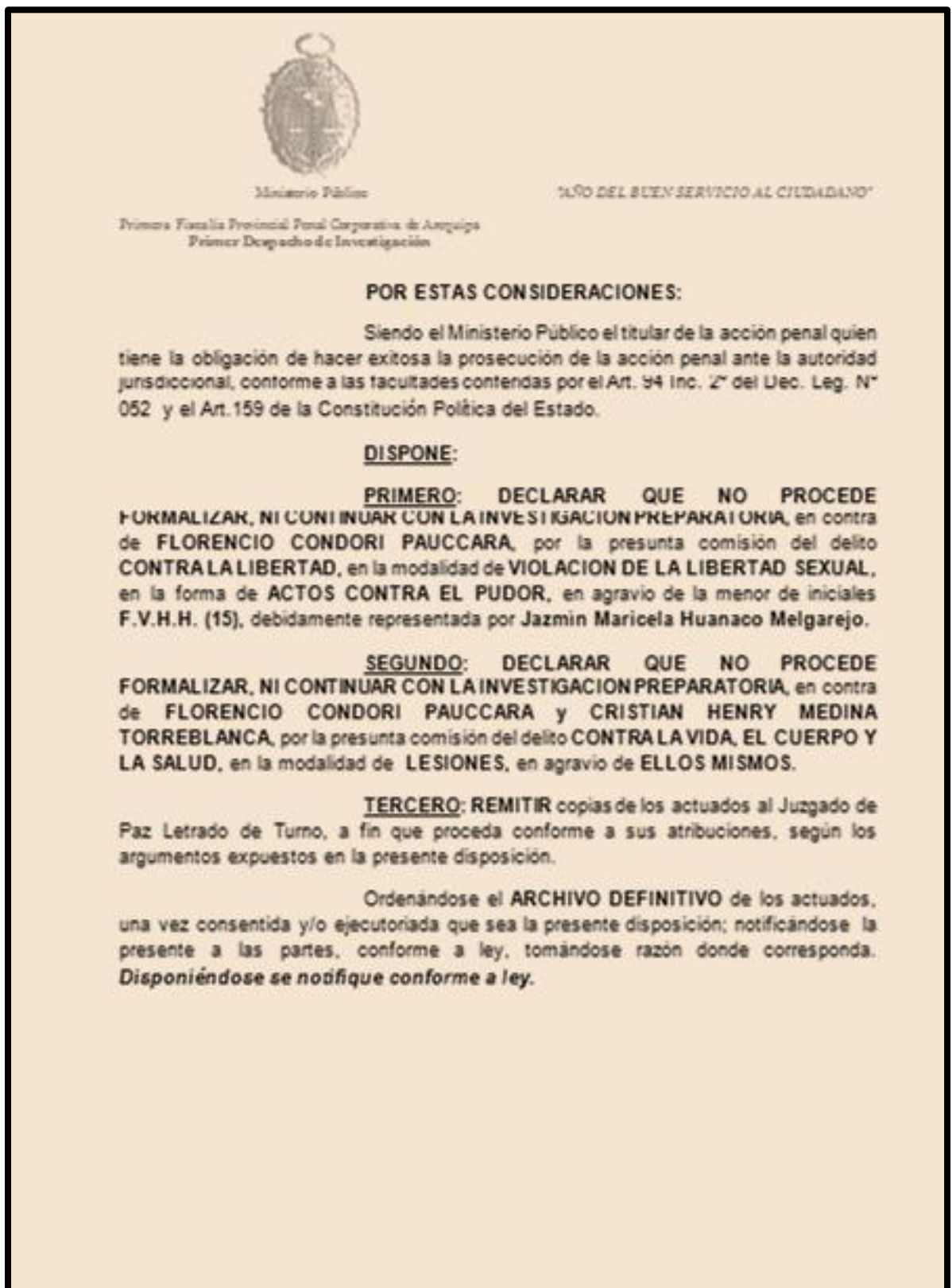
**Fuente:** Carpeta Fiscal N° 3275-2017, Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa, 2017



**Fuente:** Carpeta Fiscal N° 3275-2017, Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa, 2017

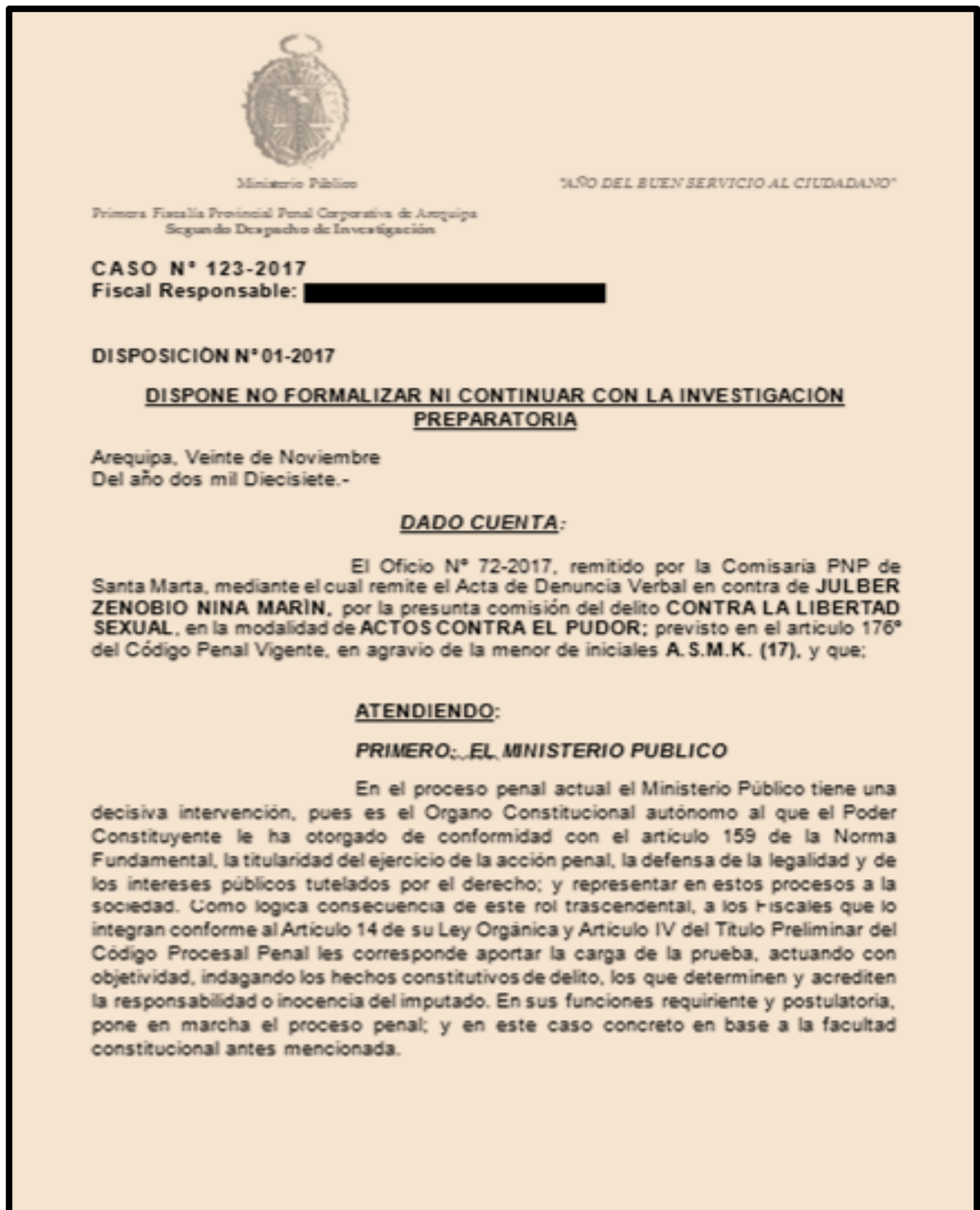


**Fuente:** Carpeta Fiscal N° 3275-2017, Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa, 2017

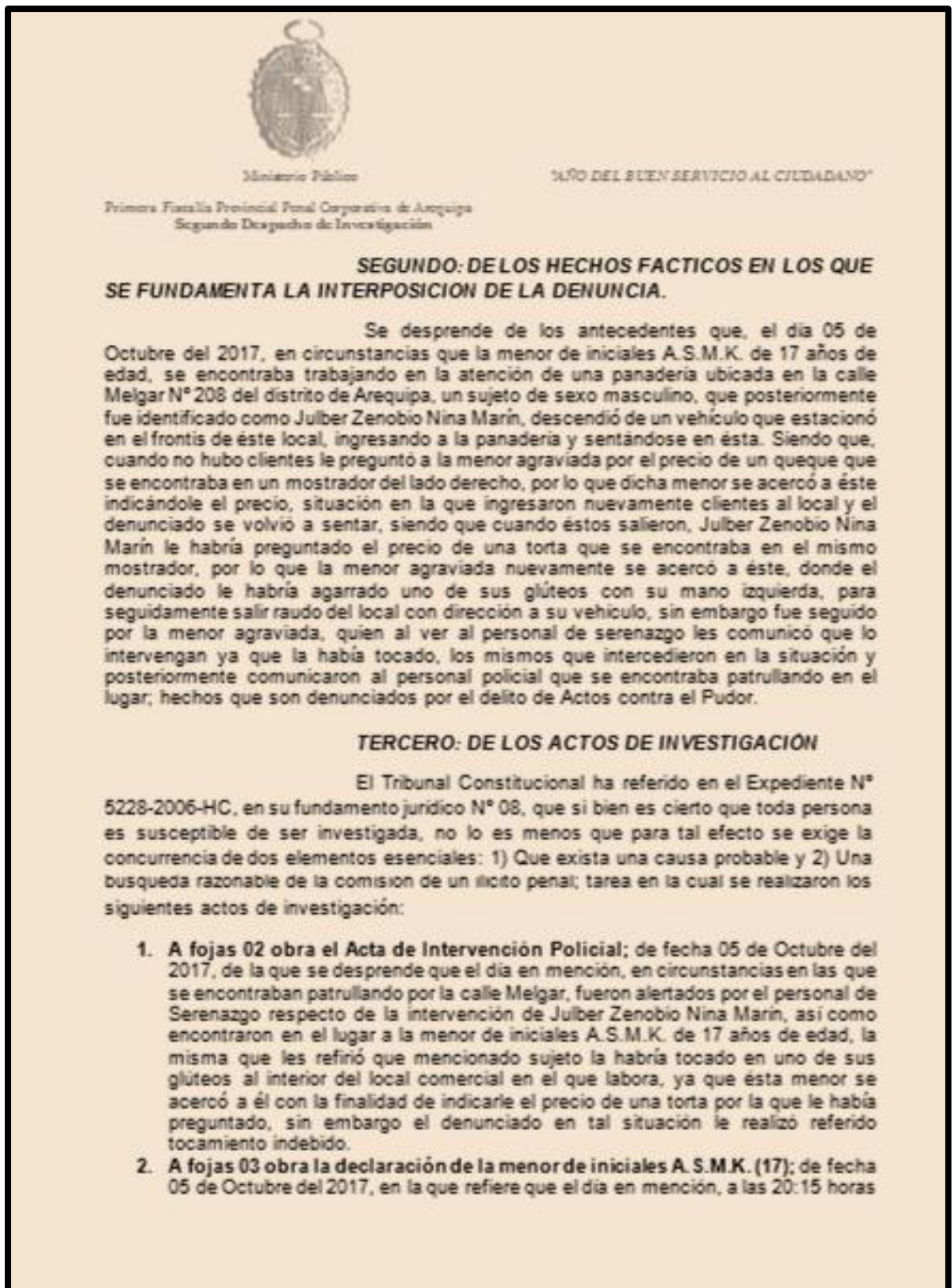


**Fuente:** Carpeta Fiscal N° 3275-2017, Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa, 2017

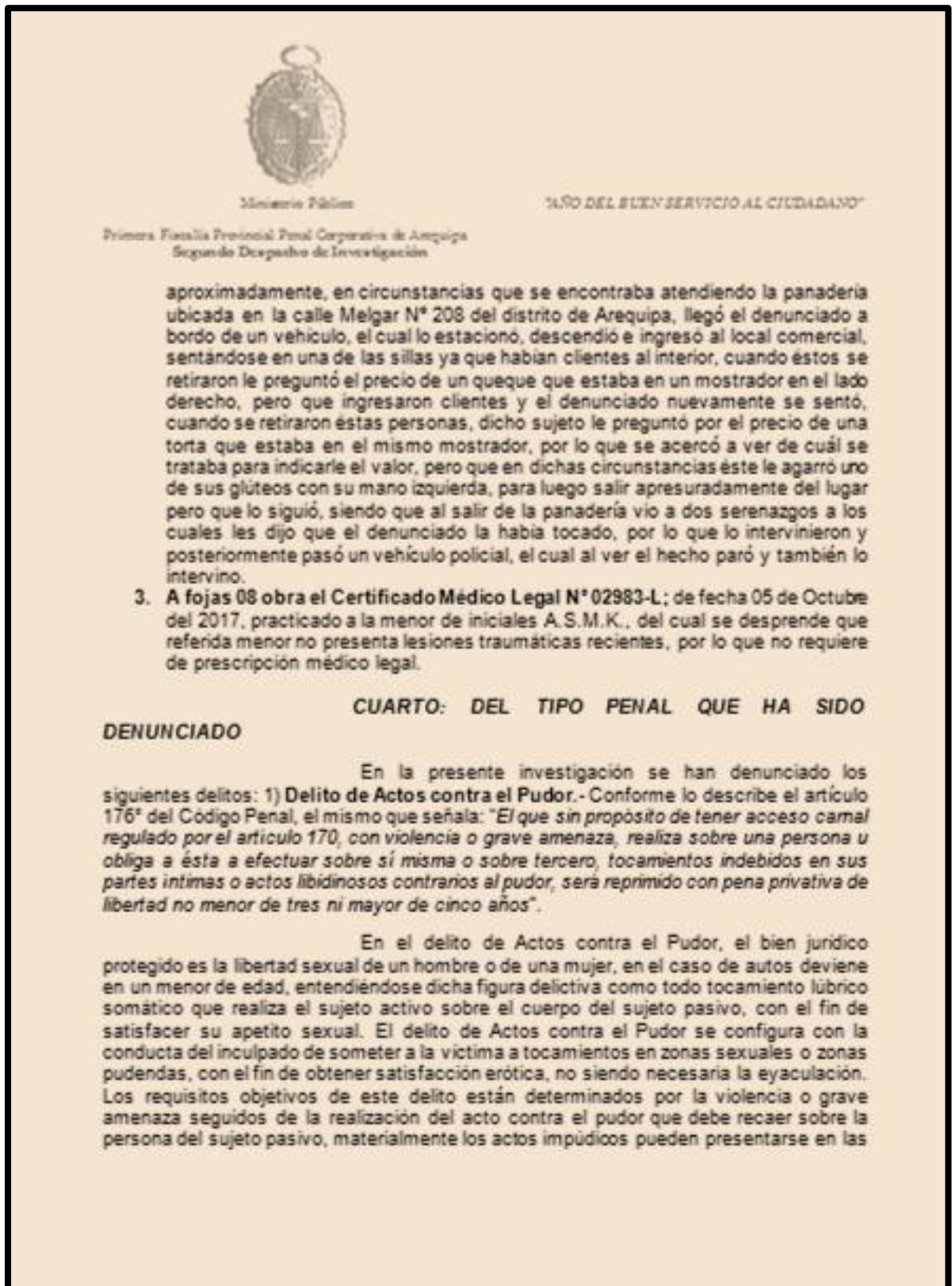
Caso N° 02:



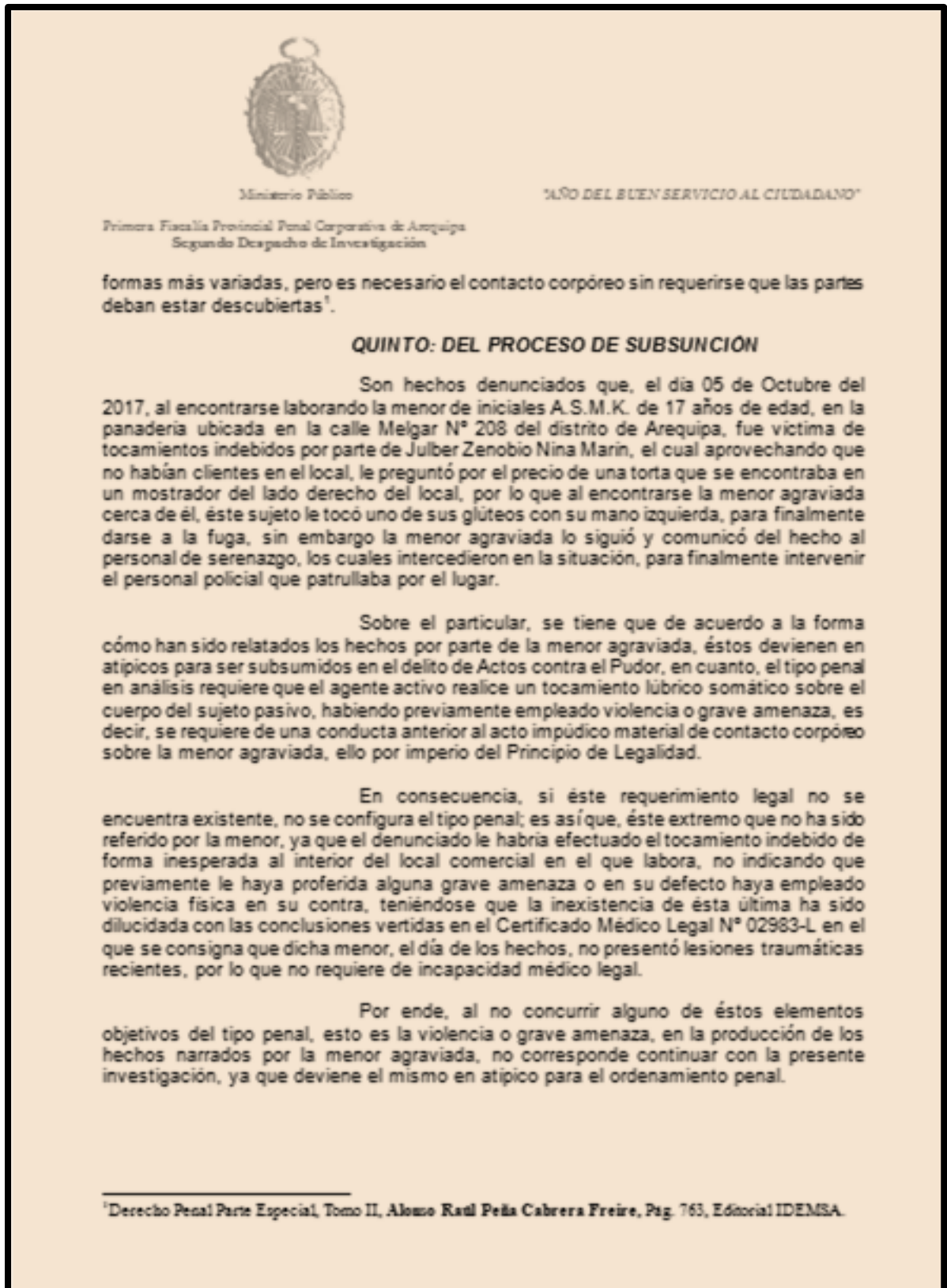
**Fuente:** Carpeta Fiscal N° 123-2017, Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa, 2017



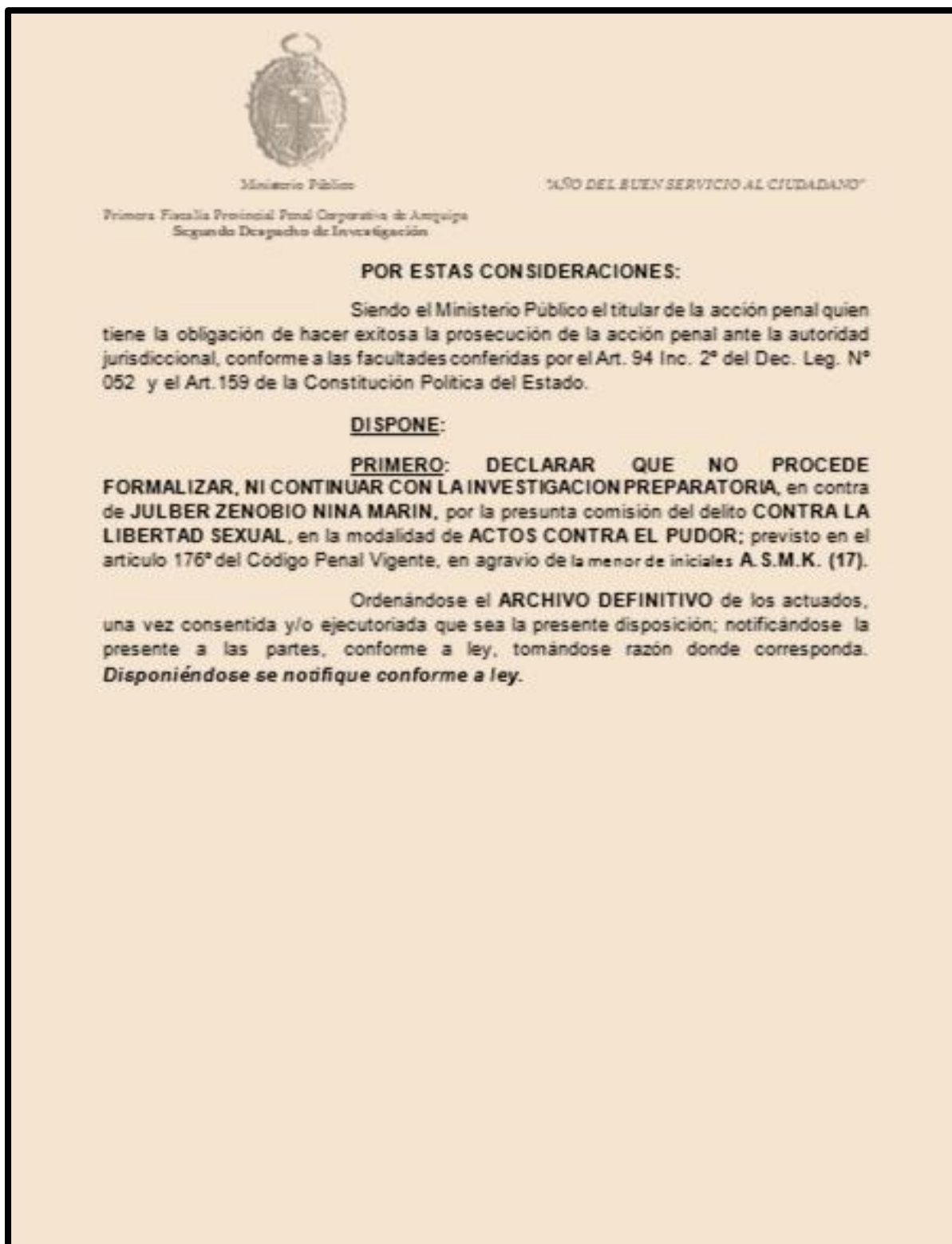
**Fuente:** Carpeta Fiscal N° 123-2017, Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa, 2017



**Fuente:** Carpeta Fiscal N° 123-2017, Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa, 2017



**Fuente:** Carpeta Fiscal N° 123-2017, Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa, 2017



**Fuente:** Carpeta Fiscal N° 123-2017, Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa, 2017

Lo cual nos permite sostener que los principales perjudicados al exigirse la violencia o grave amenaza para la configuración del tipo penal de Actos contra el Pudor, son los adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad, ya que 8 de los 12 casos archivados presentan como agraviados a personas que se encuentran dentro de dicho rango de edad y que precisamente sus denuncias fueron archivadas por no concurrir ninguno de éstos elementos, siendo una exigencia incoherente con la calidad de la víctima, pues evidentemente un adolescente se encuentra con mecanismos de defensa disminuidos en comparación con un mayor de edad.

### **3.1. Un delito de considerable incidencia que demanda una protección especial para los adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 años**

A pesar de archivarse unas investigaciones por la exigencia legal de la violencia o grave amenaza en los Actos contra el Pudor; sin embargo, una cantidad considerable de casos han conseguido sentencias condenatorias, como se observa a continuación con el número de la población reclusa por dicho delito en los penales de Arequipa (entiéndase como tal a la población encarcelada en el Penal de Varones y Mujeres de Socabaya, así como el Penal de Camaná):

- Población reclusa en los Establecimientos Penitenciarios de Arequipa, en el año 2017:

Tipo de Delito	2017 1/											
	Ene.	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic
<b>Total</b>	<b>2 473</b>	<b>2 480</b>	<b>2 519</b>	<b>2 530</b>	<b>2 546</b>	<b>2 586</b>	<b>2 598</b>	<b>2 621</b>	<b>2 596</b>	<b>2 636</b>	<b>2 663</b>	<b>2 649</b>
Robo agravado	642	644	649	660	667	673	677	684	684	685	680	683
Tráfico ilícito de drogas	146	144	143	156	158	164	173	179	182	185	190	195
Violación sexual de menor de edad	223	226	229	232	238	238	238	236	238	239	237	243
Violación sexual	323	320	318	320	322	321	317	318	318	317	317	308
Tráfico ilícito de drogas-Formas agravadas	60	59	56	52	49	49	50	49	49	50	49	47
Hurto agravado	167	164	162	162	166	168	168	165	164	171	179	183
Homicidio calificado - Asesinato	64	63	64	63	62	64	65	64	65	65	66	66
Promoción o favorecimiento al TID	25	25	27	26	27	25	24	23	26	26	26	26
Tenencia ilegal de armas	33	35	32	30	36	29	26	26	25	24	27	27
Robo agravado - Grato tentativa	61	64	64	67	64	63	35	58	38	56	56	56
Homicidio simple	53	54	83	54	53	54	54	55	54	54	58	57
Microcomercialización o microproducción	67	68	72	67	65	65	65	63	62	60	61	61
Actos contra el pudor	82	91	83	93	86	89	90	82	95	87	95	82
Incumplimiento de la obligación alimentaria	89	87	90	93	99	106	114	108	99	102	103	103
Extorsión	11	13	13	14	14	14	14	14	14	13	12	12
Actos contra el pudor en menores de 14 años	53	45	56	47	46	51	48	55	40	39	43	46
Secuestro	13	13	12	13	13	14	17	17	15	15	15	15
Lesiones graves	15	15	14	15	16	18	20	20	20	20	20	18
Hurto agravado - Grato tentativa	31	30	29	29	31	30	35	34	38	41	41	41
Otros delitos	315	320	323	337	334	351	368	371	370	387	388	380

1/ Información disponible al mes de Diciembre 2017

FUENTE: Instituto Nacional Penitenciario - Oficina de Planificación - Oficina de Informática

Fuente: INPE, Oficina de Informática, 2017.

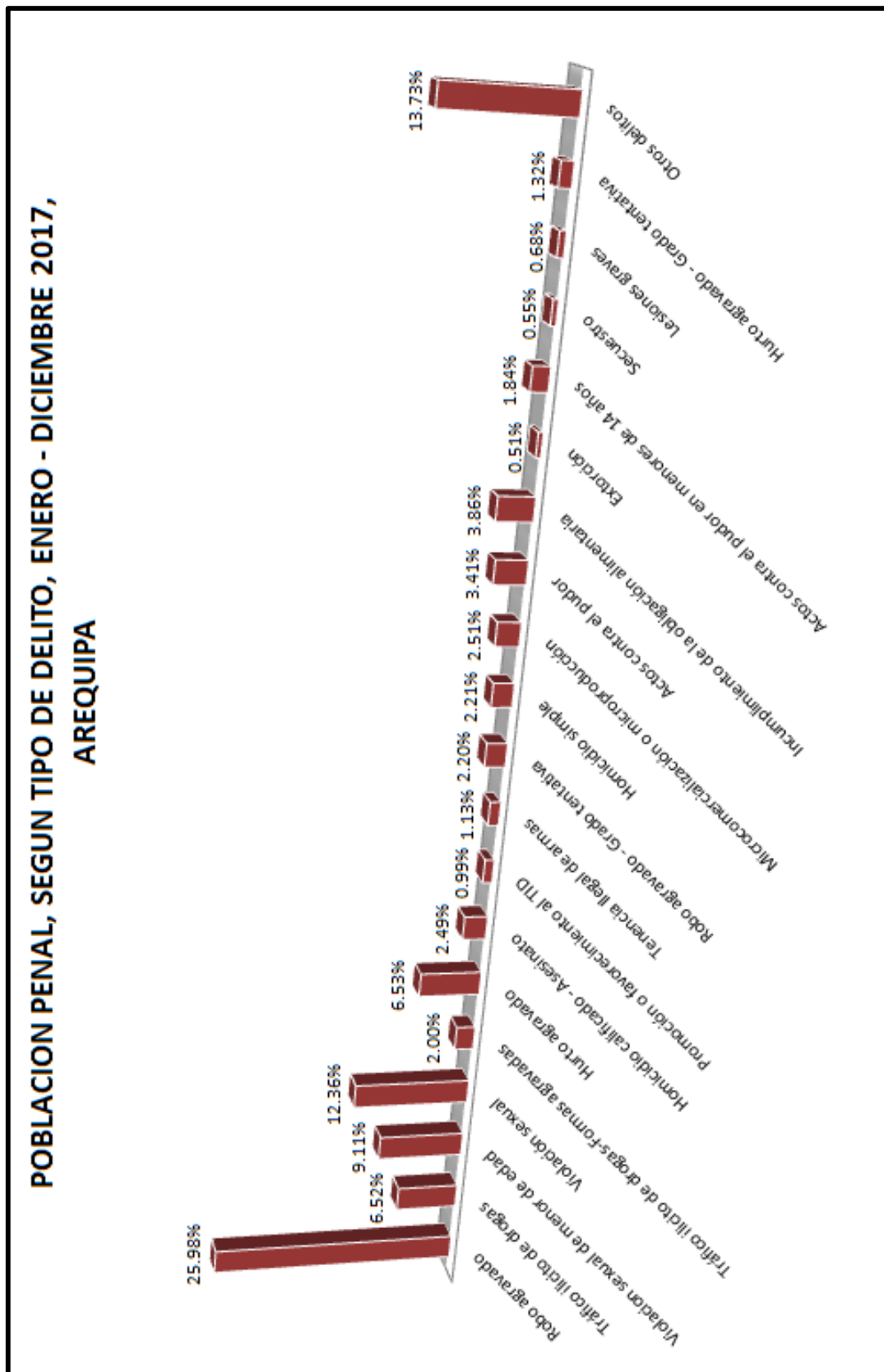
- Población reclusa en los Establecimientos Penitenciarios de Arequipa, hasta el mes de Mayo del 2018:

Tipo de Delito	2018 1/				
	Ene.	Feb	Mar	Abr	May
<b>Total</b>	<b>2 650</b>	<b>2 663</b>	<b>2 687</b>	<b>2 690</b>	<b>2 694</b>
Robo agravado	681	688	701	696	691
Tráfico ilícito de drogas	195	190	189	192	196
Violación sexual de menor de edad	241	244	251	257	260
Violación sexual	307	313	314	319	316
Tráfico ilícito de drogas-Formas agravadas	47	47	44	43	46
Hurto agravado	181	182	180	178	174
Homicidio calificado - Asesinato	67	69	71	73	72
Promoción o favorecimiento al TID	26	25	25	25	26
Tenencia ilegal de armas	24	27	28	30	29
Robo agravado grado tentativa	41	63	61	62	62
Homicidio simple	59	59	60	60	61
Microcomercialización o microproducción	62	62	60	60	59
<b>Actos contra el pudor</b>	<b>83</b>	<b>76</b>	<b>87</b>	<b>73</b>	<b>85</b>
Incumplimiento de la obligación alimentaria	102	106	101	99	95
Extorsión	14	13	13	13	13
Actos contra el pudor en menores de 14 años	46	44	48	57	52
Secuestro	15	14	14	15	14
Lesiones graves	15	18	16	15	19
Hurto agravado - Grado tentativa	61	41	38	34	34
Otros delitos	383	382	386	389	390

1/ Información disponible al mes de Mayo 2018 1/  
FUENTE: Instituto Nacional Penitenciario - Oficina de Planificación - Oficina de Informática

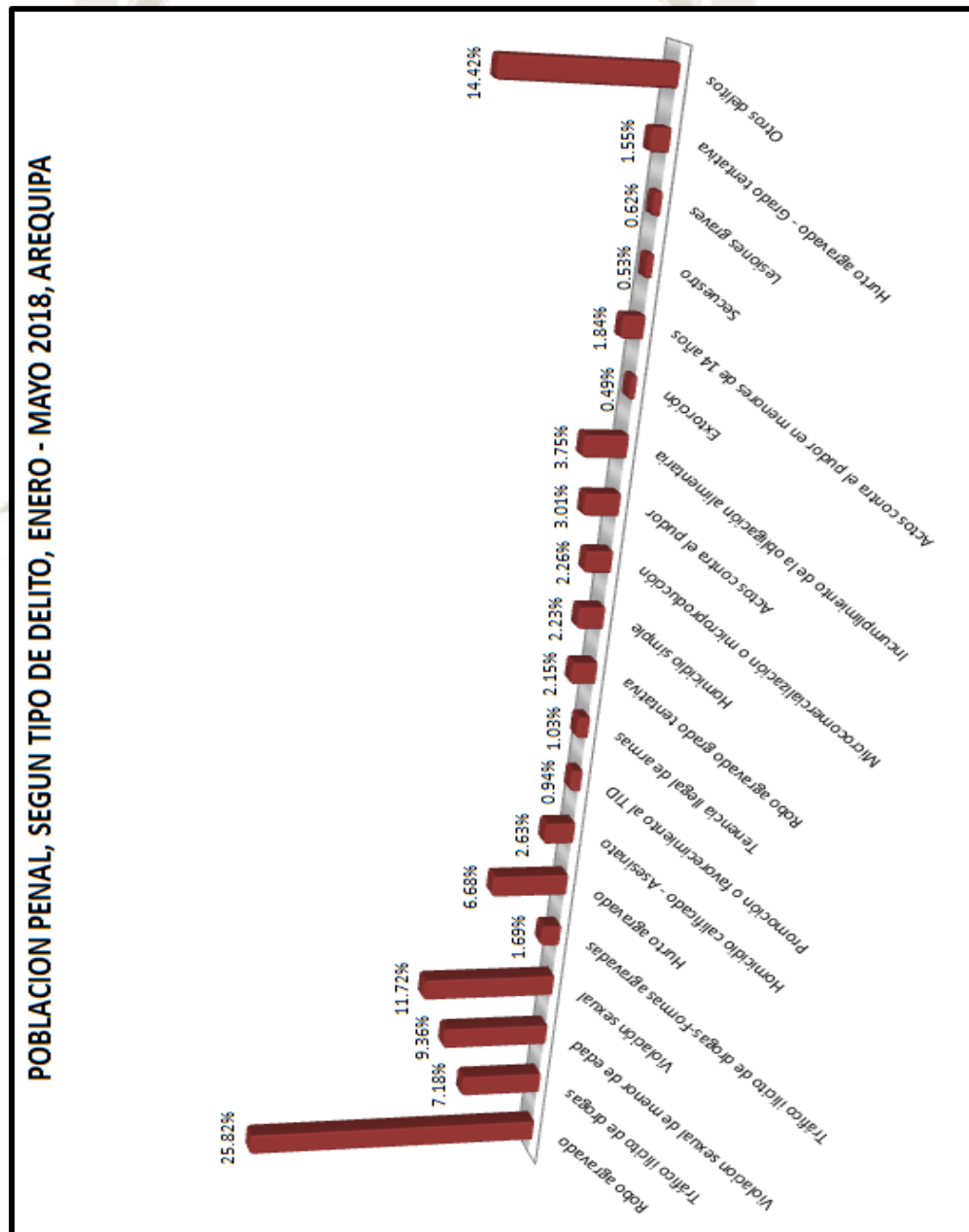
Fuente: INPE, Oficina de Informática, 2018.

Teniéndose, de tales estadísticas que en el año 2017 la mayor población reclusa en los penales de Arequipa corresponde al delito de Robo Agravado, en segundo lugar por el delito de Violación Sexual, en tercer lugar por el delito de Violación Sexual a menor de 14 años, en cuarto lugar por el delito de Hurto Agravado, en quinto lugar por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas, en sexto lugar por el delito de Incumplimiento de la Obligación Alimentaria, en séptimo lugar por otros delitos y en octavo lugar por el delito de Actos contra el Pudor (mayor de 14 años), con un total de 1 055 personas reclusas (3.41%), lo que se traduce que en el año 2017 éste mismo número de personas fueron agraviadas con tocamientos o actos libidinosos en su partes íntimas.



Fuente: INPE, Oficina de Informática, 2017.

Para el año 2018, el orden es el mismo excepto que se ubica en el cuarto lugar las personas encarceladas por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas y en el quinto lugar por el delito de Hurto Agravado, es decir hubo un cambio entre ellas, mientras que las demás escalas se mantuvieron con relación al año anterior, por lo tanto los Actos contra el Pudor permanecieron en el Octavo lugar y se registraron hasta mayo del 2018 un total de 404 reclusos (3.01%), que se pondera en 404 personas agraviadas por éste delito.



Fuente: INPE, Oficina de Informática, 2018.

Por lo que, se tiene que los Actos contra el Pudor en el 2017 y hasta el mes de Mayo del presente año se encuentran en el Octavo lugar dentro de los 20 delitos con más personas reclusas en los establecimientos penitenciarios de Arequipa, presentando cifras importantes que sin duda nos permiten concebir que es un delito con una incidencia significativa; sin embargo, en las estadísticas presentadas de los Actos contra el Pudor se encuentran englobadas las personas mayores de 14 años sin diferencia, dado que la norma penal conforme se encuentra redactada no hace distinción y en consecuencia las estadísticas tampoco lo hacen, por lo que en aras de precisar la estadística presentada y así determinar la dimensión de la incidencia del delito de Actos contra el Pudor específicamente en la población mayor de 14 y menor de 18 años de edad, es que se ha practicado una encuesta a 54 fiscales, los cuales conforman las 3 Fiscalías Provinciales Penales Corporativas del Cercado, presentándose los resultados a continuación, realizándose gráficos de barras para una mayor visualización e indicándose que al ser el universo reducido no se aplicó muestra ni muestreo:

**CUADRO N° 01**

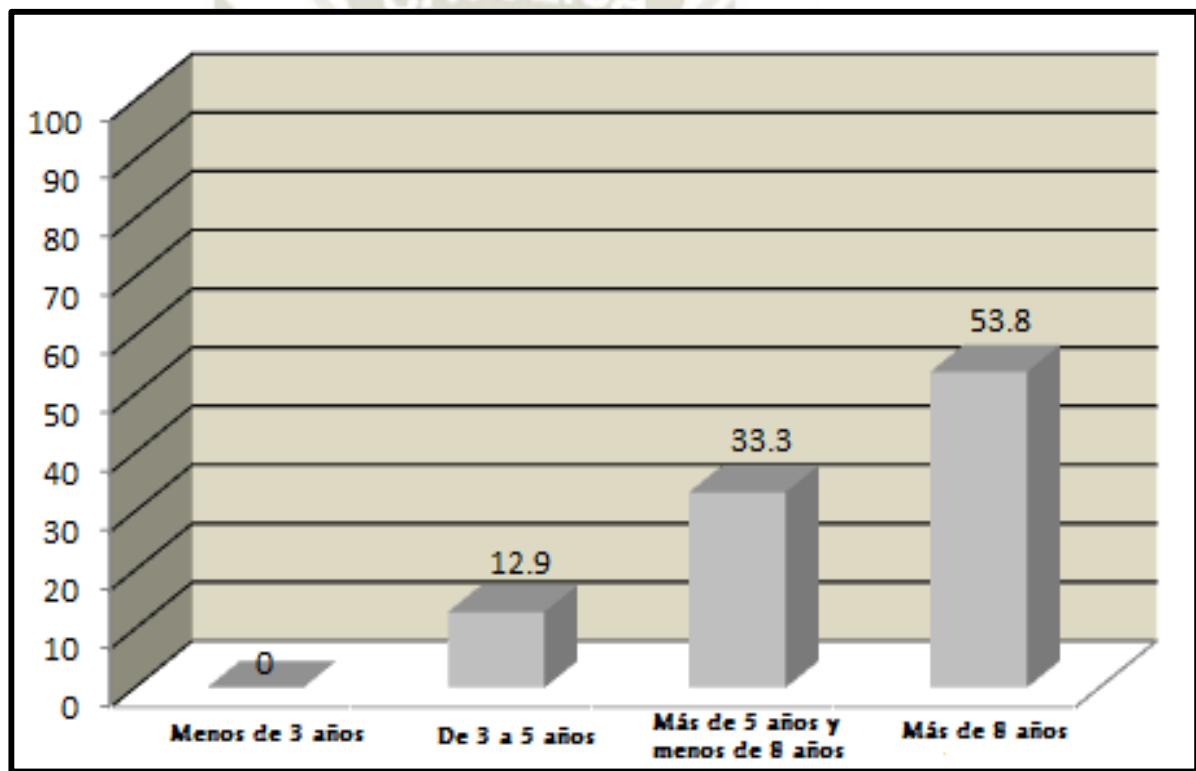
**1. ¿Cuánto tiempo viene ejerciendo el cargo de fiscal penal?**

<b>ALTERNATIVAS</b>	<b>FISCALES</b>	<b>%</b>
a) Menos de 3 años	0	0
b) De 3 años a 5 años	7	12.9
c) Más de 5 años y menos de 8 años	18	33.3
d) Más de 8 años	29	53.8
<b>TOTAL</b>	<b>54</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Ministerio Público de Arequipa

En éste cuadro, podemos observar que la mayoría de los fiscales encuestados, los cuales representan un 53.8%, cuentan con una trayectoria superior a los 8 años, seguidamente un 33.3% ejerce su cargo por más de 5 años pero menos de 8 años, finalmente un 12.9% labora más de 3 años pero menos de 5 años.

Lo cual nos permite deducir que la mayor parte de los fiscales encuestados, cuentan con una vasta experiencia en el ámbito penal, dirigiendo investigaciones por más de 8 años en su cargo al interior del Ministerio Público.



**Fuente:** Ministerio Público de Arequipa

**CUADRO N° 02**

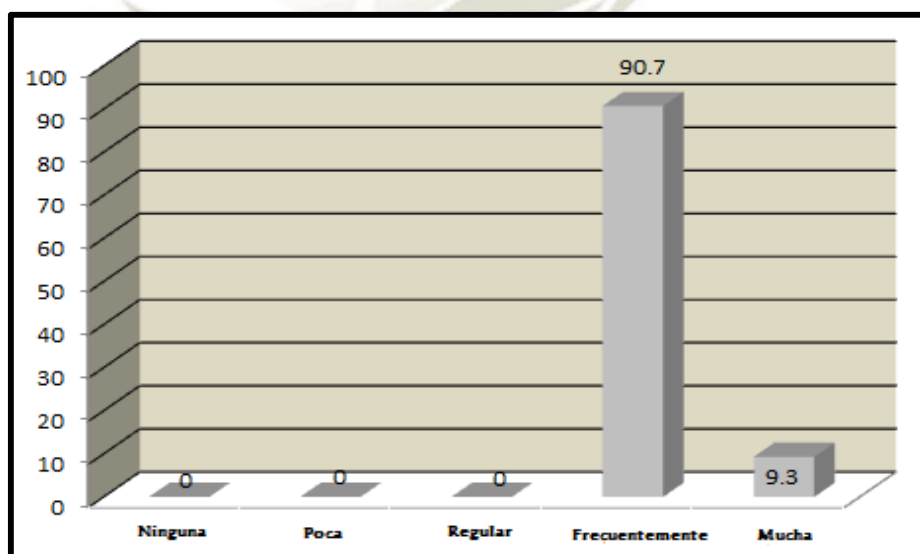
2. En su experiencia, respecto a los Actos contra el Pudor (Art. 176 del Código Penal), ¿Cuál es la frecuencia que tienen las investigaciones por éste delito?

ALTERNATIVAS	FISCALES	%
a) Ninguna	0	0
b) Poca	0	0
c) Regular	0	0
d) Frecuentemente	49	90.7
e) Mucha	5	9.3
<b>TOTAL</b>	<b>54</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Ministerio Público de Arequipa

Un 90.7% de los fiscales expresa que frecuentemente tienen investigaciones por Actos contra el Pudor, mientras que un 9.3% indica que es mucha la frecuencia con la que llevan investigaciones por éste delito.

De éste cuadro es posible deducir que el delito de Actos contra el Pudor es un tipo penal de trascendencia relevante, puesto que frecuentemente se viene perpetrando en nuestra ciudad.



**Fuente:** Ministerio Público de Arequipa

**CUADRO N° 03**

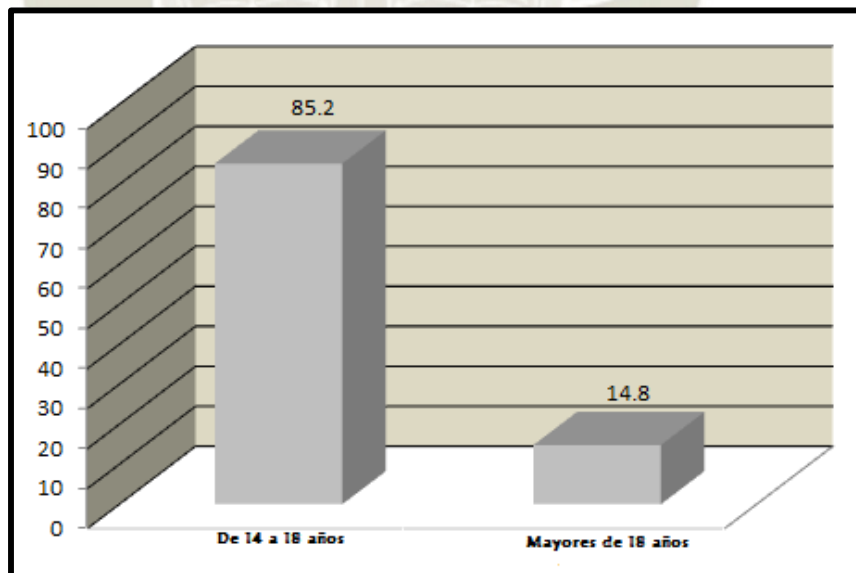
**3. En ésta frecuencia de investigaciones de Actos contra el Pudor ¿Qué grupo principalmente es el agraviado?**

ALTERNATIVAS	FISCALES	%
a) Mayor de 14 a 18 años	46	85.2
b) Mayores de 18 años	8	14.8
<b>TOTAL</b>	<b>54</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Ministerio Público de Arequipa

Un 85.2% de fiscales ha señalado que en las investigaciones de Actos contra el Pudor, las personas mayores de 14 y menores de 18 años es el grupo que principalmente es agraviado por éste delito, mientras que un 14.8% de fiscales ha referido que los principales agraviados son los mayores de 18 años.

Éste cuadro nos posibilita sostener que las personas mayores de 14 y menores de 18 años, son los principales agraviados en el delito de Actos contra el Pudor.



**Fuente:** Ministerio Público de Arequipa

**CUADRO N° 04**

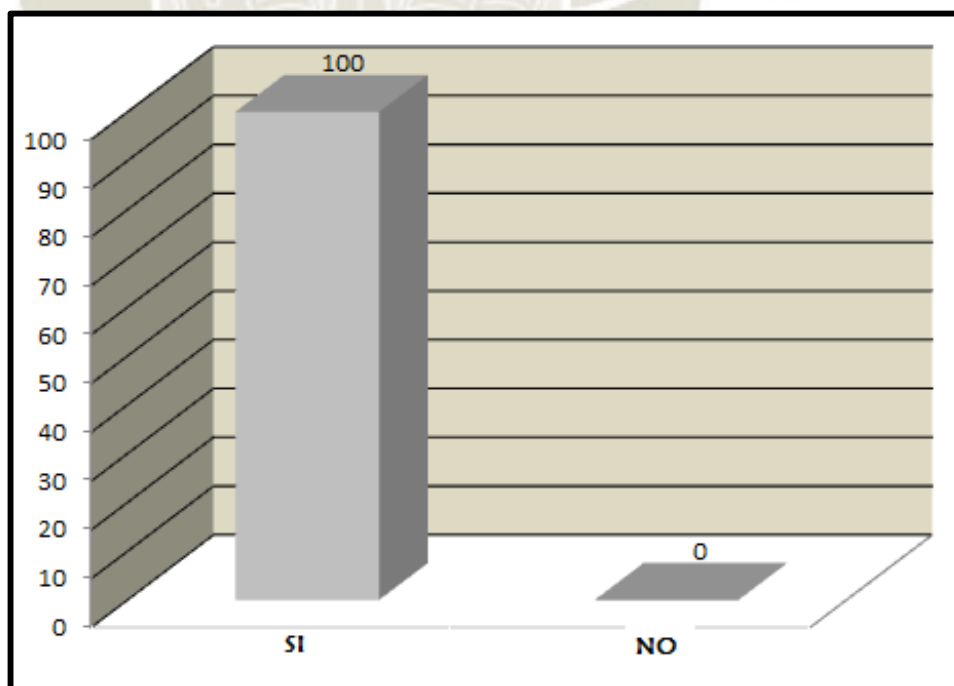
4. Dada la frecuencia del delito de Actos contra el Pudor en personas mayores de 14 y menores de 18 años, ¿Considera que debería incorporarse una agravante que los proteja diferenciadamente?

ALTERNATIVAS	FISCALES	%
a) SI	54	100
b) NO	0	0
<b>TOTAL</b>	<b>54</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Ministerio Público de Arequipa

La totalidad de los fiscales encuestados ha manifestado que debería incorporarse una agravante que proteja diferenciadamente a las personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad.

Lo cual nos permite sostener que es indispensable incluir una agravante en el artículo 176 del Código Penal, encaminada a proteger diferenciadamente a las personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, puesto que las integridades de los fiscales encuestados han manifestado su conformidad con tal postura.



**Fuente:** Ministerio Público de Arequipa

Es así que, dicha encuesta practicada a 54 fiscales del distrito fiscal de Arequipa, de los cuales la mayoría contaba con más de 8 años en la dirección de investigaciones penales, nos ha permitido puntualizar la estadística anteriormente presentada, ya que no sólo ha logrado corroborar que el delito de Actos contra el Pudor, viene siendo perpetrado frecuentemente en nuestra ciudad -tal como se encuentra consignado en las estadísticas del 2017 y hasta Mayo del 2018 al ser el Octavo delito en incidencia criminal-, sino que además dicho instrumento ha permitido evidenciar que en Arequipa del total de las investigaciones penales que éstos fiscales realizaron, el 85.2% corresponde a personas agraviadas mayores de 14 y menores de 18 años, mientras que sólo el 14.8% corresponde a los mayores de 18 años; posibilitándonos así tener una percepción de la real incidencia del delito contenido en el artículo 176 del Código Penal en la población adolescente, que evidentemente representa una cifra considerablemente amplia en comparación a los mayores de edad, siendo los principales agraviados con tal práctica criminal.

Siendo tal, la frecuencia del delito de Actos contra el Pudor, en la población mayor de 14 y menor de 18 años, es que los fiscales encuestados –además- han respondido unánimemente que debe incorporarse una agravante que proteja diferenciadamente a dicho sector de la población en el artículo 176 del Código Penal. Por lo que, se les aplicó una segunda encuesta a los mismos 54 fiscales –orientada a demostrar en el campo práctico, más allá de todos los argumentos teóricos esbozados-, si la población mayor de 14 y menor a 18 años se encuentra adecuadamente protegida en el artículo 176 del Código Penal, y de no ser el caso, advertir la relevancia que tiene el incluir una agravante que subsane tal defecto, mostrándose los resultados a continuación y de igual forma se realizó gráficos de barras para una mayor visualización, así como se indica que al ser el universo reducido no se aplicó muestra ni muestreo:

**CUADRO N° 01**

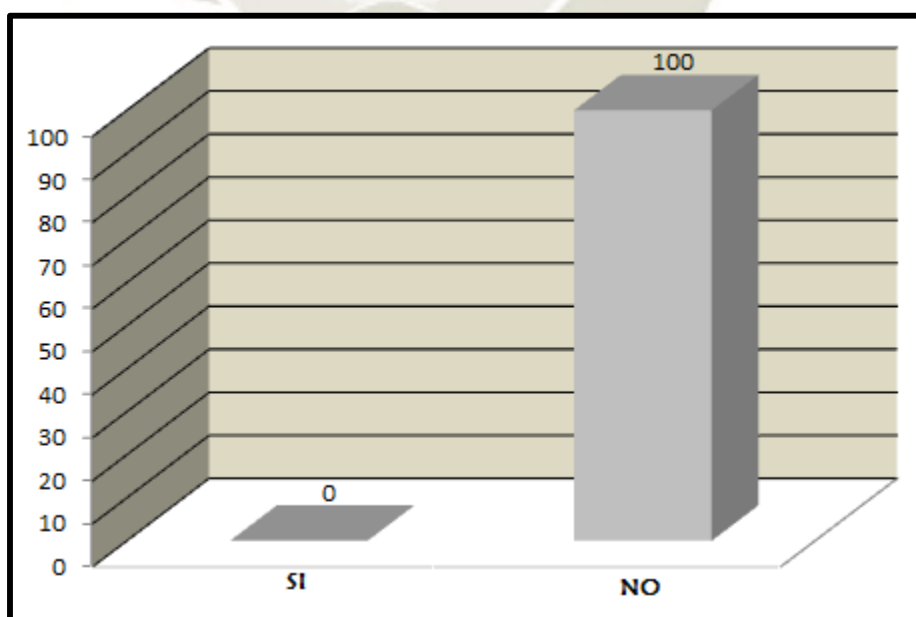
1. ¿Considera que se encuentran adecuadamente protegidas las personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad en el artículo 176 del Código Penal?

ALTERNATIVAS	FISCALES	%
a) Si	0	0
b) No	54	100
<b>TOTAL</b>	<b>54</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Ministerio Público de Arequipa

El 100% de los fiscales encuestados ha referido que las personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad no se encuentran adecuadamente protegidas en el artículo 176 del Código Penal.

De éste cuadro, es posible concluir que la totalidad de los fiscales encuestados sostienen que los adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad, no cuentan con una protección adecuada frente al delito de Actos contra el Pudor, regulado en el artículo 176 del Código Penal.



**Fuente:** Ministerio Público de Arequipa

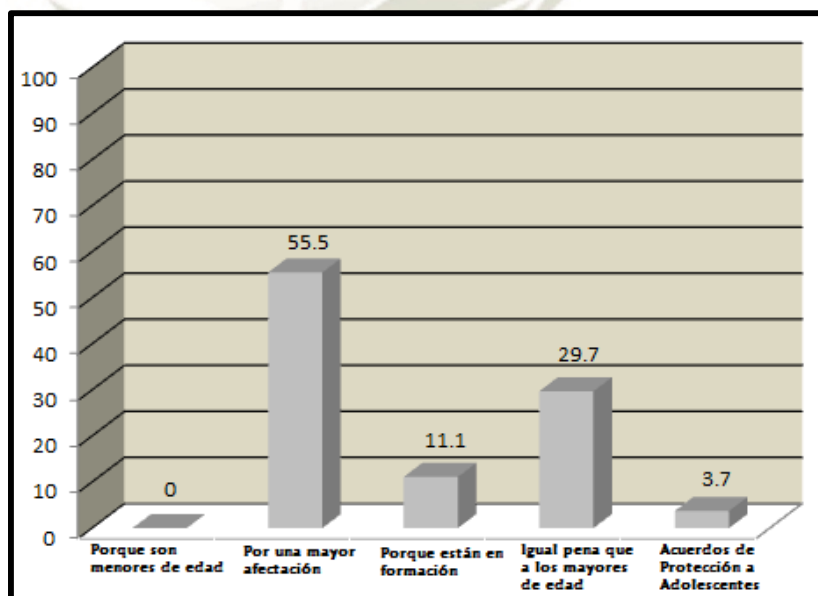
**CUADRO N° 02**

2. Si respondió negativamente la pregunta anterior, indique ¿Por qué cree que no se encuentran adecuadamente protegidos las personas mayores de 14 y menores de 18 años?

ALTERNATIVAS	FISCALES	%
a) Porque son menores de edad	0	0
b) Porque se les produce una mayor afectación por su condición de adolescentes	30	55.5
c) Porque están en formación	6	11.1
d) Porque se les protege con igual pena que a los mayores de edad	16	29.7
e) Porque el Estado ha suscrito Acuerdos para proteger preferentemente a los niños, niñas y adolescentes	2	3.7
<b>TOTAL</b>	<b>54</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Ministerio Público de Arequipa

Un 55.5% de los fiscales ha manifestado que las personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad no se encuentran adecuadamente protegidos porque se les produce una mayor afectación por su condición de adolescentes, seguidamente un 29.7% manifiesta que es debido a que se les protege con igual pena que a los mayores de edad, posteriormente un 11.1% refiere que es porque están en formación y finalmente un 3.7% indica que es porque el Estado ha suscrito Acuerdos para proteger preferentemente a los niños, niñas y adolescentes.



**Fuente:** Ministerio Público de Arequipa

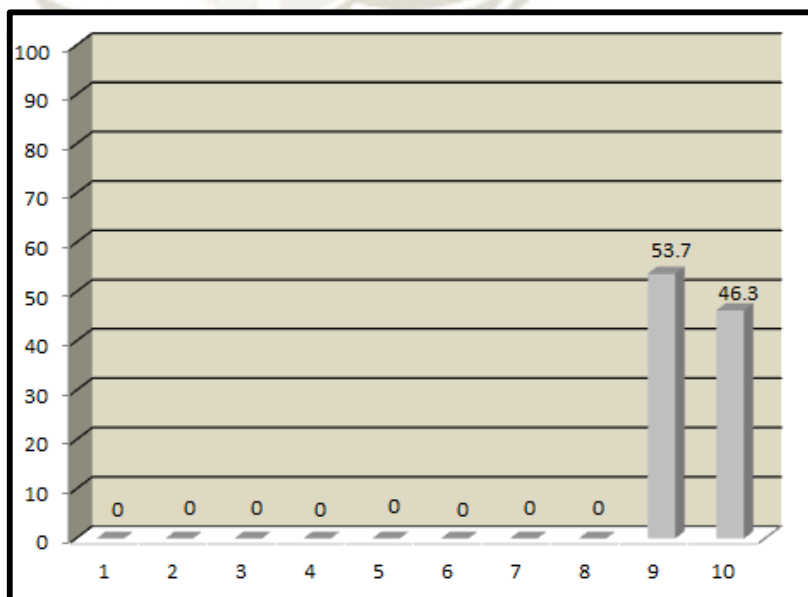
**CUADRO N° 03**

3. En una escala del 1 al 10; donde 1 es “Nada relevante” y 10 es “Completamente relevante”, ¿Cuán relevante es incluir una agravante que proteja a las personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad en el artículo 176 del Código Penal?

ALTERNATIVAS	FISCALES	%
a) 1	0	0
a) 2	0	0
a) 3	0	0
a) 4	0	0
a) 5	0	0
a) 6	0	0
a) 7	0	0
a) 8	0	0
a) 9	29	53.7
a) 10	25	46.3
<b>TOTAL</b>	<b>54</b>	<b>100</b>

Fuente: Ministerio Público de Arequipa

Los fiscales encuestados tuvieron una escala del 1 al 10, donde 1 es “nada relevante” y 10 es “completamente relevante”, referente a incluir una agravante que proteja a las personas mayores de 14 y menores de 18 años; al respecto se tiene que el 53.7% marcó el número 9 y el 46.3% marcó el número 10.



Fuente: Ministerio Público de Arequipa

Teniendo en cuenta los resultados anteriormente expuestos, es que además de haber sido dilucidada favorablemente la consideración de incorporar la agravante que tutele a las personas mayores de 14 a menores de 18 años de manera diferenciada; también estamos en la posibilidad de sostener que nuestra postura ha sido secundada en el campo práctico, ya que los fiscales encuestados han expresado totalitariamente que los adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad, no cuentan con una protección adecuada frente al delito de Actos contra el Pudor regulado en el artículo 176 del Código Penal, siendo la razón principal de ésta ausencia de protección penal diferenciada, el hecho de que cuando dicho sector es agraviado por éste delito, se les está produciendo una mayor afectación por su condición de adolescentes y además se les está tutelando penalmente con un marco punitivo homogéneo al de los mayores de edad, siendo completamente relevante el introducir una agravante que dote de protección penal diferenciada a los adolescentes en la regulación del artículo 176 del Código Penal Peruano.



## CAPÍTULO IV

**LEY 30838 (05/08/2018) MEDIANTE LA CUAL SE MODIFICA EL ARTÍCULO  
176 DEL CÓDIGO PENAL****1. Texto Vigente del Artículo 176 del Código Penal**

Se tiene que, el día 04 de Agosto del 2018 fue publicada en el Diario Oficial “El Peruano” la Ley N° 30838, la misma que introduce una serie de modificatorias al Código Penal y al Código de Ejecución Penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual, entre las cuales se encuentra la modificatoria al artículo 176 del Código Penal Peruano, la que entró en vigencia en el ordenamiento penal desde el día 05 de Agosto del 2018 y se encuentra redactada de la siguiente manera:

***“Artículo 176.- Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento***

*El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170, realiza sobre una persona, sin su libre consentimiento, tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos, en sus partes íntimas o en cualquier parte de su cuerpo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.*

*Si el agente realiza la conducta descrita en el primer párrafo, mediante amenaza, violencia, o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro que impida a la víctima dar su libre consentimiento, o valiéndose de cualquiera de estos medios obliga a la víctima a realizarlos sobre el agente, sobre sí misma o sobre tercero, la pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de nueve años.*

*En cualquiera de los casos previstos en el primer y segundo párrafos, la pena privativa de libertad se incrementa en cinco años en los extremos mínimo y máximo, si la víctima es mayor de catorce y menor de dieciocho años” (1991).*

## **2. Nomen iuris: tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento**

El Nomen Iuris es la denominación otorgada por parte del legislador a una determinada conducta típica, mediante la cual hace alusión al contenido que va a desarrollar en todo el artículo.

Teniéndose que el Nomen Iuris vigente del artículo 176 del Código Penal Peruano, no conserva ninguna similitud con el que anteriormente se encontraba establecido, pues primigeniamente era conocido como “Actos contra el Pudor”, sin embargo con la modificatoria del 05 de Agosto del 2018, mediante la Ley N° 30838, su denominación es “Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento”; éste cambio en el Nomen Iuris sin duda representa una verdadera transformación, pues desde la vigencia del Código Penal de 1991 -pese a todas las modificatorias que el artículo 176 ha sufrido- siempre mantuvo su denominación de “Actos contra el Pudor”.

## **3. Análisis de los Aciertos y Desaciertos de la última modificatoria del artículo 176 del Código Penal**

### **3.1. Del Primer Párrafo**

Un primer aspecto muy acertado que resalta de la redacción del primer párrafo, es que el libre consentimiento ahora es el punto central del delito, ya no se exige que el agente activo previamente realice violencia o grave amenaza sobre su víctima para la configuración del tipo base, lo cual guarda relación con lo que sostuvimos en el apartado 3.1.2. de la presente investigación, al sostener que éstos elementos objetivos eran un exceso legal al ubicarlos en el primer párrafo, lo que va a permitir que las investigaciones ya no se archiven por carencia de huellas físicas o una ausencia de afectación psicológica para probar el delito, sino que con ésta redacción se revalora el bien jurídico tutelado como es la Libertad Sexual, importando solamente el quebrantamiento de ella en el acto y no condicionándose su tipificación a la concurrencia de otros elementos.

Ahora bien, se tiene que en el primer párrafo se ha introducido terminología reciente con relación al tipo penal que le precedió, entre las cuales tenemos:

- ✓ **Sin su libre consentimiento:** Como dijimos, un primer elemento novedoso, y creemos que acertado, es el centrar la tipificación del delito en el libre consentimiento de la víctima, ya que se va a penar el hecho cuando exista la carencia del mismo, importando ahora que el agente activo únicamente quebrante la voluntad o el consentimiento de su víctima para su configuración. Al respecto, Peña Cabrera, refiere que *“en el derecho penal se entiende al consentimiento como la capacidad del titular del bien jurídico de exteriorizar la manifestación de su voluntad de forma libre, para involucrarse en un acto del que desea intervenir, a contrario sensu, si se tiene la carencia del mismo el hecho debe ser castigado”* (2002).
- ✓ **Actos de Connotación Sexual:** En éste punto creemos que el legislador ha tenido un desacierto, puesto que por querer cubrir todas las formas posibles de configurarse el delito ha incluido ésta conducta, sin embargo ha olvidado que la misma forma parte de los actos libidinosos, ya que de igual manera va a recaer en todo comportamiento morboso con contacto físico realizado por el agente activo con el cuerpo del sujeto pasivo (ya que si no hay contacto y sólo es exhibicionismo formará parte del artículo 183 del Código Penal).
- ✓ **En sus partes íntimas o en cualquier parte de su cuerpo:** El legislador en el primer párrafo consigna que la conducta puede recaer en las partes íntimas del sujeto pasivo o en cualquier parte de su cuerpo; si bien la primera parte no es un término novedoso, cabe detenerse en recalcar lo esbozado en el apartado 2.4 de la presente investigación, al haberse expuesto que el término “partes íntimas” es errado, ya que se puede entender como tal a las piernas, a los glúteos, al pene, a la vagina, a los senos pero también podrían ser los pectorales, la oreja, la boca, etc., pues todas ellas pertenecen a la esfera más íntima del sujeto pasivo; hubiera sido correcto que el legislador en ésta modificatoria sustituya “partes íntimas” por “zonas erógenas”, a fin de delimitar correctamente el ámbito de

protección de la norma. Pues bien, la segunda parte que engloba el término “o en cualquier parte de su cuerpo” es aún merecedora de una crítica más severa, ya que si el espíritu de la norma gira entorno a la ausencia del consentimiento de la víctima, es decir se ha eliminado cualquier otro elemento previo para su consumación, y por ende todo acto deliberado del agente por sí mismo sin asentimiento de la otra persona ya es constitutivo del tipo penal, sería correcto eliminar éste término pues no toda conducta de contacto intencional deberá ser sancionada penalmente, por ejemplo, dos compañeros universitarios que estudian en la misma aula, salen de haber dado satisfactoriamente un examen, por la euforia del momento el varón abraza a su compañera por la cintura y la carga, ésta avergonzada por las circunstancias le increpa por su actuar; del ejemplo propuesto creemos que de ninguna manera se configura el delito en análisis, sin embargo el legislador con éste término ha dejado abierta la posibilidad de que muchas conductas como la expuesta sean meritorias de una investigación penal.

### 3.2. Del Segundo Párrafo

Un aspecto a favor es haber trasladado del tipo base a las formas agravadas, aquellas exigencias legales previas que requería el antiguo tipo penal, es así que en éste segundo párrafo se ha previsto todas aquellas circunstancias que le dan gravedad al delito, sea por realizarse previamente sobre el sujeto pasivo alguna afectación física o psicológica, o por aprovecharse de un entorno de coacción o por cualquier otro entorno que prive a la víctima de poder otorgar su consentimiento. Finalmente se ha adicionado una modalidad al tipo penal, ya que la obligación no sólo va a recaer en efectuarlos sobre sí misma o sobre tercero, sino que ahora se prevé cuando el agente activo obliga a su víctima a efectuar los tocamientos o actos libidinosos sobre él.

- ✓ **Amenaza:** Si bien ésta no representa un término nuevo para los antecedentes legislativos del tipo penal, sí es una invención legislativa el requerirse ahora como elemento objetivo la concurrencia meramente de la “amenaza” y no de la “grave amenaza”, como se exigía desde el texto

original del Código Penal vigente; lo cual estimamos que es un desacierto del legislador, puesto que en la exposición de motivos de la Ley N° 30838 no se expone lo que debe entenderse por una amenaza y por ende creemos que por sí sola es incorrecta, ya que conforme ha sido desarrollado en el literal b) del apartado 2.8.1. de la presente investigación, la amenaza tiene que ser grave ya que debe producir pánico, temor y miedo en la víctima, representándole así un mal grave del cual no tiene posibilidad de adoptar una decisión distinta y por ende ésta va a optar por elegir el mal menor, que es ceder a los tocamientos o actos libidinosos de su agresor, es decir siempre la grave amenaza tiene que representarle un mal mayor al tocamiento o acto libidinoso, por ende una mera amenaza no sería suficientemente intensa para representar dicho mal porque no sería mayor al acto delictuoso. Aunado a ello, Noguera Ramos siguiendo con ésta línea, ha dejado sentado que la amenaza debe ser grave, ya que *“no debe causar burla, sino todo lo contrario miedo, terror o pánico. No sería una amenaza grave al decirle a la víctima que se deje tocar, porque si no lo hace, no la invitará a su fiesta de cumpleaños”* (2011).

- ✓ **Aprovechándose de un entorno de coacción:** Ésta circunstancia es un desacierto por parte del legislador, no por la finalidad de la misma que está orientada a sancionar todas aquellas situaciones de prevalimiento, sino por la forma cómo ha sido redactada la agravante ya que es muy genérica, pues engloba a toda circunstancia de coacción sin especificar el rango de protección de la norma.
- ✓ **O de cualquier otro que impida a la víctima dar su libre consentimiento:** De igual forma ésta agravante es un desacierto por parte del legislador, ya que también presenta un redacción genérica y no específica que situaciones pretende tutelar con ésta circunstancia agravante; pese a ello, creemos que el legislador quiso hacer referencia a los casos previstos en el artículo 171 y 172 del Código Penal, referentes a la imposibilidad e incapacidad de resistencia de la víctima, sin embargo ello es una simple interpretación nuestra, ya que por sí sola carece de consistencia. Aunado a ello, un error adicional es haberla introducido en el

segundo párrafo, ya que en éste se prevé la violencia, la amenaza o el entorno de coacción, es decir se sancionan a todas aquellas conductas que conllevan a un amedrentamiento por parte del agente activo con la finalidad de obligar a ceder a su víctima; sin embargo, ante un entorno en el que el sujeto pasivo ya esté por sí solo impedido de expresar su libre consentimiento, de ninguna manera el agente activo realizará un amedrentamiento que obligue a ceder a su víctima.

- ✓ **Sobre el agente:** Consideramos que el haber introducido ésta agravante es un acierto, ya que se cubre una modalidad comisiva del tipo penal que no había sido prevista anteriormente, ya que únicamente se sancionaba cuando el agente activo realizaba tocamientos o actos libidinosos sobre su víctima o cuando obligaba a ésta a efectuarlos sobre un tercero; sin embargo, con la modificatoria también se está penalizando cuando se obligue al sujeto pasivo a efectuar cualquiera de tales conductas sobre el cuerpo de su agresor.

### 3.3. Del Tercer Párrafo:

Finalmente, tenemos que con la última modificatoria del artículo 176 del Código Penal, vigente desde el 05 de Agosto del 2018, se ha introducido la agravante que prevé proteger diferenciadamente a las personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad.

- ✓ **Si la víctima es mayor de 14 y menor de 18 años:** Sin duda consideramos que el haber incorporado ésta agravante en el tipo penal es un acierto por parte del legislador; pero lo que no compartimos, es no haberle previsto un marco punitivo concreto a la agravante, ya que se ha establecido que si la víctima presenta dicha condición se adicionará 5 años al extremo mínimo y máximo de la pena prevista en los párrafos precedentes, lo cual a prima facie no representa un problema considerable, sin embargo más adelante evidenciaremos el grosso error en el que se incurre por dicha técnica legislativa.

#### **4. De las normas que engloban la modificatoria del artículo 176 del Código Penal**

La Ley N° 30838, vigente desde el 05 de Agosto del 2018, no sólo modificó el artículo 176 del Código Penal, sino que incorporó una serie de modificatorias al Código Penal, es así que en éste apartado analizaremos puntualmente las que guardan relación directa con el delito en análisis:

##### **4.1. Artículo 177.- Formas Agravadas**

En el artículo 177 se regulan estipulaciones generales aplicables a los artículos 170, 171, 172, 174, 175, 176 y 176-A, las mismas que fueron analizadas en el apartado 2.13. de la presente investigación. Teniéndose, con la modificatoria efectuada por la Ley N° 30838, vigente desde el 05 de Agosto del 2018, que en éstas se advierten una serie de incongruencias legislativas entre su segundo párrafo y lo previsto en el segundo párrafo del artículo 176 del Código Penal.

Ya que, el segundo párrafo del artículo 177 del Código Penal establece que se incrementará en cinco años en sus extremos mínimo y máximo la pena prevista en los artículos 171, 172, 174, 176 y 176-A si concurre en el hecho, cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el segundo párrafo del artículo 170 del mismo cuerpo legal.

Por lo que, del análisis y comparación de ambos tipos penales, se observa que repetidamente se prevé agravantes referidas a un entorno de coacción en ellos, ya que mientras que en el artículo 176 del Código Penal se hace referencia expresamente de que el agente deba aprovecharse *de un entorno de coacción*, en el segundo párrafo del artículo 177, con la remisión interna al artículo 170, taxativamente se ha previsto las agravantes contenidas en los incisos 2, 3, 4, 5 y 6 cuyo fundamento de agravación precisamente es el entorno de coacción. Sumado a ello, se tiene que se agrava tal incongruencia al haberse consignado en el artículo 176 (que tiene un carácter regulador específico), una agravante de naturaleza tan genérica o imprecisa, que no determina el rango de protección de la norma, como es el *entorno de coacción*; mientras que en el artículo 177 (que contiene estipulaciones generales), se ha estipulado agravantes de naturaleza muy específica o concreta,

con la remisión al segundo párrafo del artículo 170 del Código Penal; lo cual, conlleva a un problema en la aplicación práctica de la agravante *entorno de coacción* del artículo 176, ya que si bien para ésta se ha previsto en el segundo párrafo un marco punitivo concreto, no menor de seis ni mayor a nueve años, se tiene que cuando se presente el entorno de coacción en el hecho, en ninguno de los casos se va a aplicar éste marco punitivo, puesto que siempre será concordado con el segundo párrafo del artículo 177, ya que –consideramos- que en los incisos 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 170, se cubren cabalmente todas las formas diversas en las que se puede presentar un entorno de coacción, es decir, en todos los casos nunca el marco punitivo va a ser no menor de seis ni mayor a nueve años, sino que se aplicará el previsto en el segundo párrafo del artículo 177, el mismo que establece que se incrementará 5 años en su extremo mínimo y máximo, por lo tanto el marco punitivo concreto para el entorno de coacción es de no menor a 11 años ni mayor a 14 años, en consecuencia si el legislador ha querido castigar con ésta pena dichas circunstancias agravantes, debió haberlas introducido en el segundo párrafo del artículo 176 y no haber consignado en éste un marco punitivo que jamás será aplicable; por lo que se propondrá una modificatoria, en tal sentido, del artículo 176 del Código Penal, en la parte final de la presente investigación.

Un escenario similar, se presenta en el caso de la amenaza regulada en el segundo párrafo del artículo 176, ya que se ha previsto para ésta en dicho artículo el mismo marco punitivo de no menor de seis ni mayor a nueve años, sin embargo, el artículo 177 al hacer la remisión a las agravantes del segundo párrafo del artículo 170, se tiene entre ellas el empleo de arma de fuego en el hecho, lo cual constituye una modalidad de amenaza. Al respecto, se podría pensar que el legislador ha previsto una diferencia regulativa entre la amenaza con arma de fuego, cuyo marco punitivo se encuentra previsto en el artículo 177 y las demás formas de amenaza que se subsumirían en el segundo párrafo del artículo 176, donde el primer supuesto tiene pena más grave que el segundo; sin embargo, dados los antecedentes legislativos de la agravante en el artículo 176 del Código Penal, se tiene que nunca se ha realizado una diferencia en la penalización entre una modalidad de amenaza con las demás y creemos que tampoco debería realizarse, ya que la finalidad de la amenaza es una, enervar la capacidad de defensa de la víctima, sin importan el medio utilizado, sea

de palabra o con la utilización de un arma de fuego, ya que se va a lograr el mismo resultado en ella.

Finalmente, otra apreciación referente al artículo 177 es que en su segundo párrafo al hacer la remisión a las agravantes del segundo párrafo del 170, tenemos que se prevé en el inciso 11 que se agravará el hecho cuando *la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años*, mientras que en el tercer párrafo del artículo 176 igualmente se ha regulado la referida agravante; sin embargo ésta redundancia legislativa va a ser resuelta por el Principio de Especialidad de Normas, que establece que la “*legis specialis derogat generalis*”, y que va a ser de correcta aplicación, en el caso en concreto, ya que ambas normas son de igual naturaleza y guardan un mismo sentido, en consecuencia al presentarse un hecho en el que la víctima se encuentre dentro de citado rango de edad, se aplicará lo previsto en el artículo 176 por tener un carácter regulador específico del delito, en comparación del artículo 177 que contiene estipulaciones generales.

Sin perjuicio de ello, ya que si bien se ha dilucidado tal consideración, advertimos que subyace un *grosso error* en la técnica legislativa empleada en dicha agravante, ya que en el tercer párrafo del artículo 176 no se ha previsto un marco punitivo concreto para sancionar a los tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento cuando la víctima es mayor a 14 y menor de 18 años de edad, sino que únicamente se ha establecido que se incrementará 5 años en el extremo mínimo y máximo a las penas establecidas en los párrafos previos. ¿Entonces qué ocurriría cuando una persona realiza tocamientos sobre una adolescente de 16 años de edad y además, sabía que, estaba en estado de gestación? En éste caso, al subsumirse el caso propuesto en el primer párrafo del artículo 176 (por la conducta realizada), concordado con el tercer párrafo de dicho artículo (por la calidad de la agraviada), y a su vez concordado con el segundo párrafo del artículo 177 (por encontrarse en estado de gravidez), se tiene que nos topamos con una dificultad mayúscula por la mala técnica legislativa empleada, en cuanto, en cada uno de los dos preceptos legales -esto es, en el tercer párrafo del 176 y segundo párrafo del 177- se ha establecido incrementar en 5 años la pena prevista en su extremo mínimo y máximo. Teniéndose, que para ello contamos con dos

alternativas, la primera es realizar una interpretación progresiva y la segunda es realizar una interpretación restrictiva entre ambas normas, a fin de establecer el marco punitivo aplicable al supuesto planteado.

Si realizamos una interpretación progresiva, lo que procedería efectuar es aplicar la pena prevista en el tipo base del artículo 176 (ya que no concurre ninguna circunstancia del segundo párrafo en el supuesto planteado), el cual es de no menor de tres ni mayor de seis años, seguidamente realizar una primera adición de 5 años en su extremo mínimo y máximo por la calidad de la víctima (tercer párrafo del 176), obteniendo un marco punitivo no menor de ocho ni mayor de once años, luego realizarle una segunda adición debido a la concordancia con el segundo párrafo del artículo 177, que prevé la agravante cuando la víctima está en estado de gestación, obteniendo finalmente un marco punitivo no menor de 13 ni mayor a 16 años.

Si efectuamos una interpretación restrictiva, lo que vamos a realizar, primero, es aplicar la pena prevista en el tipo base del artículo 176 (ya que no concurre ninguna circunstancia agravante del segundo párrafo), la cual es no menor de tres ni mayor de seis años, segundo, adicionar a éste marco punitivo 5 años tanto a su extremo mínimo como máximo, por la calidad de la víctima (tercer párrafo del 176), obteniendo un marco punitivo no menor de ocho ni mayor de once años y ése sería nuestro marco punitivo final, aun cuando nos falte subsumir el supuesto planteado en el segundo párrafo del artículo 177 (por el estado de gravidez de la agraviada), debido a que en éste último precepto legal se dispone igualmente incrementar 5 años en el extremo mínimo y máximo de la pena prevista en el tipo penal, por ende al haberse procedido con la primera adición de 5 años correspondiente al tercer párrafo del 176, ya no contamos con extremo mínimo, pues el marco punitivo de no menor de tres ni mayor de seis años ha sido reemplazado por uno ya incrementado que es no menor de ocho ni mayor de once años. En tal situación, la agravante referente a la gravidez quedaría flotante y no podría ser subsumida al caso planteado por un defecto en la técnica legislativa al prever la adición de pena de 5 años en los extremos mínimo y máximo.

Por lo tanto, en ambas alternativas se advierten inconvenientes legislativos, que no pueden ser salvados con ningún método legal.

Y es que, el problema radica en que cada agravante se debe reflejar en un incremento de pena, es decir, cada una tiene su valoración dentro de un tipo penal, o sea que todo lo contenido en el artículo 176 y 177 debe contar con un marco punitivo concreto, a excepción que sea por justificada razón y en normas complementarias, es decir en las que se deba establecer necesariamente un marco punitivo flotante que prevea adicionar penas, al englobar artículos cuyos marcos punitivos sean totalmente diferentes; por ello cuando el agente realice tocamientos, actos de connotación sexual, actos libidinosos sin consentimiento debe tener una pena concreta, el realizar ésta conducta empleando violencia o amenaza debe contar con otra pena concreta, el efectuar el tipo base sobre una persona mayor de 14 y menor de 18 años otra pena concreta y al realizar la conducta del segundo párrafo sobre éste sector de la población debe contar con otra pena concreta, no se puede comenzar adicionando penas en una agravante del tipo penal específico, sabiendo que está sujeto a un artículo complementario en cuyo segundo párrafo también se adicionan penas, ello –a nuestro parecer- es una mala técnica legislativa y por ello propondremos una modificatoria más adelante de la presente investigación.

#### **4.2. Artículo 88-A.- Imprescriptibilidad de la pena y de la acción penal**

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 30838, desde el 05 de Agosto del 2018 se ha incorporado en nuestro ordenamiento penal el artículo 88-A, el cual establece:

*“Artículo 88-A.- La pena y la acción penal son imprescriptibles en los delitos previstos en los artículos 153, 153-A, 153-B y 153-C y en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal”*  
(1991).

Es decir, se ha previsto la imprescriptibilidad para la trata de personas, la explotación sexual, la esclavitud y otras explotaciones, los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, el proxenetismo y las ofensas al pudor público.

En consecuencia, los tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento, desde el día 05 de Agosto del presente año son imprescriptibles; precepto legal con el cual no estamos de acuerdo, ya que a todas luces ésta disposición legal conforme se encuentra redactada, ha emanado de una fuente populista sancionadora, que ha rebasado los parámetros dentro de los cuales se había previsto la imprescriptibilidad para ciertos delitos, que por su gravedad era justificada, como son los de lesa humanidad y corrupción. Por ello, aplicar la imprescriptibilidad a raja tabla para los delitos establecidos en el artículo 88-A, entre los cuales se encuentran los tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento, es un exceso; con ello, no pretendemos desconocer o peor aún argumentar que los delitos consignados en el artículo 88-A no revisten gravedad, al contrario reconocemos la trascendencia de éstos delitos (aunque no con la misma magnitud que tienen los de lesa humanidad y corrupción), por ello creemos que la disposición contenida en el artículo 88-A debe ser matizada, a fin que se guarde una relación entre los delitos de lesa humanidad y corrupción con la imprescriptibilidad y los delitos del artículo 88-A con ésta misma figura; postura por la que vamos a emitir una propuesta de modificatoria, la cual va a ser explicada y argumentada más adelante de la presente investigación.

#### **4.3. Artículo 5.- Improcedencia de la Terminación Anticipada y Conclusión Anticipada**

Otra modificatoria de la Ley N° 30838, que guarda relación con el artículo 176 del Código Penal, la encontramos en el artículo 5 de ésta Ley, la misma que establece:

*“Artículo 5. No procede la terminación anticipada ni la conclusión anticipada en los procesos por cualquiera de los delitos previstos en los Capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal” (1991).*

Es así que, las personas que sean procesadas a partir del 05 de Agosto del 2018, por los delitos contra la libertad e indemnidad sexual –entre los cuales se encuentra el artículo 176 del Código Penal-, así como por los delitos de proxenetismo y las

ofensas al pudor público, no podrán acogerse a ninguno de éstos dos procesos penales especiales, lo cual consideramos que es incorrecto, por lo que se planteará una propuesta modificatoria de éste artículo en la parte final de la presente investigación.



## CONCLUSIONES

- PRIMERA:** En nuestro país, se ha definido legalmente que la Libertad Sexual es el bien jurídico protegido para las personas mayores de 14 años de edad.
- SEGUNDA:** El delito de Actos contra el Pudor, regulado en el artículo 176 del Código Penal, protegía de igual manera a los adolescentes mayores de 14 pero menores de 18 años de edad y exigía como elementos objetivos del tipo base la concurrencia de violencia o grave amenaza.
- TERCERA:** Los adolescentes mayores de 14 pero menores de 18 años de edad, víctimas del delito de Actos contra el Pudor, no contaban con una Protección Penal diferenciada en comparación con los adultos que eran víctimas de dicho delito, pese a que el Estado Peruano el 04 de Agosto de 1990, mediante el Decreto Ley N° 25278, ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual lo obligaba a brindar una mayor y preferente protección en favor de la población mayor de 14 años y menor de 18 años de edad con relación de las personas adultas. Aunado a dicha razón legal, éste sector de la población demandaba una Protección Penal diferenciada, debido a que cuenta con diferencias particulares que le son inherentes por su edad en el aspecto biológico y psicológico-conductual. Adicionalmente, a lo anteriormente señalado, se tiene que existía impunidad cuando eran agraviados los adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años con tocamientos o actos libidinosos, ya que se exigía la concurrencia de violencia o grave amenaza en el tipo base.

- CUARTA:** De acuerdo a las estadísticas presentadas, se ha logrado demostrar que el delito de Actos contra el Pudor tiene una significativa incidencia en nuestra ciudad, ocupando el Octavo Lugar en todo el 2017 y hasta Mayo del 2018, teniendo en cuenta el número de personas reclusas en los Establecimientos Penitenciarios de Arequipa por dicho delito.
- QUINTA:** De acuerdo a la encuesta practicada a los fiscales de las Fiscalía Provinciales Penales Corporativas del Cercado de nuestra ciudad, se ha llegado a determinar que la población principalmente afectada por el delito de Actos contra el Pudor, es la mayor a los 14 pero menor a los 18 años de edad.
- SEXTA:** Desde el 05 de Agosto del 2018, ha entrado en vigencia la Ley N° 30838, mediante la cual se realiza una serie de modificatorias al Código Penal, dentro de las cuales se modificó el artículo 176 de éste cuerpo legal; sin embargo, se advierte una serie de incorrecciones tanto en dicho artículo, así como en los artículos que guardan una conexidad con éste, los cuales son los artículos 177 y 88-A del Código Penal, así como el artículo 5 de mencionada Ley, por lo que se ha emitido una propuesta legislativa por cada uno de ellos.

## PROPUESTA

**PRIMERA:** Recomendamos que se modifiquen los artículos 176, 177 y 88-A del Código Penal, así como se derogue el artículo 5 de la Ley N° 30838, en el breve plazo posible, en base al Proyecto de Ley que se presenta a continuación:

### PROYECTO DE LEY

#### *Exposición de Motivos*

#### Fundamentos

En nuestro ordenamiento jurídico penal, existen incorrecciones legislativas en el artículo 176, 177 y 88-A del Código penal, así como en el artículo 5 de la Ley N° 30838, de los cuales los tres primeros demandan un modificatoria mientras que el último de ellos requiere ser derogado.

**En cuanto al artículo 176 del Código Penal**, consideramos conveniente suprimir del Nomen Iuris del delito, los *actos de connotación sexual*, ya que consideramos que éstos forman parte de los actos libidinosos, en cuanto, hacen referencia igualmente a todo comportamiento morboso con contacto físico. En el primer párrafo, se debe mantener el tenor del artículo, referente a que el agente no tenga el propósito de tener el acceso carnal regulado en el artículo 170, sin embargo debemos realizar una precisión respecto a la población a la cual se le va a aplicar el tipo base, consignando que aquí se encuentran protegidas las personas mayores de 18 años, además debemos suprimir la palabra *libre* en el consentimiento porque es una redundancia, ya que se entiende que cuando una persona otorga su consentimiento éste únicamente puede ser brindado bajo la libertad y voluntad de la persona. Como se mencionó anteriormente, se ha suprimido los *actos de connotación sexual* ya que consideramos que conforman una de las modalidades de los actos libidinosos. Ahora bien, en el artículo vigente se encuentra establecido que los tocamientos o actos libidinosos deben ser realizados en la víctima *en sus partes íntimas o en cualquier parte de su cuerpo*, sin embargo con ésta propuesta

legislativa ello debe ser cambiado por zonas erógenas, entendida como *“todas las partes del cuerpo humano que son especialmente sensibles a la estimulación erótica y que consiguen activar sexualmente a una persona”* (2016). En la mujer las zonas erógenas son: *“el clítoris y la vagina (como zonas erógenas primarias), mientras que el pubis, las nalgas, los labios mayores y menores, el perineo, el ano y los pezones (como zonas erógenas secundarias)”* (2015). Mientras que, en el hombre las zonas erógenas son: *“El glande y el pene (como zonas erógenas primarias), mientras que el escroto, las nalgas y las tetillas (como zonas erógenas secundarias)”* (2015). Finalmente, se debe mantener el marco punitivo previsto por el legislador.

En el segundo párrafo de dicho artículo, debemos suprimir todas las conductas en las que el agente va a obligar a su víctima y únicamente debe permanecer aquellas circunstancias en las cuales el agente va a colocarla o encontrarla en una situación en la que no pueda expresar su libre consentimiento, aprovechándose el agente de tal contexto. Ya que, no se puede englobar en un mismo párrafo ni castigar con la misma pena, a quien por artificios produce la imposibilidad física de resistencia de su víctima o únicamente se aprovecha del estado psicológico o físico disminuido o anulado de la misma, en comparación de quien va a realizar un mayor despliegue de energía o va a producir una mayor afectación al buen jurídico tutelado, al efectuar previamente las conductas establecidas en el tercer párrafo. Finalmente, debemos mantener la pena prevista para éste párrafo, por ser proporcional con el actuar delictivo regulado.

En el tercer párrafo, debemos consignar las agravantes en las que el agente va a obligar a su víctima a realizar los tocamientos o actos libidinosos sobre el agente, sobre ella misma o sobre el cuerpo de tercero, lo cual conlleva a un mayor despliegue de acciones en el hecho, y también hemos colocado las agravantes que sancionan las conductas particularmente gravosas del agente.

Es así que en el inciso 1, se ha previsto a la violencia o grave amenaza, debiéndose acotar que se ha adicionado la palabra *grave* a la amenaza, ya que ésta tiene que revestir necesariamente dicha característica, pues debe producir pánico, temor y miedo en la víctima, representándole así un mal grave del cual no tiene posibilidad de adoptar una

decisión distinta y por ende ésta va a optar por elegir el mal menor, que es ceder a los tocamientos o actos libidinosos de su agresor, es decir siempre la grave amenaza tiene que representarle un mal mayor al tocamiento o acto libidinoso, por ende una mera amenaza no sería suficientemente intensa para representar dicho mal porque no sería mayor al acto delictuoso.

Mediante el inciso 2, hemos incorporado el engaño como agravante del tipo penal, pues creemos que es necesaria sancionarla, ya que es una modalidad idónea para lesionar la libertad sexual de la víctima, entendido el engaño como *“toda situación que altera o vulnera el libre y normal proceso de formación de la voluntad, mediante medios fraudulentos que logran que la víctima tome parte de un acto con voluntad viciada. Sin embargo, no todo engaño, y mucho menos toda mentira, será el requerido para fundar la intervención del derecho penal, la cual siempre debe estar guiado por el principio de intervención mínima. De éste modo, el engaño requiere ser bastante para que sea tenido en cuenta y valorado por el derecho penal. Los españoles enseñan que el engaño debe poseer una necesaria idoneidad objetiva y el acto debe ser su consecuencia directa”* (2008). Es decir, la conducta engañosa debe revestir apariencia de realidad y seriedad suficiente para defraudar a la persona a la que va dirigido y determinado el tocamiento o acto libidinoso. A modo de ejemplificar lo anteriormente expuesto, la presente agravante se suscitará cuando una persona concurra a descontracturarse a un negocio de masajes, cuya fachada tiene letreros que promocionan solucionar todo tipo de contracción muscular en una sesión, sin embargo, so pretexto de brindar tal servicio, la persona que atiende se vale de ello para practicar tocamientos en las zonas erógenas de todos sus insensatos clientes.

En el inciso 3, hemos incorporado la agravante de realizar el hecho por dos o más personas, ya que se va a producir una mayor potencialidad lesiva para el bien jurídico tutelado cuando el hecho conlleve el ataque de un grupo de personas, pues imposibilita todo mecanismo de defensa que podría oponer el sujeto pasivo.

En el inciso 4, hemos realizado una remisión interna incorporando como agravantes los incisos 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 170, ya que, mediante las conductas descritas en éstos,

el agente activo va a hacer uso de la coacción sobre su víctima, por encontrarse en todos los supuestos referidos en una situación de superioridad, lo cual va a facilitarle la comisión del delito ya que se va a aprovechar de ésta particularidad.

En el inciso 5, hemos incorporado todas aquellas agravantes referentes a la calidad del agente, ya que habrá un mayor quebrantamiento cuando el agente cuente con tales características, pues no sólo afectará la libertad sexual de su víctima, sino que resquebrajan gravemente la confianza otorgada ya sea al Estado o al particular que los contrató.

En el inciso 6, hemos consignado la agravante en la cual el agente va a producir una mayor afectación a su víctima, ya que, pese a tener conocimiento de portar una enfermedad sexual grave va a perpetrar el hecho, colocando en peligro la salud de su víctima.

En el inciso 7, hemos incorporado ésta agravante al tercer párrafo del artículo 176, ya que consumir un hecho delictivo en presencia de un menor de edad evidentemente va a desencadenar una afectación colateral innecesaria que van a repercutir en el normal desarrollo de una niña, niño o adolescente.

En el inciso 8, hemos previsto incorporar como agravante cuando el hecho recaiga en una persona que se encuentre en estado de gestación, por el estado de indefensión que presenta debido a su situación de gravidez.

En el inciso 9, hemos adicionado como agravante del tercer párrafo del 176, cuando el hecho sea cometido en agravio de un adulto mayor, es decir con edad superior a los 65 años, o en agravio de una persona que sufre discapacidad física o sensorial, ya que en ambos casos el sujeto pasivo presenta un estado de indefensión por su condición personal.

En el inciso 10, hemos incorporado una agravante que proteja diferenciadamente a las mujeres por las evidentes condiciones físicas de inferioridad que presentan, pero también para aplacar de nuestra sociedad todo comportamiento misógino hacia ellas.

En el inciso 11, hemos incorporado ésta agravante al artículo 176, ya que el agente deberá ser sancionado con mayor pena, pese a estar bajo los efectos del alcohol o las drogas, siempre y cuando haya tenido como propósito previo a éste estado, cometer el hecho delictuoso.

Finalmente, cabe indicar que la pena prevista para el tercer párrafo, se ha fijado partiendo de la pena establecida en el segundo párrafo vigente del artículo 176, el mismo que establece que será no menor de seis ni mayor de nueve años; sin embargo, como en éstos supuestos el agente realiza un mayor despliegue de acciones en el hecho al obligar a su víctima o su conducta es particularmente gravosa, se ha tomado como referencia la concordancia obligatoria que actualmente se realiza entre el *entorno de coacción* del segundo párrafo del 176 con el segundo párrafo del 177, donde el legislador ha previsto adicionar 5 años al extremo mínimo y máximo de dicho marco punitivo, obteniéndose así la pena prevista para éste párrafo que será no menor de once ni mayor de catorce años.

En el cuarto párrafo, hemos mantenido la regulación efectuada por parte del legislador en favor de las personas mayores de 14 pero menores de 18 años; sin embargo, hemos modificado la pena prevista para su protección, ya que únicamente se estipulaba adicionar 5 años al extremo mínimo y máximo, lo cual es incorrecto, ya que es necesario fijar marcos punitivos concretos, por ende hemos seguido el criterio existente en el artículo, adicionando 5 años a cada uno de los marcos punitivos de los párrafos precedentes, obteniéndose los marcos punitivos concretos presentados, lo cual a prima facie pareciera que no cambia el estado de las cosas, sin embargo mediante ésta corrección, ahora se está reflejando que cada agravante tiene su propia valoración, cada una representa un incremento de pena según su magnitud.

**En cuanto al artículo 177 del Código Penal**, el primer párrafo de éste artículo debe permanecer conforme se encuentra redactado actualmente, ya que cuenta con estipulaciones complementarias en sus 3 incisos, que pueden presentarse accesoriamente en el delito de tocamientos o actos libidinosos sin consentimiento establecido en el artículo 176 de dicho cuerpo legal.

Por su parte, se debe suprimir el artículo 176 del segundo párrafo del artículo 177, en cuanto, anteriormente era necesario consignarlo aquí ya que necesitaba ser complementada su agravante de naturaleza genérica o amplia *entorno de coacción*, por lo previsto en el segundo párrafo del artículo 177 al realizar una remisión interna a las agravantes de naturaleza específica del artículo 170; sin embargo, al haberse consignado en el artículo 176 sus propias agravantes de naturaleza específica, carece de sentido mantenerlo en el segundo párrafo del 177; debiéndose indicar que, los demás artículos establecidos en el segundo párrafo del artículo 177, como son el 171, 172, 174 y 176-A cuentan cada uno con agravantes específicas en sus tipos penales que determinan el rango de protección de cada uno de ellos, por lo tanto la remisión interna a las agravantes del artículo 170 en éstos casos sí cumple un rol complementario, más aún que regulan diferentes situaciones, por lo tanto deben permanecer allí. Asimismo, se ha fijado un marco punitivo concreto en el segundo párrafo del 177, manteniendo el criterio esbozado en su redacción vigente referente a adicionar 5 años a cada extremo cuando concurren las circunstancias consignadas en éste.

Finalmente, en el tercer párrafo de éste artículo no se ha realizado ninguna modificación, pese a que en éste se ha previsto un marco punitivo flotante de incrementar 5 años al extremo mínimo y máximo cuando concurren cualquiera de sus circunstancias agravantes, ya que es un caso excepcional que cuenta con una razón justificada, como es que dicho párrafo no va a contar con ningún problema práctico, ya que su aplicación es de desenlace de todo lo estipulado anteriormente, por ende siempre va a encontrar un extremo mínimo y máximo, pues todo lo que le precede tiene un marco punitivo concreto, los que además presentan penas muy variadas entre sí lo que dificulta establecerle una pena fija a éste párrafo y que precisamente por razones de practicidad es más viable conservarlo conforme se encuentra redactado.

**En cuanto al artículo 88-A del Código Penal**, consideramos que en el Derecho Penal deben existir escalas o matices, no se tiene que ir de un extremo a otro en la regulación de normas penales, por ejemplo, desde el 01 de Agosto del 2018 en Francia se ha dispuesto que, para el delito de violación sexual de menor de edad, la prescripción será de 30 años computados a partir desde el día que la víctima cumpla la mayoría de edad (18 años), es decir, ésta persona podrá denunciar hasta los 48 años.

En tal sentido, se debe modificar el artículo 88-A de nuestro Código Penal, recientemente incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley N° 30838 vigente desde el 05 de agosto del 2018, el mismo que guarda relación con el artículo 176 de éste cuerpo legal, ya que establece que los tocamientos o actos libidinosos sin consentimiento –entre otros delitos- sean imprescriptibles a raja tabla.

Sin embargo, proponemos que únicamente sean imprescriptibles cuando se interrumpa el plazo ordinario de prescripción. Es decir que, para éstos delitos opere la Prescripción Ordinaria y únicamente sea reemplazada la Prescripción Extraordinaria por la Imprescriptibilidad de la pena y acción penal, por las siguientes razones:

La Prescripción Ordinaria: Estaremos frente a éste periodo, cuando, por ejemplo, una persona ha realizado tocamientos en los glúteos de otra sin su consentimiento, el día 10 de junio del 2008, previéndose para éste hecho una pena no menor de 3 ni mayor de 6 años; sin embargo, la persona agraviada recién denunció el hecho el 10 de junio del 2016, es decir 8 años después. Al respecto, en el caso propuesto, opera la Prescripción Ordinaria, por imperio de lo establecido en el artículo 80 del Código Penal; lo cual consideramos que es correcto y por ende debe mantenerse la aplicación de dicha institución jurídica para los tipos penales contenidos en los artículos 153, 153-A, 153-B y 153-C y en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal, en cuanto, la Prescripción Ordinaria cumple una función de control en nuestra propuesta, ya que con ésta evitamos los casos en los que el Derecho Penal pueda ser usado como revancha por parte del denunciante, cuyo único fin es perjudicar al denunciado y por ello refiere falsamente que éste le efectuó tocamientos hace 8 años. Otra consideración con la que cobra fuerza nuestra postura, es que los delitos sexuales – entre los cuales se encuentra el delito de tocamientos o actos libidinosos sin

consentimiento- son delitos clandestinos, es decir, que se tienden a cometer en lugares privados, por lo tanto va a ser inviable el poder probarlos y peor aún será imposible romper el Principio de Presunción de Inocencia con el que goza el denunciado, por lo que procesalmente argumentar que son imprescriptibles a raja tabla es incorrecto. Postura que de ninguna forma alienta a la desprotección de las víctimas de éstos delitos, ya que debemos tener en cuenta que se han endurecido las penas de éstos tipos penales de manera drástica, lo cual brinda un marco temporal adecuado para que la víctima pueda reconocerse como tal y denuncie el hecho.

La Prescripción Extraordinaria: Estaremos frente a éste periodo, cuando por ejemplo, una persona ha realizado tocamientos en los glúteos de otra sin su consentimiento, el día 10 de Junio del 2008, previéndose para éste hecho una pena no menor de 3 ni mayor de 6 años (teniéndose que desde el 10 de Junio del 2018, comienza a correr el Plazo Ordinario de la Prescripción); sin embargo la persona agraviada denuncia el hecho el 10 de Junio del 2010, es decir 2 años después, por lo que se interrumpe tal plazo ordinario, ya que aún el delito no ha prescrito pues está dentro del marco punitivo previsto, y con su denuncia se va a comenzar con las investigaciones fiscales, producto de ellas podemos situarnos en dos escenarios, el primer escenario, se va a dar cuando el caso sea Archivado en sede fiscal, cuyo supuesto no merece mayor análisis, y el segundo escenario, se va a dar cuando en las investigaciones se recaben elementos de convicción periféricos que doten de carácter probatorio la sindicación del denunciante, en cuyo caso se judicializará el caso remitiéndolo al Poder Judicial, donde seguirá su proceso hasta que se declare, por ejemplo, reo contumaz al denunciado pues en ninguna instancia se apersonó a proceso, aquí por imperio del artículo 83 del Código Procesal Penal se iniciaría a computarse el plazo de Prescripción Extraordinario; sin embargo nosotros planteamos que éste sea reemplazado por la Imprescriptibilidad, dada la gravedad de los tipos penales contenidos en los artículos 153, 153-A, 153-B y 153-C y en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal, lo cual es factible ya que la declaratoria de Imprescriptibilidad en éstos casos va a ser viable, pues se cuenta con un respaldo probatorio que va a permitir, una vez capturado el denunciado, que éste sea sentenciado por el delito que se le imputa.

Por las razones antes expuestas, consideramos que debe matizarse la Imprescriptibilidad prevista en el artículo 88-A para los delitos contenidos en los artículos 153, 153-A, 153-B y 153-C y en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal, ya que a contrario sensu tal disposición normativa actualmente deviene en un exceso.

**En cuanto al artículo 5 de la Ley N° 30838**, tanto la Terminación Anticipada como la Conclusión Anticipada son formas de simplificación procesal, que se sustentan en los Principios de Economía y Celeridad Procesal, y que si bien dichas instituciones jurídicas tienen como naturaleza el consenso entre las partes (sobre pena, reparación civil y consecuencias accesorias del delito), éste no deja de tener como base a la legalidad.

Es así que, mediante la Terminación Anticipada y la Conclusión Anticipada los propios agraviados consiguen una justicia más rápida y sobre todo eficaz, al permitirse anteriormente que el investigado acepte los cargos que se le imputan.

Sin embargo, al haber sido suprimida la aplicación de la Terminación Anticipada y la Conclusión Anticipada en los delitos establecidos en los Capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal, se está estableciendo, primero, que todos los procesos lleguen a la etapa de juzgamiento, y segundo, que en dicha etapa exista una litigación obligatoriamente, lo cual va a ocasionar un mayor congestionamiento procesal –del que ya existe- en el Poder Judicial, que paradójicamente –estamos seguros- va a perjudicar a la propia víctima, ya que como se dice “*Justicia que tarda, no es Justicia*”, pues habrá una mayor dilación en la resolución de causas al haberse anulado la aplicación de la Terminación Anticipada y de la Conclusión Anticipada en delitos cuya incidencia es significativa, por lo tanto dicho artículo requiere ser derogado.

### **Efecto de la Vigencia de la Norma sobre la Legislación Nacional**

Dado que se propone la modificación de una ley ordinaria, la aprobación de este Proyecto de Ley, requiere -de acuerdo al Artículo 106 de la Constitución Política del Perú- la aprobación de más de la mitad de miembros del Congreso.

### Análisis Costo Beneficio

El presente Proyecto de Ley que propone la modificatoria del artículo 176, 177 y 88-A del Código Penal, así como la derogación del artículo 5 de la Ley N° 30838, no genera ningún costo al Presupuesto de la República y trae el beneficio de enmendar las incorrecciones legislativas utilizadas en la regulación de dichos tipos penales.

### *Fórmula Legal*

### Texto del Proyecto

## **PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL**

### **Artículo 1.- Modificación del Código Penal**

Modifíquense los artículos 176, 177 y 88-A del Código Penal, en los términos siguientes:

#### **“Art. 176.- Tocamientos o Actos Libidinosos sin Consentimiento**

El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170, realiza sobre una persona mayor de 18 años, sin su consentimiento, tocamientos o actos libidinosos en sus zonas erógenas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Si el agente realiza la conducta descrita en el párrafo precedente, después de haber colocado a su víctima en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, o a sabiendas que ésta se encuentra impedida de dar su libre consentimiento por sufrir de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en la incapacidad de resistir, la pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de nueve años.

La pena privativa de libertad será no menor de once ni mayor a catorce años, si el agente realiza la conducta descrita en el primer párrafo, u obliga a su víctima que la efectúe sobre el agente, sobre sí misma o sobre tercero, bajo cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. Empleando violencia o grave amenaza sobre su víctima.
2. Empleando engaño sobre su víctima.
3. Si el hecho es realizado por dos o más personas.
4. Si el agente hace uso de la coacción sobre su víctima por tener particular autoridad sobre ella, en cualquiera de los supuestos contenidos en los incisos 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 170.
5. Si el agente comete el hecho en el ejercicio de sus funciones o como consecuencias de ellas, al ser miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional de Perú, Serenazgo, Policía Municipal, o vigilancia privada, o la calidad de servidor o funcionario público.
6. Si el agente tiene conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
7. Si el agente comete el hecho, teniendo conocimiento, de la presencia de cualquier niña, niño o adolescente.
8. Si la víctima se encuentra en estado de gestación.
9. Si el agente se aprovecha de su víctima por ser adulto mayor, o por sufrir discapacidad física o sensorial.
10. Si la víctima es mujer y es agraviada por su condición de tal, en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B.
11. Si el agente previamente al hecho, se coloca en estado de ebriedad con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor a 0.5 gramos-litro o bajo los efectos de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, con el propósito de perpetrarlo posteriormente.

Cuando la víctima sea mayor de 14 años, pero menor de 18 años, se aplicarán las siguientes penas:

1. Cuando la conducta realizada por el agente corresponda a la descrita en el primer párrafo, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor a once años.
2. Cuando la conducta realizada por el agente corresponda a la descrita en el segundo párrafo, la pena privativa de libertad será no menor de once ni mayor a catorce años.

3. Cuando la conducta realizada por el agente corresponda a la descrita en el tercer párrafo, la pena privativa de libertad será no menor de dieciséis ni mayor a diecinueve años.

#### **Art. 177.- Formas Agravadas**

En el caso del artículo 176, se procederá de la siguiente manera:

1. Si el agente procedió con crueldad la pena privativa de libertad se incrementa en cinco años en los extremos mínimo y máximo en el respectivo delito.
2. Si los actos producen lesión grave, la pena privativa de libertad será no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años.
3. Si los actos causan la muerte de la víctima la pena será de cadena perpetua.

#### **Artículo 88-A.- Imprescriptibilidad de la pena y de la acción penal en el plazo Extraordinario**

En los delitos previstos en los artículos 153, 153-A, 153-B y 153-C y en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal, operará la imprescriptibilidad de la pena y de la acción penal, cuando el plazo de prescripción ordinario sea interrumpido por lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 83 del Código Penal.

### **DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA**

#### **ÚNICA. Derogación del artículo 5 de la Ley N° 30838**

Deróguese el artículo 5 de la Ley N° 30838”.

Arequipa, 21 de Setiembre del 2018.

## Bibliografía

1. ALVA, J. L. (2002). Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, Primera Edición. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
2. ANTON, C. D.-V. (Año 1996). Derecho Penal, Parte general. Cuarta Edición conforme al Código Penal Español de 1995. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
3. BALESTRA, C. F. (1992). Derecho Penal: Parte Especial. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
4. BALESTRA, C. F. (2002). Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
5. BENÍTEZ, E. S. (Actualización 2016). Diccionario de la Etimología Jurídica, Cuarta Edición. Buenos Aires: Editorial Omeba.
6. CANTIZANO, B.-A. T. (1997). Manual de Derecho Penal, Parte Especial I. Lima: Editorial San Marcos.
7. CANTIZANO, B.-A. T. (2012). Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Lima: Editorial San Marcos.
8. Código Penal de Brasil. (1940).  
[https://www.oas.org/juridico/mla/pt/brasil/pt\\_bra-int-text-cp.pdf](https://www.oas.org/juridico/mla/pt/brasil/pt_bra-int-text-cp.pdf).
9. Código Penal de Chile. (1874). Obtenido de  
[http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_chl\\_cod\\_penal.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_chl_cod_penal.pdf)
10. Código Penal de Costa Rica. (1970).  
[http://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_penal\\_costa\\_rica.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_costa_rica.pdf).
11. Código Penal de El Salvador. (1997). Obtenido de  
[https://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Penal\\_El\\_Salvador.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_El_Salvador.pdf)
12. Código Penal de España. (1996). Obtenido de <https://confilegal.com/20170710-codigo-penal-espanol-actualizado/>

13. Código Penal de Francia. (1995).  
[https://www.poderjudicial.gob.fr/pjupload/codigo\\_frances/CP\\_158.pdf](https://www.poderjudicial.gob.fr/pjupload/codigo_frances/CP_158.pdf).
14. Código Penal de Nicaragua. (2007).  
[https://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/noticia\\_reciente/CP\\_641.pdf](https://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/noticia_reciente/CP_641.pdf).
15. Código Penal Peruano de 1924. (1924).
16. COIRA, C. S. (2000). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, aspectos penales y procesales, Primera Edición. Lima: Editorial Grijley.
17. Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria del Congreso de la República de Perú. (17 de Enero de 2005). Recuperado el 01 de Setiembre de 2018, de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3\\_uibd.nsf/574C9DB/\\$FILE/CasoTorresCcalla\(Dictamen\).pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/574C9DB/$FILE/CasoTorresCcalla(Dictamen).pdf)
18. CORIA, D. C. (2011). Sobre la relación entre los delitos contra la libertad sexual y de trata de persona, Tomo 29. Buenos Aires: Editorial Gaceta Penal.
19. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. (Actualización 2017). *Edición del Tricentenario*. Recuperado el 20 de Julio de 2018, de <http://dle.rae.es/?w=diccionario>
20. DÍEZ-RIPOLLÉS, J. L. (2000). El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual. Cataluña: Editorial Trotta.
21. Enciclopedia Bibliográfica en Línea. (2004). Recuperado el 27 de Agosto de 2018, de <https://www.biografiasyvidas.com/quienessomos.htm>
22. Enciclopedia Salud . (16 de Febrero de 2016). Recuperado el 18 de Setiembre de 2018, de <https://www.encyclopediasalud.com/definiciones/zona-erogena>
23. Enfemenino. (5 de Marzo de 2015). Recuperado el 18 de Setiembre de 2018, de <https://www.enfemenino.com/sexualidad/las-zonas-erogenas-s483542.html>
24. Erikson, E. (1959). Identidad y Ciclo Vital. Barcelona: Paidós Editorial.

25. FREYRE, L. R. (2000). Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual. Madrid: Instituto Peruano de Ciencias Penales de Madrid.
26. Giuseppe, M. (1959). Derecho Penal. Parte Especial IV. Bogotá: Editorial Temis.
27. GUIRAO, R. A. (2004). Delitos contra la Libertad Sexual: Agravantes Específicas. Ciudad de México: Editorial Atelier.
28. HIRSCH, H. J. (2001). Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. Buenos Aires: Culzoni Editores.
29. Maldonado, R. A. (2012). *Law enciclopedia Jurídica Online*. Recuperado el 16 de Setiembre de 2018, de <https://chile.leyderecho.org/presidio-menor/>
30. MERCADO, M. Á. (2011). El delito de violación sexual de menor en el nuevo Proceso Penal. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
31. Mill, J. S. (1859). Sobre la Libertad. Madrid: Alianza Editorial.
32. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (26 de Noviembre de 2003). *Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual*. Recuperado el 2018 de Agosto de 16, de [https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/herramientas-recursos-violencia/contenedor-dgcvg-recursos/contenidos/Ley\\_de\\_prevencion\\_y\\_sancion\\_del\\_hostigamiento\\_sexual\\_26-02-2003.pdf](https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/herramientas-recursos-violencia/contenedor-dgcvg-recursos/contenidos/Ley_de_prevencion_y_sancion_del_hostigamiento_sexual_26-02-2003.pdf)
33. NÚÑEZ, R. (1964). Derecho Penal Argentino, Parte Especial, Tomo IV. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
34. Oates, M. W. (2016). *El cerebro en desarrollo*. Recuperado el 27 de Agosto de 2018, de <https://bernardvanleer.org/app/uploads/2016/03/El-cerebro-en-desarrollo-0131.pdf>
35. Papalia, D. (2009). Psicología del desarrollo. Madrid: Editorial McGraw-Hill Interamericana de España.

36. RAMOS, I. N. (2011). Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Lima: Editorial Jurídica Grijley.
37. Roxin, C. (1981). La protección de bienes jurídicos como tarea del Derecho Penal. Berlín: Editorial Gruyter.
38. ROXIN, C. (1997). Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas.
39. SALGADO, C. C. (1981). Los delitos de abusos deshonestos. Cartagena: Casa Editorial SA.
40. Scott, L. S. (2005). Should juvenile offenders be tried as adults? A developmental perspective on changing legal policies. New York City: Silberstein & E. Todt Publishing House .
41. SICCHA, R. S. (2005). El delito de Actos contra el Pudor en el Código Penal Peruano. Lima: Editorial Grijley.
42. *Sistema Peruano de Información Jurídica*. (2018). Recuperado el 08 de Junio de 2018, de [http://spij.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
43. SOLER, S. (1821). Manual de Derecho Penal, Tomo III. Juárez: Editorial Tipográfica.
44. STEIN, J. V. (2014). Derecho Penal: Parte Especial. Santiago de Chile: Editorial Ara Editores.
45. TORRES, L. F.-A. (2014). Compendio de Derecho Penal: Parte Especial, Tomo II. Lima: Editorial Grijley.
46. VILLAREJO, M. B.-M. (1995). Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Ceuta: Editorial Ceuta.
47. WELZEL, H. (1976). Derecho Penal Alemán, Parte General. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.



# ANEXOS

**Universidad Católica De Santa María**  
**Facultad De Ciencias Jurídicas Y Políticas**  
**Escuela Profesional De Derecho**



**“LA FRAGMENTADA PROTECCIÓN PENAL DE LOS MAYORES DE 14 PERO MENORES DE 18 AÑOS DE EDAD EN EL DELITO DE ACTOS CONTRA EL PUDOR, REGULADO EN EL ARTÍCULO 176 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO VIGENTE, PERÚ, 2018”**

**Proyecto de Tesis presentado:**

**FARFÁN BEDOYA, WENDOR  
GONZALO**

**para obtener el Título Profesional de:**

**Abogado**

**AREQUIPA – 2018**

## ESTRUCTURA

Portada

Índice

### **CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

- 1.1 Descripción de la Situación Problemática
- 1.2 Formulación del Problema
- 1.3 Objetivos
- 1.4 Justificación

### **CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

- 2.1 Antecedentes Investigativos
- 2.2 Base Teórica

### **CAPÍTULO III: INTERROGANTES E HIPÓTESIS**

- 3.1 Interrogantes
- 3.2 Hipótesis

### **CAPÍTULO IV: ESTRUCTURA Y METODOLOGÍA**

- 4.1 Esquema del contenido de la investigación
- 4.2 Marco operativo

### **CAPÍTULO V: CRONOGRAMA**

## CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### 1.1 Descripción de la Situación Problemática

La Convención de los Derechos del Niño, ratificada por el Estado Peruano en 1990, establece en su Artículo 1, que: “Se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Asimismo, el Código Peruano de los Niños y Adolescentes, aprobado por Ley 27337, sostiene en su Artículo I del Título Preliminar 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”.

Es así que, si bien existe una diferencia en la denominación respecto a la población menor de 18 años entre la Convención de los Derechos del Niño y el Código Peruano de los Niños y Adolescentes, en la que, en la primera son consignados como niños y en la segunda son seccionados en niños y adolescentes, ambos copulan en que éste sector se encuentra en el grupo general de los menores de edad.

En éste entender, a pesar de ser considerados menores de edad, el Código Penal Peruano Vigente no cuenta con una diferenciación para proteger a las personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, pues, en dicha norma penal no se prevé agravante en tal sentido, reposando en un vacío jurídico la protección y tutela penal de aquellas personas.

Por ello, resulta imperativa la incorporación de una agravante en tal sentido en el artículo 176 del Código Penal, que conlleve a la protección penal íntegra de los menores de edad pasibles de éste delito. Ya que, debemos tener en cuenta que el artículo 176, regula de igual forma a las personas desde los 14 años de edad hacia adelante.

### 1.2 Formulación del Problema

El delito de “Actos contra el Pudor” se configura cuando el agente activo realiza sobre el sujeto pasivo u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o sobre terceros tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, entendiéndose “Pudor” como la situación de recato, decoro o decencia de la que gozamos todas las personas en sociedad. En otras palabras, se entiende por actos contrarios al pudor, aquellos tocamientos lúbricos somáticos y manipulaciones que recaen sobre el cuerpo de la víctima –en sus genitales o zonas erógenas- o sobre el cuerpo de un tercero, con la finalidad de satisfacer su apetito sexual del agente.

Teniéndose que, éste delito se encuentra regulado, en su tipo base, en el artículo 176 del Código Penal Peruano Vigente, donde se protege a las personas mayores de 14 años de edad sin distinción.

En razón de ello, resulta evidente la existencia de una incorrecta tutela jurídica penal en la regulación de las personas pasibles de éste ilícito, ya que las comprendidas en el rango de edad entre los 14 años y menor de 18 años de edad están expuestas a una vulnerabilidad jurídica real, al no haberse previsto una agravante en su tutela penal en el artículo 176.

Siendo que, la problemática en la práctica legal al presentarse éste ilícito donde el sujeto pasivo recae en un menor con rango de edad entre los 14 años y menor de 18 años de edad, es ser tipificado el hecho dentro del artículo 176 del Código Penal, lo cual, a todas luces, es una aberración ya que se le está dando a la parte agraviada un tratamiento como mayor de edad, cuando aún no cuenta con ésta calidad. Aunado a ello, en el artículo 176 se exige como elementos objetivos del tipo penal que en el acto medie violencia o grave amenaza, sin embargo, ello es un exceso requerido para un hecho en el que es víctima un menor de edad, ya que dada su condición éste se encuentra más desvalido que un mayor de edad, por ello no va a ser necesario realizar previamente acciones de violencia o grave amenaza para realizar en él tocamientos indebidos. Por esto se debe incorporar una agravante en el artículo 176, donde se tutele penalmente a las personas con rango entre los 14 años y menor de 18 años de edad.

### 1.3 Objetivos

#### **Objetivo General:**

Establecer la existencia de una fragmentación en la tutela penal de los menores de edad con rango de edad mayor de 14 y menor a 18 años de edad, frente al delito de Actos contra el Pudor establecido en el artículo 176 del Código Penal Peruano vigente.

#### **Objetivos Específicos:**

- Comparar el bien jurídico protegido en el delito de Actos contra el Pudor en Menor de edad del artículo 176-A con el protegido en el delito de Actos contra el Pudor del artículo 176.
- Advertir la Ausencia de Protección Jurídica existente para la población mayor de 14 y menor de 18 años en la regulación vigente del delito de Actos contra el Pudor.
- Mostrar las razones por las cuales la población mayor de 14 y menor de 18 años, debe contar con una agravante en el artículo 176 del Código Penal vigente.
- Demostrar que el delito de Actos contra el Pudor es un delito de incidencia significativa y que los principales agraviados en éste, es la población mayor de 14 y menor de 18 años de edad.

### 1.4 Justificación

*Relevancia Académica:*

El presente trabajo tiene como finalidad otorgar un conocimiento más profundo respecto del delito de Actos contra el Pudor, conforme se encuentra regulado en nuestro vigente Código Penal Peruano. Asimismo, coadyuvará a delimitar el parámetro de protección jurídica de éste artículo, ello en concordancia con el criterio uniforme de la doctrina nacional. Así como, facilitará el entendimiento respecto de la posible existencia de un vacío legal, que perdura en el tiempo, en la redacción del artículo 176 del cuerpo legal en mención.

*Relevancia Jurídica:*

La manifiesta exposición social de la población mayor de 14 y menor de 18 años al delito de Actos contra el Pudor, evidentemente constituye un estado de vulnerabilidad jurídica, por la cegada protección penal con la que fue redactada el artículo 176 del vigente Código Penal Peruano, por lo que resulta factible analizar la posibilidad de incorporar una agravante que los proteja en éste tipo penal.

*Innovación:*

A pesar de que el artículo en análisis ya ha sido incorporado hace varios años en el vigente Código Penal Peruano y ha sufrido modificatorias, la desprotección penal persiste a través del tiempo, siendo muy pocas las investigaciones que se han ocupado de éste tema, y que no le han dado el presente enfoque, por ello se pretende una nueva modificatoria del artículo 176 del cuerpo legal en mención y así poder adicionar una agravante que conlleve a la protección penal de la población mayor de 14 y menor de 18 años pasible de éste delito.

## CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

### 2.1 Antecedentes Investigativos

Previa a la realización del presente proyecto, se encontró los siguientes antecedentes investigativos:

- Rossy Casachagua Inga, “*La falta de ejercicio de la acción penal en el delito de Actos contra el Pudor de persona*”, Universidad Wiener (Lima – Perú), Tesis para optar el título profesional de Abogada.  
**Resumen:** “*La falta de actuación por parte de las víctimas y de los ciudadanos ha favorecido el incremento de agresores, quienes, al no verse amenazados o bajo un control estricto de sus conductas ilícitas, siguen delinquirando de manera impune. Ésto seguirá su curso si no se toma la debida consciencia, para tratar éste tipo de conductas desde varias aristas y de manera comparativa, dado que así lo exige la moderna criminalidad*”.
- Patricia del Carmen Ticlla Paredes, “*La protección penal de los infantes y de los adolescentes frente a los delitos contra el Pudor en el código penal peruano y aspectos sustantivos principales*”, Pontificia Universidad Católica del Perú, Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho Penal.  
**Resumen:** “*El Delito de Actos contra el Pudor, se debe valorar bajo el criterio de proporcionalidad, el cual, en sentido estricto, pondera, por un lado, el derecho que tiene a la libertad sexual una persona con relación a su derecho al libre desarrollo de la personalidad en la autodeterminación sexual, mientras que, por otro lado, se sopesa el deber estatal de proteger directamente la intimidad del adolescente menor de 14 años de edad*”.
- Luis Arturo Ramos Samán, “*Dificultad Probatoria de la pluricausalidad del delito de Actos contra el Pudor del Código Penal Peruano*”, Universidad Nacional de Huancavelica (Huancavelica – Perú), Tesis para optar el título profesional de Abogado.  
**Resumen:** “*Por la propia naturaleza del delito, es sumamente complicada la reconstrucción de los hechos, ya que básicamente, éste se base en pruebas que se encuentran en el fuero interno de la víctima, es decir, en la afectación psicológica que sufrió el menor, viéndose limitada la posibilidad de contar con pruebas de carácter externo, con las que podemos arribar a la certeza de que la persona que se está imputando es la que realmente cometió el delito*”.
- Antonio Hernández Vásquez, “*La identidad del delito de Actos contra el Pudor en la casuística peruana*”, Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima – Perú), Tesis para optar el título profesional de Abogado.

**Resumen:** *“La indemnidad o intangibilidad sexual constituye un verdadero bien jurídico que se tutela con las conductas delictivas previstas en los tipos penales, y deben tener una especial protección por parte del estado, que a través de del Poder Judicial, defiende la sexualidad de las personas, endureciendo la imposición de condenas para erradicar la vulneración a éste derecho”.*

## 2.2 Base Teórica

### *Niño:*

- Del lat. *ninno* (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 2017).
- “Todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (Convención de los Derechos del Niño, 1989).
- “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad” (Código Peruano de los Niños y de los Adolescentes, 2000).

### *Adolescente:*

- Del lat. *adolescentem* (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 2017).
- “Se considera adolescente a todo ser humano desde los doce años hasta cumplir los dieciocho años de edad” (Código Peruano de los Niños y de los Adolescentes, 2000).
- “La adolescencia es la etapa que inicia después de la niñez y termina antes de la adultez, ubicada temporalmente en una edad determinada, comprende desde los 13 años hasta alcanzar la mayoría de edad” (Ojeda, 2015).

### *Acto:*

- “Capacidad de llevar a cabo una determinada acción, teniendo una finalidad” (Definista, 2006).
- “Manifestación de voluntad o de fuerza. Hecho o acción de lo acorde con la voluntad humana. Instante en que se concreta la acción” (Enciclopedia Jurídica, 2014).

### *Contra:*

- “Indica un estado de acción de un cuerpo que es soportado por otro” (Enciclopedia Jurídica, 2014).
- “Obstáculo o cuerpo que es pasible u oponible a un hecho” (Farlex, 2009).
- “Denota resistencia y contraste de una cosa con otra” (Smith, 2013).

### *Pudor:*

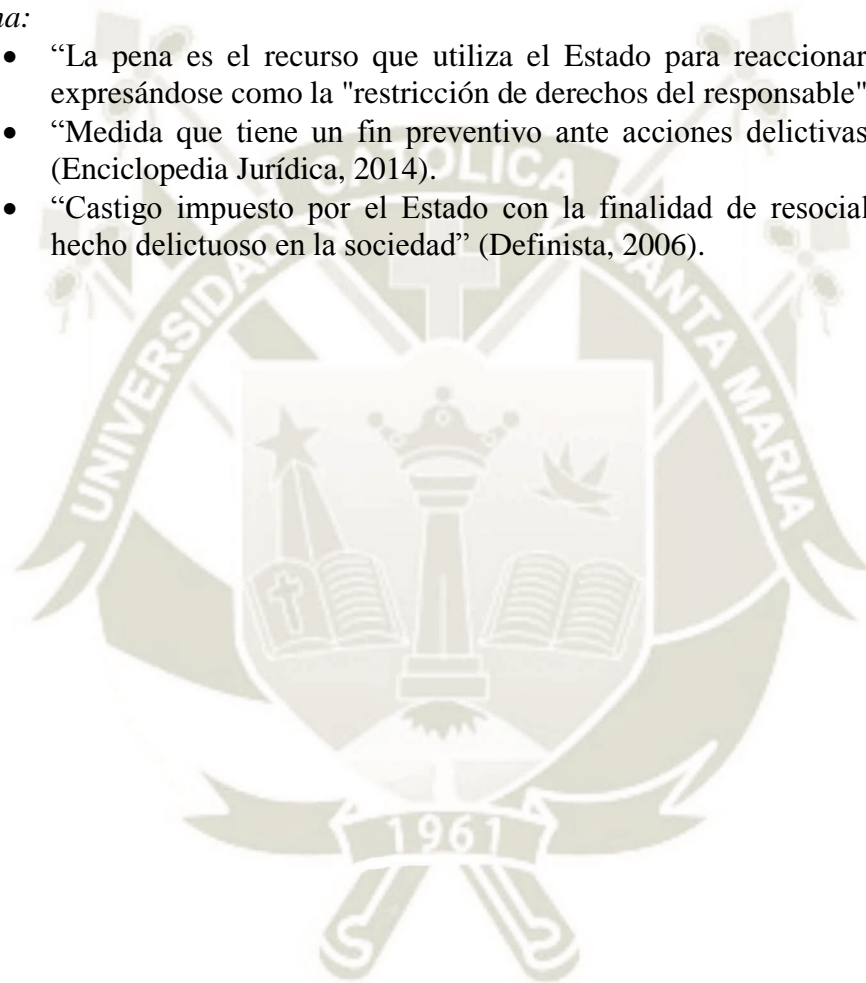
- “Situación de recato, decencia o decoro del que gozamos todas las personas en sociedad” (Siccha, 2008).
- “Sentimiento de reserva hacia lo que puede tener relación con el sexo” (Torres, 1997).
- “Vergüenza, timidez o reserva que se puede sentir por la exhibición social de la sexualidad personal” (Freyre, 2011).

*Menor de edad:*

- “Se entiende como tal, a toda persona que en razón de su edad, no cuenta con las capacidades jurídicas absolutas y que por ende merece mayor protección” (Stein, 1998).
- “Se caracteriza por la sumisión y dependencia de la persona de aquellos que ejercen oficios protectores sobre la misma” (Enciclopedia Jurídica, 2014).
- “Persona cuyo rango de edad no ha alcanzado ser superior a los 18 años” (Definista, 2006).

*Pena:*

- “La pena es el recurso que utiliza el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la "restricción de derechos del responsable" (Smith, 2013).
- “Medida que tiene un fin preventivo ante acciones delictivas en la sociedad” (Enciclopedia Jurídica, 2014).
- “Castigo impuesto por el Estado con la finalidad de resocializar al autor del hecho delictuoso en la sociedad” (Definista, 2006).



## CAPÍTULO III: INTERROGANTES E HIPÓTESIS

### 3.1 Interrogantes

- ¿Qué se entiende por el delito de Actos contra el Pudor?
- ¿Cómo se encuentra regulado el delito de Actos contra el Pudor en nuestro Código Penal Peruano vigente?
- ¿Existe un vacío legal en la protección penal de la población mayor de 14 y menor de 18 años de edad?
- ¿Por qué se debe proteger diferenciadamente a la población mayor de 14 y menor de 18 años de edad?

### 3.2 Hipótesis

**(Principio) Dado que** el artículo 176 del Código Penal Peruano, prevé una protección igualitaria para la población mayor de 14 años de edad hacia adelante que es víctima del delito de Actos contra el Pudor, **(Hipótesis) es probable que** la población mayor de 14 pero menor de 18 años de edad no cuente con una protección penal frente a dicho delito, debido a que no se ha previsto una agravante en el artículo 176 que los proteja diferenciadamente de los adultos, olvidando que gozan de particularidades que les son inherentes por su edad y por ello no deben ser tutelados igualmente con relación a los adultos.

## CAPÍTULO IV: ESTRUCTURA Y METODOLOGÍA

### 4.1 Esquema del contenido de la investigación

#### Capítulo 1: “Los Actos Contra el Pudor”.

- Definición de Actos Contra el Pudor.
- ¿A quiénes se les considera menores de edad?
- ¿Por qué se debe proteger jurídicamente y de forma diferenciada a los menores de edad frente a éste delito?

#### Capítulo 2: “La Regulación del delito de Actos contra el Pudor en nuestra Legislación Nacional”.

- La última modificatoria del delito de Actos contra el Pudor en el Código Penal Peruano vigente.
- Los alcances de la protección jurídica del delito de Actos contra el Pudor.
- La vulnerabilidad jurídica de la población mayor de 14 y menor de 18 años.

#### Capítulo 3: “La desprotección jurídica en el delito de Actos contra el Pudor de la población mayor de 14 años y menor de 18 años”.

- La necesidad de proteger a los menores de 14 y mayores de 18 años de edad.
- Estadísticas respecto a la incidencia del delito de Actos contra el Pudor.
- Casos en los que se evidencie la ausencia de protección penal.
- Casos en los que se exija la violencia y grave amenaza como elementos constitutivos del delito de Actos contra el Pudor.
- Propuesta de Modificatoria del artículo 176 del Código Penal.

### 4.2 Marco operativo:

#### 4.2.1. Fuentes de Consulta:

##### 4.2.1.1. Fuentes Primarias:

- Constitución Política del Perú.
- Código Penal Peruano vigente.

##### 4.2.1.2. Fuentes Secundarias:

- Ramiro Salinas Siccha, Derecho Penal: Parte Especial, 2008, Lima editorial Grijley.
- Bramont-Arias Torres, Manual de Derecho Penal, 1997, Lima, editorial Grijley.
- Roy Freyre, Compendio de Derecho Penal: Parte Especial, 2011, Lima Editorial Grijley.

#### 4.2.2. Estrategia Metodológica:

- **De Observación Documental:**

4.2.2.1. En primer lugar, se revisará el concepto de Actos contra el Pudor, desde la perspectiva de la doctrina y jurisprudencia peruana.

4.2.2.2. Seguidamente se analizará la redacción del artículo 176 del Código Penal Peruano vigente y las implicancias del rango de su protección jurídica.

4.2.2.3. Luego de ello, se determinará la existencia de una desprotección jurídica para la población menor de edad con edad mayor a los 14 años de edad y menor de 18 años.

4.2.2.4. Finalmente, se justificará la viabilidad de la incorporación de una agravante en tal sentido en el artículo 176 del Código Penal Peruano vigente.

- **Instrumentos:**

Fichas de registro:

4.2.2.6. Felipe Villavicencio. (2017). *Derecho Penal Básico*. Perú: PUCP – Fondo Editorial.

4.2.2.7. Raúl Peña Cabrera. (2014). *Los delitos sexuales: Análisis dogmático, jurisprudencia y criminológico*. Perú: Ideas Solución Editorial.

## CAPÍTULO V: CRONOGRAMA

Actividades	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Setiembre
Recolección de Información	X	X			
Preparación del Plan de Tesis		X			
Aprobación del Plan de Tesis		X			
Análisis y Sistematización de Datos			X		
Conclusiones y Sugerencias			X		
Preparación del Proyecto de Tesis			X	X	
Presentación del Proyecto de Tesis					X



## INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

### PRIMERA ENCUESTA APLICADA A 54 FISCALES QUE CONFORMAN LAS 3 FISCALÍAS PROVINCIALES PENALES CORPORATIVAS DEL CERCADO

Por favor, responda las siguientes preguntas con veracidad marcando con una (X) en la respuesta que estime conveniente, no consigne en ninguna parte de la hoja su nombre, ya que los resultados son anónimos. Le agradecemos el tiempo prestado.

#### Cédula de Preguntas

1. **¿Cuánto tiempo viene ejerciendo el cargo de fiscal penal?**
  - ( ) Menos de 3 años
  - ( ) De 3 años a 5 años
  - ( ) Más de 5 años y menos de 8 años
  - ( ) Más de 8 años
  
2. **En su experiencia, respecto a los Actos contra el Pudor (Art. 176 del Código Penal), ¿Cuál es la frecuencia que tienen las investigaciones por éste delito?**
  - ( ) Ninguna
  - ( ) Poca
  - ( ) Regular
  - ( ) Frecuentemente
  - ( ) Mucha
  
3. **En ésta frecuencia de investigaciones de Actos contra el Pudor ¿Qué grupo principalmente es el agraviado?**
  - ( ) Mayor de 14 a 18 años
  - ( ) Mayores de 18 años
  
4. **Dada la frecuencia del delito de Actos contra el Pudor en personas mayores de 14 y menores de 18 años, ¿Considera que debería incorporarse una agravante que los proteja diferenciadamente?**
  - ( ) SI
  - ( ) NO

## SEGUNDA ENCUESTA APLICADA A 54 FISCALES QUE CONFORMAN LAS 3 FISCALÍAS PROVINCIALES PENALES CORPORATIVAS DEL CERCA DO

Por favor, responda las siguientes preguntas con veracidad marcando con una (X) en la respuesta que estime conveniente, no consigne en ninguna parte de la hoja su nombre, ya que los resultados son anónimos. Le agradecemos el tiempo prestado.

### Cédula de Preguntas

- 1. ¿Considera que se encuentran adecuadamente protegidas las personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad en el artículo 176 del Código Penal?**  
 Si  
 No
- 2. Si respondió negativamente la pregunta anterior, indique ¿Por qué cree que no se encuentran adecuadamente protegidos las personas mayores de 14 y menores de 18 años?**  
 Porque son menores de edad  
 Porque se les produce una mayor afectación por su condición de adolescentes  
 Porque están en formación  
 Porque se les protege con igual pena que a los mayores de edad  
 Porque el Estado ha suscrito Acuerdos para proteger preferentemente a los niños, niñas y adolescentes
- 3. En una escala del 1 al 10; donde 1 es “Nada relevante” y 10 es “Completamente relevante”, ¿Cuán relevante es incluir una agravante que proteja a las personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad en el artículo 176 del Código Penal?**  
 1  
 2  
 3  
 4  
 5  
 6  
 7  
 8  
 9  
 10

**MATRIZ DE SISTEMATIZACIÓN DE DATOS N° 01**

**RESULTADOS DE LA PRIMERA ENCUESTA APLICADA A 54 FISCALES  
QUE CONFORMAN LAS 3 FISCALÍAS PROVINCIALES PENALES  
CORPORATIVAS DEL CERCADO**

ÍTEM	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	
1	C	D	D	B	C	D	D	D	B	D	D	D	C	D	B	D	D	C	C	D	C	D	D	C	D	C	D	
2	D	D	D	D	E	D	D	D	D	D	D	E	D	D	D	D	D	E	D	D	D	D	D	D	D	E	D	D
3	A	A	A	A	A	A	A	B	A	B	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	
4	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	

28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38	39	40	41	42	43	44	45	46	47	48	49	50	51	52	53	54
B	D	C	D	C	C	D	C	B	D	D	C	D	D	B	C	D	B	C	D	C	D	D	D	C	D	C
D	D	D	D	D	D	D	E	D	D	D	D	D	D	D	D	D	D	D	D	D	D	D	D	D	D	D
B	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A	B	A	A	A	A	A	A
A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A	A

**MATRIZ DE SISTEMATIZACIÓN DE DATOS N° 02**

**RESULTADOS DE LA SEGUNDA ENCUESTA APLICADA A 54 FISCALES  
QUE CONFORMAN LAS 3 FISCALÍAS PROVINCIALES PENALES  
CORPORATIVAS DEL CERCADO**

ÍTEM	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27
1	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B
2	D	B	D	D	B	D	B	C	B	C	C	B	D	C	B	D	D	B	B	D	B	D	B	D	D	B	B
3	I	J	J	I	J	I	J	I	J	J	I	I	J	I	I	I	I	J	I	J	J	I	I	J	I	I	I

28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38	39	40	41	42	43	44	45	46	47	48	49	50	51	52	53	54
B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B	B
D	B	B	B	E	B	B	D	B	B	E	B	C	B	B	C	B	D	B	B	D	B	D	B	B	B	B
I	I	J	I	J	I	I	J	I	J	J	I	J	J	I	J	I	J	J	I	J	I	J	I	J	I	J