

**NO SALE A
DOMICILIO**

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA AMAZONIA PERUANA
ESCUELA DE POST GRADO "JOSÉ TORRES VÁSQUEZ"

T
362.76
N61



TESIS:

**"NECESIDAD DE TIPIFICACIÓN PENAL DEL HOSTIGAMIENTO
SEXUAL CONTRA MENORES"**

**Autores: Abog. Alberto Niño de Guzmán Sánchez, y
Abog. Marco Antonio Vela Marroquín**

**Finalidad: Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho
con Mención en Ciencias Penales**

Iquitos – Perú

Abril-2010

DONADO POR:
De Guzmán Sánchez, Alberto Niño y otros
Iquitos, 05 de 10 de 2010

JURADO:

Dr. PADILLLA YEPEZ, Antonio (PRESIDENTE)

Mg. CABRERA PAREDES, Roger Alberto (MIEMBRO)

Mg. CHIRINOS MARURI Maria Esther (MIEMBRO)

Dedicatoria

Al alma inocente de muchos niños que siendo víctimas de agresión sexual, no encuentran una adecuada protección en la ley.

Agradecimiento

A la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana, Alma Mater que nos acogió generosamente en sus claustros permitiéndonos formar parte de ella.

INDICE

	Pág.
RESUMEN	08
CAPITULO I: INTRODUCCIÓN	10
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....	10
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	28
1.2.1. Problema Principal.....	28
1.2.2. Sub Problemas.....	28
1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	29
1.3.1. Objetivos Generales.....	29
1.3.2. Objetivos Específicos.....	29
1.4. HIPÓTESIS.....	30
1.4.1. Hipótesis Central.....	30
1.4.2. Hipótesis Secundarias.....	30
1.5. VARIABLES	31
1.5.1. Variable Independiente.....	31
1.5.2. Variable Dependiente.....	31
1.6. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	32
CAPÍTULO II: ANTECEDENTES	34
2.1. LA ESFERA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.....	34
2.2. LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE DERECHO.....	37
2.3. ACCIÓN DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE NIÑOS.....	38
2.4. TRATAMIENTO DE LOS DELITOS SEXUALES EN EL PERÚ.....	43
2.5. TRATADOS INTERNACIONALES.....	44
2.5.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos	44
2.5.2. Convención de los Derechos del Niño.....	44
2.6. LEGISLACIÓN PENAL.....	47
2.7. DISPOSICIONES DE REGULACIÓN ADMINISTRATIVA.....	48
2.8. LEGISLACIÓN CIVIL.....	64

2.9. EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL DE MENORES EN EL C.N.A.....	65
2.10. DERECHO COMPARADO.....	67
2.11. PROBLEMAS DOGMATICO LEGALES QUE ENFRENTA LA TIPIFICACION DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL.....	72
2.12. PERFIL DEL HOSTIGADOR Y DE LA VÍCTIMA.....	93
2.13. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y RELEVANCIA PENAL DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL.....	97
2.14. LA INDEMNIDAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	100
2.15. LEY N° 27942: ALCANCES Y SANCIÓN DEL HOSTIGAMIENTO.....	105
2.16. LA CIFRA NEGRA GENERADA POR EL HOSTIGAMIENTO HORIZONTAL O NO INSTITUCIONAL EN MENORES DE EDAD.....	107
2.17. ACTOS CONTRA EL PUDOR.....	109
2.18. LA COACCIÓN ILEGAL.....	149
2.19. ASPECTOS PROCESALES DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL.....	150
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA.....	172
3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	172
3.2 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	172
3.3 POBLACIÓN Y MUESTRA.....	173
3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS EN LA RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN.....	175
3.5 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.....	175
CAPÍTULO IV: RESULTADOS.....	179
4.1 ÍNDICE DE TABLAS Y FIGURAS.....	181
CAPÍTULO V: DISCUSIÓN.....	219
5.1. ANÁLISIS DE LAS OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS.....	219
5.2. ANÁLISIS SITUACIONAL DE DOCENTES INCULPADOS EN DELITOS SEXUALES EN AGRAVIO DE SUS ESTUDIANTES.....	222
5.3. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	224

CAPITULO VI: CONCLUSIONES.....	234
CAPITULO VII: RECOMENDACIONES.....	237
CAPITULO VIII: REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	244
CAPITULO IX: ANEXOS.....	254

RESUMEN

La presente investigación se refiere a la **“NECESIDAD DE TIPIFICACIÓN PENAL DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES”** y está compuesto de nueve capítulos desarrollados de acuerdo a las normas de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana.

Empezamos con el **“Planteamiento del Problema”**, la misma que comprende la descripción del problema, formulación del problema, objetivos de la investigación tanto *generales* como *específicos*, hipótesis de la investigación, variables y justificación de la investigación a nivel práctico, teórico y social.

En el segundo capítulo encontramos las **“Bases Teóricas”**, con cuatro sub capítulos: Derechos de los Niños y Adolescentes, Tratamiento de los Delitos sexuales en el Perú, Problemas Dogmático Legales que enfrenta la Tipificación del Hostigamiento Sexual y La Carga de La Prueba y La Palabra de la Víctima.

En la **“Metodología”**, encontramos la tipología y metodología de la investigación, que comprende el tipo, el nivel, el método y el diseño de la investigación; el universo de muestra de la investigación que comprende la población y muestra de la misma y finalmente las técnicas e instrumentos en la recopilación de la información.

En el capítulo denominado **“Resultados”**, están los análisis y la decisión final de las entrevistas y encuestas sobre **“NECESIDAD DE TIPIFICACIÓN PENAL DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES”**, a magistrados tanto del Ministerio Público como del Poder Judicial que se encontraban despachando fiscalías, juzgados y salas penales, de los distritos judiciales de Lima y del Cono Norte de Lima (Lima Norte). En la **“Discusión”** contenida en el quinto capítulo, se explica el por qué la necesidad de proteger la indemnidad sexual de los menores de catorce años a través de la Tipificación Penal del Hostigamiento Sexual, poniéndose en las **“Conclusiones”** esta posición. En el capítulo denominado **“Recomendaciones”**, se señala lo que debe tomar en cuenta el Estado para proteger eficazmente la indemnidad sexual de las personas menores de catorce años. La **“Bibliografía”**, está conformada por consultas a Libros, Revistas y páginas virtuales. Finalmente están los **“Anexos”** en el noveno y último capítulo donde encontramos la “Matriz de Consistencia”, la Guía de Preguntas y la Encuesta que sirvieron para realizar la presente investigación.

SUMMARY

This investigation concerns the "NEED FOR TYPING OF CRIMINAL SEXUAL HARASSMENT AGAINST CHILDREN" and consists of nine chapters developed according to the rules of the Graduate School of National University of the Peruvian Amazon.

We started with the "Statement of the Problem", the same as that includes the description of the problem, problem formulation, research objectives of both general and specific research hypotheses, variables and justification of research at the practical, theoretical and social. In the second chapter we find the "Theoretical Basis" with four sub-chapters: Rights of Children and Adolescents, Treatment of sexual offenses in Peru, Dogmatic Legal Problems facing the Criminalization of Sexual Harassment and the burden of proof and Word of the Victim.

In the "Method", we find the type and research methodology, including the type, level, method and research design, the sample universe of research comprising the population and show the same and finally techniques and instruments in the collection of information.

In the chapter entitled "Results" are the analysis and the final decision of the interviews and surveys of "NEED FOR TYPING OF CRIMINAL AGAINST CHILD SEXUAL HARASSMENT, both judges and prosecutors of the judiciary who were dispatching prosecutors, courts and criminal divisions of the judicial districts of Lima and Cono Norte de Lima (Lima North).

In the "Discussion" in the fifth chapter explains why the need to protect sexual indemnity under fourteen years through the criminalization of sexual harassment, getting in the "Conclusions" position. In the chapter entitled "Recommendations" states that must take into account the state to effectively protect people's sexual indemnity under fourteen. The "Bibliography", consists of consultations Books, Magazines and virtual pages. Finally there are the "Attachments" in the ninth and final chapter we find the "Consistency Matrix", the Guide Questions and the Survey that served for this investigation.

CAPÍTULO I.- INTRODUCCIÓN

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En el Perú, el 26 de febrero de 2003, se dio la Ley N° 27942 modificada por la Ley N° 29430 publicado el 08 de noviembre del 2009, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, cuyo objeto es prevenir y sancionar administrativamente el hostigamiento sexual producido en las relaciones de autoridad o dependencia (hostigamiento vertical o *quid pro quo*), cualquiera sea la forma jurídica de esta relación. Igualmente cuando se presente entre personas con prescindencia de jerarquía, estamento, grado, cargo, función, nivel remunerativo o análogo (hostigamiento horizontal), básicamente dentro de una relación laboral; siendo su ámbito de aplicación (Artículo 2): *“En Centros de Trabajo públicos y privados, en Instituciones Educativas, en Instituciones Policiales y Militares y las demás personas intervinientes en las relaciones de sujeción no reguladas por el derecho laboral.”*

Definido por la Ley como: *“El hostigamiento sexual típico o chantaje sexual consiste en la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual o sexista no deseada o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad, así como sus derechos fundamentales.*

El hostigamiento sexual ambiental consiste en la conducta física o verbal reiterada de carácter sexual o sexista de una o más personas hacia otras con prescindencia de jerarquía, estamento, grado, cargo, función, nivel remunerativo o análogo, creando un clima de intimidación, humillación u hostilidad”.

Sin embargo, pese a la regulación legal de las dos formas de hostigamiento sexual, se observa que existe una antinomia; pues el hostigamiento sexual ambiental horizontal o no institucional a pesar de estar regulado por la Ley N° 29430 que modifica la Ley

Nº 27942, es atípico por disposición del propio reglamento, así lo dispone el literal l) del artículo 1 del reglamento en referencia: “**Relación Ambiental Horizontal no Institucional.-** *Es aquella que por naturaleza no le corresponde una relación asimétrica de poder o verticalidad, y que las personas a que se refieren serán aquellas no comprendidas en las Instituciones a que alude la Ley, constituyendo actos de Hostigamiento Sexual atípicos, al no estar previa y expresamente descritos en la Ley.*” Por otro lado, el hostigamiento sexual contra menores está sólo parcialmente regulado por la Ley Nº 27942 y su modificatoria, así su reglamento el Decreto Supremo Nº 010-2003-MIMDES, en caso de menores de edad, nos remite al literal a) del artículo 18 de la Ley Nº 27337 – Código de los Niños y Adolescentes; consecuentemente, el hostigamiento sexual contra menores de edad se encuentra amparado parcialmente y sólo en la versión ambiental vertical y no así en el aspecto ambiental horizontal, lo que genera una cifra negra que no es materia de la norma administrativa y menos de la norma penal, pero que tanto afecta a la indemnidad sexual.

De las manifestaciones del hostigamiento sexual señaladas en la Ley administrativa, podemos apreciar que, según se expresen conductualmente, merecerían sustraerlas de esta norma e incorporarlas al Código Penal, especialmente cuando se producen contra menores de edad, independientemente de que se cometan en relaciones ambientales verticales, institucionales, situaciones ventajosas o relaciones ambientales horizontales o no institucionales (casos atípicos), considerándose el hostigamiento sexual como:

- a. Amenazas mediante las cuales se exija en forma implícita o explícita una conducta no deseada por la víctima que atente o agravie su dignidad.
- b. Uso de términos de naturaleza o connotación sexual (escritos o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima.
- c. Acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulten ofensivos y no deseados por la víctima.
- d. Trato ofensivo u hostil por el rechazo de las conductas señaladas en este artículo.

“La puesta en marcha de los medios de amparo es obligada frente a quien se revela indigno pese, incluso, a los vínculos de sangre que debieran unir e imponer exquisito cuidado para con el menor y se inhibe o mal convive con él.”¹

En nuestro país, son cada vez más numerosos los casos en que los docentes de colegios se han visto involucrados en hechos considerados como hostigamiento sexual y, si bien es cierto el hostigamiento sexual no está tipificado como delito; sin embargo, estas manifestaciones dentro de la jurisprudencia nacional, muchas veces han sido comprendidas dentro del delito de coacción o atentados contra el pudor, conductas tipificadas en los artículos 151, 176 y 176-A del Código Penal, empero estas mismas conductas son desplegadas contra menores por personas comunes que no gozan de poder o verticalidad sobre la víctima:

“Art. 151.- Coacción.- El que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.”

"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.*

¹ VÁZQUEZ SANDES, JOSÉ RAMÓN: El sistema de protección de menores, Jornadas de coordinación de Defensores del Pueblo, Alicante 17 al 19 de octubre de 2005. www.sindicdegreuges.gva.es

3. *Si el agente tuviere la condición de docente, auxiliar u otra vinculación académica que le confiera autoridad sobre la víctima."*

"Artículo 176-A.- Actos contra el pudor en menores.-

El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

- 1. Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor de siete ni mayor de diez años.*
- 2. Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de seis ni mayor de nueve años.*
- 3. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años.*

Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173 o el acto tiene un carácter degradante o produce grave daño en la salud física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad."

Sin embargo, a la hora de apreciar los hechos y determinar la existencia de responsabilidad del agente, surge el principal problema: **el bien jurídico protegido**, pues en el delito de coacción se atenta contra el bien jurídico libertad individual entendida como la libertad de obrar o actuar de una persona de acuerdo a su voluntad; mientras que en el hostigamiento sexual contra menores de edad se atenta contra el bien jurídico indemnidad sexual, bienes jurídicos distintos, con la agravante de que el hostigamiento sexual contra menores no está criminalizado, dejando su persecución sólo a la vía administrativa distinta a la regulada por la Ley N° 27942 y su modificatoria la Ley 29430, la que además es deficiente, pues deja a los menores

desprotegidos del hostigamiento sexual ambiental horizontal o atípico o el que se produce fuera del ámbito escolar.

A diferencia de lo que estaría establecido en el Código Penal, el Hostigamiento Sexual en los Centros Educativos, se sanciona administrativamente, por remisión del literal a) del artículo 18 del Código de los Niños y Adolescentes, según la gravedad de los hechos, conforme a la Ley N° 24029, Ley del Profesorado, modificada por la Ley N° 25212 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 019-90-ED.

Por otro lado, el Artículo 20 de la Ley N° 27942, establece el pago de una indemnización a favor de la víctima, pero ésta debe exigirla en la vía civil en proceso sumarísimo, sin perjuicio de la sanción disciplinaria para el autor, sin mencionar si le alcanza la responsabilidad penal o a partir de qué comportamiento debe también responder penalmente.

Con relación al personal docente y administrativo de los centros educativos, el 12 de diciembre de 2002, se dio la Ley N° 27911, cuyo Artículo 1, establece la separación definitiva o destitución del servicio de los servidores cuya condena haya sido ejecutoriada o consentida por “*delito de violación de la libertad sexual*”, de acuerdo a lo previsto en el inciso e) del artículo 27 de la Ley del Profesorado N° 24029, o inciso d) del artículo 26 del Decreto Legislativo N° 276 respectivamente, norma que debe concordarse con las modificatorias de los delitos contra la indemnidad y libertad sexual; entendiéndose, hasta antes de los Acuerdos Plenarios N° 7-2007/CJ-116 y N° 4-2008/CJ-116, que los menores de 18 años no tienen libertad sexual, sino por el contrario, indemnidad sexual; pero la norma aún no se ha actualizado.

Señala **MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ**², que la libertad sexual es “*...la libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena; y como facultad de repeler agresiones sexuales de terceros*”

² BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL: Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor, estado civil, Ed. Ceura, Madrid, 1995, p. 179.

Dicha libertad puede ser trastocada no sólo por actos de violencia o amenaza, sino también por hechos que a pesar de tener otra naturaleza e intensidad, igualmente quebrantan e inciden de manera negativa en el desarrollo futuro de la personalidad³

El Artículo 1, de la Ley N° 27911, ya citado, señala además: *“La sanción administrativa referida en el párrafo anterior, se aplicará, aún si el Juez dispone la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo condenatorio. En este último caso el agraviado, comunicará este hecho a la autoridad administrativa pertinente.”*

El Artículo 2, referido a las medidas preventivas, establece: *“Como consecuencia de la presentación de una denuncia administrativa o proceso penal contra un docente o servidor administrativo sobre la comisión de un delito de violación de la libertad sexual en agravio de un educando, previa calificación, el órgano intermedio del Ministerio de Educación podrá separarlo de su función y ponerlo a disposición de la Oficina de Personal para realizar trabajos administrativos compatibles con su cargo, en tanto dure dicho proceso. Por ningún motivo se le desplazará a otro centro educativo ni tampoco a otra oficina administrativa del sector.*

Mientras se resuelve su situación, el docente y el servidor administrativo tendrán derecho al goce de sus remuneraciones, estando impedidos de hacer uso de sus vacaciones o licencias o presentar renuncia.”

El Artículo en comentario, en realidad, no es más que la aplicación de lo establecido por el Artículo 172 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 276: *“Durante el tiempo que dura el proceso administrativo disciplinario el servidor procesado, según la falta cometida, podrá ser separado de su función y puesto a disposición de la Oficina de Personal para realizar trabajos que le sean asignados de acuerdo con su nivel de carrera y especialidad. Mientras se resuelve su situación, el servidor tiene derecho al goce de sus remuneraciones, estando impedido de hacer uso de sus vacaciones, licencias por motivos particulares mayores a cinco (5) días o presentar renuncia.”*

³ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: Derecho Penal, Parte Especial, Ed, Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1999.

Es decir, el Artículo 2 de la Ley N° 27911, no aporta nada nuevo y menos a favor de las víctimas, tornando por el contrario más engorroso el procedimiento al hacer intervenir mayor normatividad en un asunto ya reglamentado.

El 05 de junio de 2007, el Diario Oficial “El Peruano”, dio a conocer la intención de los Alcaldes de los diferentes distritos limeños de realizar una marcha al Poder Judicial para pedir que se aceleren los procesos a los profesores comprometidos en el delito de abuso sexual. El Alcalde del distrito de San Luís, expresó, en entrevista a dicho Diario, *“Se debe efectuar una denuncia policial o llevar el caso al Ministerio Público para que pase al Poder Judicial, y luego hacerle seguimiento. Pero eso no sucede actualmente”*

Señaló, asimismo, que las UGEL (Unidades de Gestión Educativa Local) todavía no sancionan de manera drástica a los directores o profesores denunciados por los alumnos. Con relación a ello, denunció que una vez abierto el proceso administrativo disciplinario, el docente involucrado es suspendido por tres meses, pero que la UGEL debe buscar la sanción penal.

Por su parte, de acuerdo a la misma versión, la Directora de Acción por los Niños, señaló que existen vacíos en el proceso penal que permiten a los abusadores y explotadores sexuales salir libres y evitar las sanciones.

Administrativamente, el Hostigamiento Sexual en los Centros Educativos, se sanciona según la gravedad de los hechos, conforme a la Ley N° 24029, Ley del Profesorado, modificada por la Ley N° 25212 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 019-90-ED, pero no es suficiente para castigar la afectación de la indemnidad sexual de los menores de edad, máxime si el delito de hostigamiento sexual no está tipificado en la norma penal, pese a que se trata de la conducta más frecuente con relación a dicho bien jurídico protegido.

Como puede apreciarse, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos, considerados como hostigamiento sexual contra menores, esta norma administrativa resulta más

bien protectora de los agresores, ya que reitera su conducta como falta, susceptible de ser sancionada en la vía administrativa previo proceso administrativo, sustrayendo de este modo al culpable de la persecución penal, máxime si no existe el tipo penal de hostigamiento sexual y que tampoco puede encuadrarse dentro del tipo penal de actos contra el pudor.

En el ámbito educativo, existe abundancia normativa de orden administrativo, que subtrae el hostigamiento sexual de la persecución penal, más si este tipo penal no existe y tampoco puede encuadrarse dentro del delito de coacción ni de actos contra el pudor, así:

1. La Tercera Disposición Final y Complementaria de la Ley N° 27942, incluye el inciso f) al artículo 14 de la Ley N° 24029, Ley del Profesorado, en los siguientes términos: *“f) No incurrir en actos de hostigamiento sexual, conforme a la ley sobre la materia”*
2. La Directiva N° 209 -2005-ME/SG-OA-UPER, del 28 de Diciembre del 2005, establece las pautas para el Proceso de Contratación de Personal Docente y Administrativo en las Direcciones Regionales de Educación, Unidades de Gestión Educativa Local e Instituciones Educativas para el Año 2006, considera como parte de su Base Legal y con relación al tema motivo de la presente investigación, la Ley N° 24029, Ley del Profesorado modificada por la Ley N° 25212, la Ley N° 27911, Ley que regula medidas administrativas extraordinarias para el personal docente o administrativo implicado en delitos de violación de la libertad sexual, la Ley N° 27942 Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de la Carrera Administrativa y el Decreto Supremo N° 019-90-ED, Reglamento de la Ley del Profesorado. Asimismo, señala que no procede la contratación entre otras causales, cuando el servidor docente o administrativo haya sido sancionado con separación definitiva o destitución del servicio, conforme al Art. 4° de la Ley N° 27911, siendo también causal de resolución del contrato, entre otras, la inobservancia de lo establecido en la Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual.

3. Por Directiva N° 002-2006-VMGP/DITOE, el Ministerio de Educación establece las Normas para el Desarrollo de las Acciones y Funcionamiento de las Defensorías Escolares del Niño y del Adolescente (DESNAS) en Instituciones Educativas. Dicha Directiva define Defensoría Escolar del Niño y del Adolescente, como *“...un servicio que al constituirse al interior de la Institución Educativa, tiene por finalidad promover, defender y vigilar los derechos de los niños, niñas y adolescentes y colaborar en la solución de conflictos de carácter familiar y escolar. Es gratuito y voluntario y su funcionamiento en las Instituciones Educativas exige el cumplimiento de requisitos básicos señalados en la presente Directiva.”*

Señala que las Defensorías Escolares del Niño y del Adolescente, tienen como funciones:

1. *“Defender y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes.*
2. *Promover acciones de difusión de los derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes.*
3. *Fortalecer la práctica de la convivencia y disciplina escolar democrática.*
4. *Conocer la situación social de los estudiantes con mayor vulnerabilidad de deserción escolar.*
5. *Denunciar ante las autoridades correspondientes al conocer casos de niños, niñas y adolescentes que son víctimas de maltrato físico o psicológico, acoso, abuso y violencia sexual.”*

Los Defensores, son *“...docentes o personal auxiliar de la Institución Educativa, elegidos democráticamente por los estudiantes por un periodo de dos años Según la densidad estudiantil, deben elegirse, por nivel y turno, de uno a tres Defensores.”*

Las funciones de los Defensores, son:

1. *“Participar en la elaboración del Plan de Trabajo de la DESNA.*
2. *Promover y desarrollar actividades de difusión y promoción de los derechos del Niño y del Adolescente.*

3. *Propiciar la resolución pacífica y armónica de conflictos cuando se afectan los derechos de los estudiantes, dentro del marco del reglamento de la Institución Educativa y siempre que los hechos no constituyan faltas o delitos señalados en el Código Penal vigente.*
4. *Informar inmediatamente al responsable de la DESNA, o en ausencia de este, al Director de la Institución Educativa los casos de maltrato físico, psicológico, acoso y violencia sexual en agravio de los estudiantes para que se establezca la denuncia ante las autoridades correspondientes.”*

También considera la conformación de Promotores Defensores, que son los estudiantes elegidos por grado, señalando que en las Instituciones Educativas donde funcionan los Municipios Escolares, los Regidores de Derechos del Niño asumen el cargo de Promotores Defensores.

Son funciones de los Promotores Defensores:

1. Participar en la elaboración del Plan de Trabajo de la DESNA
2. Promover y apoyar las actividades y campañas de la DESNA.
3. Comunicar a los Defensores, situaciones en las cuales se ven afectados los derechos de los estudiantes tanto al interior de la Institución Educativa como al exterior.

La autorización y registro de la DESNA, tiene en la Directiva un tortuoso procedimiento, que se inicia en la Institución Educativa que promueve la DESNA, debiendo coordinar con la UGEL la autorización para la instalación del servicio y posteriormente solicitará ser incorporado al Registro del Servicio de Defensoría del Niño y del Adolescente del MIMDES.

Además de todo lo anterior, para acceder a la autorización y registro la Institución Educativa deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. Solicitud firmada por el Director
2. Plan de Trabajo

3. Señalar un horario de atención de la DESNA, sin que afecte el dictado de clases.
4. Relación de los integrantes de la DESNA.
5. Señalar espacio físico al interior de la Institución Educativa donde funcione la DESNA
6. Copia de la Resolución Directoral de constitución de la DESNA.
7. Reglamento Interno que norme el funcionamiento de la DESNA.
8. Organigrama que permita visualizar la ubicación de la DESNA al interior de la Institución Educativa
9. Acreditar que sus defensores han recibido capacitación.

El Director de la Institución Educativa tiene, entre otras funciones, *“Promover, bajo responsabilidad, que se establezca la denuncia ante la autoridad policial o Ministerio Público ante los casos de maltrato físico, psicológico, acoso, abuso y violencia sexual en agravio de los estudiantes que le son derivados por el Responsable de la DESNA o los Defensores. Asimismo comunicar a la UGEL cuando el presunto agresor es un docente, auxiliar, o personal administrativo de la Institución Educativa para la investigación correspondiente.”*

Toda esta normativa tiene como único resultado desalentar la implementación de mecanismos efectivos en las instituciones educativas, para la protección de los menores.

No debe olvidarse que la Constitución, los Tratados Internacionales y la Ley, consideran el interés superior del niño y del adolescente, tal como señala el Artículo IX de la Ley N° 27337, Nuevo Código de los Niños y Adolescentes: *“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”*

Por otro lado, dicho Código hace especial referencia al Proceso con relación a los niños y adolescentes, al señalar en su Artículo X: “*El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos.*” Sin embargo, esta disposición comprende sólo a los menores de edad como infractores de la ley penal o administrativa; es decir como sujetos activos, más no como víctimas, pues este extremo se regula en el Código Penal y casi siempre como tipos agravados.

Si aceptamos que comete abuso quien aprovecha una situación en contra de una persona o de una cosa, encontramos que, conceptualmente, existe similitud entre dicha conducta con el hostigamiento sexual contra menores, porque en ambos existe una posición dominante, con el agravante que en el último caso la víctima es una persona inocente e indefensa, susceptible de ser sometida por el temor que deviene de la violencia o intimidación ejercida sobre él.

Es, en suma, una conducta que merece ser considerada como típica, antijurídica y culpable, que si bien no está regulada como delito de hostigamiento sexual, tampoco está incorporada en el artículo 151 y, sólo parcialmente, en los artículos 176 y 176-A del Código Penal, lo que exige su tipificación como delito autónomo protector de la indemnidad sexual de los menores de edad.

Muchos autores manejan conceptos más amplios dentro de lo que es el abuso sexual y dentro de ellos el hostigamiento sexual. Así por ejemplo **CARRARA**⁴, dice que “*Son ultrajes violentos contra el pudor todos aquellos actos impúdicos que sin constituir tentativa de violencia carnal se cometen sobre otra persona, contra la voluntad de ella*”

Por su parte, **EDUARDO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ**⁵, dice que el Abuso Sexual abarca términos como:

⁴ CARRARA: Programa de Derecho Criminal. Parte Especial, Vol. II-4, § 1542.

⁵ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, EDUARDO: El abuso sexual a los niños, <http://www.contraelabusosexualdelainfancia.com/art3.htm>.



- Conducta Abusiva Sexual,
- Ofensa Sexual,
- Violación,
- Sodomía
- Acoso Sexual entre otros.

En un artículo titulado “*Acercamiento integrador a los abusos sexuales*”⁶, publicado por la revista Información Psicológica del Colegio Oficial de Psicólogos N° 69 Año 1999, de España, se señala lo siguiente con respecto al abuso sexual contra menores:

“Los niños que son víctimas de abusos sexuales distinguen claramente este tipo de contactos de las caricias afectivas que reciben en otras circunstancias. A pesar de la actitud seductora del agresor, el niño percibe claramente, aunque no entienda muy bien qué está pasando, que la situación no es clara. Miradas insinuantes, toques insistentes, secreto, confidencialidad, presión, atenciones desproporcionadas, son algunas de las artimañas que el niño tiene que sortear.

Las conductas sexuales que se dan en los abusos sexuales se pueden clasificar en:

a) Directas:

- *Contacto genital o anal entre niño y adulto.*
- *Penetración anal, vaginal u oral.*
- *Manipulación del cuerpo por debajo y por encima de la cintura.*
- *Masturbación.*
- *Otros actos de gratificación sexual del adulto: froterismo, eyaculación sobre el menor, etc.*

b) Indirectas:

...las conductas más frecuentes llevadas a cabo con menores son, en el caso de los niños, intentos de penetración anal y prácticas de sexo oral

⁵ PÉREZ CONCHILLO, MARÍA - CARBAJO ÁVAREZ, EVA: “*Acercamiento integrador a los abusos sexuales*”, publicado por la revista Información Psicológica del Colegio Oficial de Psicólogos N° 69 Año 1999. Instituto de Sexología y Psicoterapia Espill. Servicio de Atención Psicológica a Menores Víctimas de Abusos Sexuales de la Consellería de Bienestar Social. C/ Serpis, 8-2ª 46021 Valencia. España.

hacia el agresor, seguido de masturbación al agresor y con muy poca incidencia la observación de conductas sexuales o material pornográfico.

En el caso de las niñas, las conductas más comunes son tocamientos en zona vaginal, con menor frecuencia se dan las prácticas de sexo oral al agresor, masturbación e intentos de penetración vaginal. Finalmente y con menor incidencia aparecen intentos de penetración anal, observación de conductas sexuales o material pornográfico y sexo oral hacia la menor. Es muy raro que nos encontremos con conductas donde se ha llevado a cabo penetración vaginal y, cuando esto ocurre, suele ser en menores de más edad (púberes o adolescentes). Suponemos que la penetración vaginal esta condicionada al desarrollo físico de la menor.”

En forma complementaria a lo anterior, **OSCAR ESTRELLA**⁷, señala con acierto, *“El abuso sexual importa acciones materiales de contacto, tocamientos o aproximaciones realizados sobre el cuerpo del sujeto pasivo. Son típicas también las acciones que el agente logra que la víctima ejecute sobre el cuerpo de aquél o sobre el de un tercero, o aquellas que sin importar tocamientos en parte pudendas, tienen trascendencia o significado sexual, como el de desnudar a la víctima o levantar las polleras a una mujer”*

DE GREGORIO BUSTAMANTE, define el abuso sexual como:

“Un delito donde el/la victimario/a adulto satisface sus impulsos o deseos sexuales con un niño de cualquier sexo, aprovechándose de sus debilidades, ignorancia o inexperiencia del menor, mediando engaño, violencia, amenaza, abuso coactivo, intimidatorio o una relación de dependencia, con falta de consentimiento de la víctima por su sola

ESTRELLA, OSCAR: De los delitos sexuales. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005. p. 37.

condición de niño, afectándose su reserva y/o integridad sexual, implicando –o no- para éste una experiencia traumática, que puede perjudicar su desarrollo evolutivo normal y que además, está previsto y reprimido en el Código Penal”

Esta definición, a todas luces extensa, debería hacernos reflexionar acerca de la complejidad de evaluar la conducta delictiva del hostigamiento sexual, por lo que su reducción al ámbito administrativo bajo la denominación de “hostigamiento sexual” constituye un claro atentado contra la indemnidad sexual de los menores y limita la capacidad punitiva del Estado.

En efecto, en la vía administrativa no existen los recursos humanos ni las normas apropiadas para merituar y sancionar en forma debida delitos como el que motiva esta investigación, tanto más si se toma en cuenta que sólo está regulado el hostigamiento sexual vertical cuando se trata de menores de y se considera atípico el hostigamiento sexual horizontal. Este último tipo de hostigamiento sexual esta fuera tanto de la norma penal como de la norma administrativa, pero constituye una de las formas frecuentes de atentar contra la integridad y desarrollo psicosexual de los menores de edad que constituye la cifra negra. Ningún funcionario público está en condiciones de valorar las pruebas y otros elementos del acto como lo podría hacer un magistrado; de ahí la necesidad de considerar el hostigamiento sexual contra menores como un delito. En definitiva, estas son las fallas que se presenta la norma administrativa cuando se trata del hostigamiento sexual contra menores de catorce años de edad.

Pero las fallas se presentan también en la norma penal; así el Artículo 176-A del Código Penal, al referirse a los Actos contra el pudor en menores, señala: ***“El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor...”*** El tipo penal se construye sobre dos supuestos de hecho: **los tocamientos indebidos en las partes íntimas de la víctima o de un tercero y, en los actos libidinosos contrarios al pudor.** Este último supuesto que constituye el elemento

normativo del tipo objetivo, no ha sido definido por la ley quedando en su condición de tipo abierto para ser llenado por la jurisprudencia de nuestros tribunales, los que tampoco han desarrollado su definición. Así, nos encontramos frente a un defecto de la norma penal positiva que exige su reforma y que para el caso de menores de catorce años de edad quedaría cubierta con la tipificación penal del hostigamiento sexual contra menores de catorce años, pues esta última figura permite comprender no solamente los tocamientos en las partes íntimas de la víctima o terceros sino también otros comportamientos que podrían ser más lascivos que el primer supuesto de hecho.

En este sentido SILVIO RANIERI, después de examinar en el Código Penal italiano de 1930 los delitos contra la libertad sexual y en particular los actos libidinosos violentos o abusivos y señalar que la conducta punible del delito previsto en el artículo 521 consiste, en las diferentes hipótesis por él previstas, en los actos de concupiscencia carnal, distintos de la unión, cometidos por el agente con el uso de violencia o de amenaza (actos lujuriosos violentos), o abusando de las condiciones de inferioridad física o síquica o del vínculo de confianza de que se habla en los artículos 519 y 520 (actos libidinosos abusivos) sobre la persona del sujeto pasivo (artículo 521, párrafo primero); o cometidos por este, mediante constreñimiento o inducción, sobre sí mismo, sobre la persona del culpable o sobre otras personas (artículo 521, párrafo segundo), concluye: No existiendo el uso de los medios o las condiciones de que se trata en los artículos 519 y 520, el hecho podría ser castigado por otros títulos; por ejemplo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 527, 530, 594, etc. Y añade: Como se ha dicho, los actos de concupiscencia deben ser distintos de los de la unión carnal. Por lo tanto, en esta amplia noción quedan comprendidos todos los actos de excitación o de desahogo de la lujuria, con tal que sean distintos de los del acceso carnal, y aunque estén dirigidos a este; por ejemplo, tocamientos obscenos, frotamientos lascivos, contactos que pueden excitar los sentidos, etc., con tal que sean cometidos por el culpable sobre otro sujeto, o que los haga cometer sobre sí mismo, sobre la persona del culpable o sobre un tercero.

MONICA SARTI, luego de analizar la “Violencia sexual” tras la reforma introducida por la señalada ley 66 de 1996 para su país –Italia-, explica:

Parece oportuno resaltar cómo el legislador en la reforma no tuvo en cuenta las diversas propuestas orientadas a crear un tipo autónomo con el nombre de “**molestias sexuales**” que comprendiera aquella amplia categoría de comportamientos que difícilmente podrían ser entendidos como actos sexuales verdaderos y propios pero que, sin embargo, constituyen una ofensa a la esfera sexual de la víctima.

Hoy, en espera de esa conveniente reglamentación, en particular frente a las perturbaciones en el lugar de trabajo (por la significativa gravedad que las caracteriza), tales comportamientos desviados pueden ser comprendidos entre las injurias y las molestias previstas por el artículo 660 del C. P.

En la doctrina nacional, Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre en su libro “**Delitos Contra La Indemnidad E Intangibilidad Sexual**”; a diferencia de otros autores, haciendo referencia a R. Núñez señala: “El acto libidinoso tiene un significado subjetivo impúdico y siempre posee aptitud para constituir un abuso deshonesto, cualquiera que sea la parte del cuerpo sobre que recaiga, aunque el autor no logre satisfacción de su sexo. Constituye acto libidinoso: palmoteo de las piernas, tocamiento de los órganos genitales, cualquier tocamiento obsceno; meter las manos por debajo de los vestidos; palmoteos y besos; manoseo de los senos, aún sobre los vestidos; acariciar, besar y manosear”. En esencia, la doctrina nacional tampoco distingue los tocamientos en las partes íntimas de la víctima o que ésta lo realice en el cuerpo de un tercero de lo que es el supuesto del acto libidinoso contrario al pudor.

Nuestra propuesta de modificar el Artículo 176-A del Código Penal e incorporarlo en el Capítulo IX del Título IV del indicado Código, tipificando, la figura del Hostigamiento sexual contra menores de catorce años, pretende tener un contenido más amplio, siendo que las conductas perseguidas administrativamente así como supuestos de hechos inoperantes, sean funcionales a través del tipo penal para lograr una efectiva protección de la indemnidad sexual. Así, la propuesta de modificación persigue castigar las siguientes conductas: el hecho de que sin propósito de practicar el acto sexual u otro análogo, se exija a una persona menor de catorce años, en forma implícita o explícita una conducta de naturaleza sexual; se use términos escritos o verbales de naturaleza o connotación sexual; insinuaciones o proposiciones sexuales;

gestos obscenos; acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual; trato ofensivo u hostil por el rechazo de las conductas antes señaladas o promesa implícita o expresa a la víctima de un trato preferente y/o beneficioso respecto a su situación actual o futura a cambio de favores sexuales; así mismo, para la graduación de la pena tomar en cuenta la edad de la víctima. Por otro lado, reputar como agravante la posición del agente que puede ser de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa o la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del Artículo 173 o el acto tiene un carácter particularmente degradante o produce un grave daño en la salud, física o mental de la víctima que el agente pudo prever, debiendo sancionarse con una pena mayor.

De nuestro análisis, se desprende, lo siguiente:

1. La legislación peruana resulta contradictoria, al calificar en una norma especial los delitos contra la indemnidad sexual de menores como faltas administrativas denominadas “hostigamiento sexual”.
2. En un Sector de tanta trascendencia en el futuro del país, se ha emitido una norma, la Ley N° 27911, que contribuye a confundir aún más a las autoridades y, a la postre, resulta protectora de los agresores contra menores.
3. La norma administrativa contra el Hostigamiento Sexual, debe sustraer las conductas dirigidas contra menores y dejarlas al ámbito penal y, para ello, debe tipificarse como delito el hostigamiento sexual en menores, para hacer efectiva la protección del bien jurídico indemnidad sexual, puesto que sólo una conducta típica, antijurídica y culpable puede ser punible.
4. La normativa administrativa sólo prevé el hostigamiento sexual vertical y deja al margen de la regulación legal al hostigamiento sexual horizontal, cuyas víctimas menores de edad son más frecuentes, lo que constituye la cifra negra.
5. La norma penal no alcanza a castigar el hostigamiento sexual contra menores, más cuando el acto libidinoso contrario al pudor es un elemento normativo del tipo penal de actos contrarios al pudor de menores que no ha sido definido ni por la ley ni por la jurisprudencia nacional y tan solo limitan a los tocamientos.

En consecuencia, la intervención puramente administrativa en un hecho claramente criminal, hace posible que el proceso administrativo disciplinario, y la probable consecuente absolución, entorpezca y hasta frustre la sanción de una conducta que debe criminalizarse para permitir también el control de la cifra negra.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. PROBLEMA PRINCIPAL

¿En qué medida el hostigamiento sexual contra menores debe considerarse como conducta típica en el Código Penal?

1.2.2. PROBLEMAS SECUNDARIOS:

- A. ¿Cuáles son las implicancias de la normatividad administrativa en el interés superior de niño, víctima del hostigamiento sexual por parte del personal de las instituciones educativas?
- B. ¿Cuáles son los beneficios de incorporar al ámbito penal el hostigamiento sexual, tipificándolo como delito?
- C. ¿Cuál es el efecto de la incorporación del hostigamiento sexual en la norma penal respecto de la cifra negra generada por el hostigamiento sexual ambiental horizontal no institucional?

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. GENERAL:

Demostrar que el hostigamiento sexual contra menores, sea en la modalidad vertical u horizontal, contiene elementos que hacen necesaria su sustracción

del ámbito administrativo y su tipificación como delito autónomo contra la indemnidad sexual.

1.3.2. ESPECÍFICOS:

- A. Demostrar que la legislación peruana resulta contradictoria e insuficiente, al calificar en una norma especial el hostigamiento sexual en menores de edad como faltas administrativas denominadas “hostigamiento sexual”, cuando en realidad, estamos frente a una conducta que debe ser tratada por el derecho penal, para alcanzar la verdadera protección del bien jurídico afectado.
- B. Demostrar que la normatividad administrativa contribuye a confundir a las autoridades y resulta protectora de los agresores contra menores.
- C. Demostrar que el hostigamiento sexual horizontal al no estar comprendido en la norma administrativa ni penal, ha generado una cifra negra que requiere de control por parte del Estado.
- D. Demostrar que el delito de coacción tipificado en el artículo 151 del Código Penal, no es el idóneo para proteger el bien jurídico indemnidad sexual, por ser otro el bien jurídico a que está destinado a proteger.
- E. Demostrar que la cifra negra generada por el hostigamiento sexual horizontal, sólo puede ser controlada al tipificársele como delito autónomo.
- F. Demostrar que el delito de actos contra el pudor tipificado en el Artículo 176, 176-A del Código Penal, es en realidad una de las formas de hostigamiento sexual pero no suficiente para proteger la indemnidad sexual y que además, desaparecería si se penaliza el hostigamiento sexual, pues quedaría regulado dentro de él.

1.4. HIPÓTESIS

1.4.1. HIPÓTESIS CENTRAL

El hostigamiento sexual contra menores contiene elementos que hacen necesaria su sustracción del ámbito administrativo y su tipificación como delito autónomo contra la indemnidad sexual, implicando una reforma parcial del Código Penal.

1.4.2. HIPÓTESIS SECUNDARIAS:

- A. La legislación peruana resulta contradictoria, al calificar en una norma especial el hostigamiento sexual frente a menores como faltas administrativas denominadas “hostigamiento sexual”; cuando en realidad, la sanción efectiva sólo sería posible cuando esté contemplada como una conducta típica, antijurídica y culpable.
- B. La normatividad administrativa contribuye a confundir a las autoridades y resulta protectora de los agresores contra menores.
- C. La normatividad administrativa afecta el interés superior del niño, víctima del hostigamiento sexual por parte del personal de las instituciones educativas.
- D. El hostigamiento sexual ambiental horizontal no institucional se encuentra fuera de los alcances de la norma administrativa y penal, por lo que es considerada atípica, escapando a todo forma de control estatal generando una cifra negra; por lo que sólo la tipificación penal permitirá su control.
- E. La incorporación del hostigamiento sexual, tipificándolo como delito, en el ámbito penal, garantiza una auténtica protección a la indemnidad sexual de los menores.

1.5. VARIABLES

1.5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE:

HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES

Conducta casi siempre verbal o de acto reiterada de naturaleza sexual no deseada y/o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, o un tercero que no tenga tal condición, en contra de menores de 14 años de edad, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad así como sus derechos fundamentales.

INDICADORES:

- Edad del hostigado.
- Sometimiento de la víctima.
- Posición del hostigador frente al hostigado.
- Amenazas.
- Acercamientos corporales en forma de roces, tocamientos u otras conductas de naturaleza sexual.

1.5.2. VARIABLE DEPENDIENTE:

NECESIDAD DE TIPIFICACIÓN PENAL

Criminalización del hostigamiento sexual contra menores de 14 años como delito contra la indemnidad sexual y su inclusión como figura típica en el Código Penal.

INDICADORES:

- Tipificación.
- Condición del agente.
- Posición del hostigador frente al hostigado.
- Características de la conducta punible.
- Tipo de sanción.

1.6. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACIÓN

Como ya señaláramos, el Estado está en la obligación de proteger el interés superior de niños y adolescentes, así como proteger los bienes jurídicos más relevantes sin

perder la óptica del principio de legalidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos y de intervención mínima que informan el derecho penal. En un país como el nuestro, donde los delitos de violación sexual de menores son hechos cotidianos, resulta inaceptable la existencia de normas que contemplen procedimientos administrativos para valorar conductas cuyas manifestaciones son de naturaleza claramente penal o, en otros casos, simplemente la ausencia del Estado que conlleva a aceptar la existencia del hostigamiento sexual atípico; es decir, cuando entre hostigador y hostigado no hay forma alguna de relación de dependencia o autoridad.

Esto es más grave aún, cuando quienes cometen delitos contra la indemnidad sexual de menores son, precisamente, responsables de su cuidado y formación integral, los que debieran fomentar y reforzar valores en niños que no tienen aún capacidad para tomar decisiones de índole sexual.

La frecuencia y gravedad de los delitos sexuales contra menores exige del Estado una acción de mayor alcance y, sobre todo, más coherente en la prevención y sanción de delitos que lesionan no sólo un bien jurídico protegido, sino que, además, atentan contra derechos fundamentales reconocidos universalmente; sin embargo, debe reconocerse también que el principio de legalidad previsto en el literal d) del numeral 24 de la Artículo 2 de la Constitución Política del Estado, señala que los delitos y las penas sólo pueden crearse por ley, e ahí la razón del por qué planteamos la tipificación del hostigamiento sexual como delito, pues mientras no esté tipificado el Estado nunca podrá sancionarlos punitivamente.

Por tal razón, nuestra investigación pretende poner en evidencia las fallas del sistema legal administrativo que considera como faltas, conductas que constituyen en realidad delitos y que, gracias a ello, permite que los responsables puedan escapar a la sanción penal y, por otro lado, la total ausencia del Estado en cuanto el acto es cometido por terceros que no tengan relación de autoridad con la víctima y que son los casos más frecuentes; así mismo pretendemos resaltar las fallas del sistema penal, pues no puede forzarse la aplicación de un tipo penal cuyo bien jurídico protegido no es la indemnidad sexual y muy por el contrario, la libertad individual o reducir el

hostigamiento sexual solamente a una de sus formas como son los actos contra el pudor. En efecto, si bien es cierto el hostigamiento sexual se da con frecuencia en los centros laborales y afecta fundamentalmente a mujeres, conductas que pueden parecer similares en centros educativos dirigidas contra menores, no pueden ser englobadas bajo el mismo concepto.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES

DERECHOS DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

2.1. LA ESFERA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

La Constitución Política considera la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como el fin supremo de la sociedad y del Estado, reconociéndole por tanto, el derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. En este principio incluye al concebido como sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Es a partir de estos preceptos constitucionales que se construye todo el armazón jurídico de la protección a la niñez y adolescencia, que se objetiviza a través de las siguientes normas:

- A. La Ley N° 27337, Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, garantiza en su Artículo I la vida e integridad del niño y el adolescente reconociéndoles el derecho a la vida desde el momento de la concepción, al mismo tiempo que en su Artículo II, los señala como sujeto de derechos, libertades y de protección específica para posteriormente, en el Artículo IX, declarar el Interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad.

- B. El Código Civil, en lo relativo a los Derechos Civiles, reconoce en su Artículo 1 que el niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la

concepción. Asimismo, “...*garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental.*”

El Artículo 2, asigna al Estado la responsabilidad de “...*promover el establecimiento de condiciones adecuadas para la atención de la madre durante las etapas del embarazo, el parto y la fase postnatal. El Estado otorgará atención especializada a la adolescente madre y promoverá la lactancia materna y el establecimiento de centros de cuidado diurno...*”, comprometiéndolo al mismo tiempo la contribución de la sociedad.

Más directamente, los Artículos 3 y 4, respectivamente, garantizan el derecho del niño a vivir en un ambiente sano y a su integridad personal. En este último caso, se refiere específicamente al respeto que “... *su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante.*”

La tutela de derechos fundamentales está expresamente regulada como “deber especial”. De allí que lejos de realizar una interpretación exegética de las normas, todo procedimiento judicial debe estar guiado por los “derechos subjetivos”.⁸

A pesar de la protección legal citada, las conductas violentas adultas contra niños y adolescentes son cada vez más frecuentes y graves, habiéndose llegado a usar como herramienta la Internet para atraer a menores hacia prácticas abusivas (hoy llamado sexo inteligente).

Frente a estas amenazas, la respuesta social ha variado con el paso del tiempo, haciéndose más reflexiva, desde que aparecieron las expresiones *maltrato infantil* en 1971, *abuso sexual* en la década del 80 y *maltrato emocional* en la actualidad.

⁸ BERMÚDEZ TAPIA, MANUEL: La protección constitucional del vínculo familiar en el sistema jurisdiccional peruano. Artículo publicado en *JUS Constitucional*. N° 6. Lima, Grijley, 25 Jul 2008.

“...los menores, que no tienen, entre otras cosas, capacidad de decisión, ni posibilidad de defenderse, suelen ser los especialmente perjudicados, pero ya no sólo por la violencia adulta directamente ejercida sobre ellos(as), sino por la violencia del silencio y la desinformación que recae sobre sus mayores.

...

La violencia contra niños(as) bajo cualquiera de sus formas: física, emocional, sexual, (sus combinaciones y variantes directas e indirectas) y otras como el Munchausen, maltrato químico, trabajo infantil, prostitución, explotaciones varias, etc., son frecuente noticia. Numerosas personas se esfuerzan en el mundo, cada una desde su área de interés y desempeño, por neutralizar estos males por no menos numerosas y muy válidas razones, entre ellas, evitar la muerte directamente ocasionada por la agresión adulta o por suicidio del menor. Los logros son importantes, valiosos y cada vez mayores. Por oposición, el mal poder avanza.”⁹

La esfera Constitucional de protección de niños y adolescentes, supone precaver, a través de la legislación sobre la materia los posibles efectos dañosos de un posible peligro, al mismo tiempo que reparar el perjuicio causado y corregir su origen.

“...todo ha de tender a la protección del menor -en cualquier orden y cualquiera que sea la situación en que se encuentre- sin menoscabar su idiosincrasia, sin proteccionismos desvirtuadores que sustituyan la incipiente personalidad del menor en vez de desarrollarla adecuadamente, acordemente a sus cualidades. La protección ha de ser prestada reconociéndolo a él, intuyendo los caminos por los que

⁹ LASSUS, MARÍA CELIA: Una visión diorámica del mal poder adulto ejercido sobre la infancia, Revista Electrónica PsicologíaCientífica.com. ISSN: 2011-2521. Uruguay. julio de 2008

*habrá de desenvolverse y llevando a la práctica lo que, serenamente, se considere más adecuado.”*¹⁰

2.2. LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE DERECHO EN MATERIA SEXUAL

Los delitos sexuales cometidos contra niños y adolescentes vulneran la indemnidad sexual o la capacidad valorativa para comprender la trascendencia de la conducta sexual, afectándose con ello *“las condiciones de orden físico-psíquico normal y sin perturbaciones que permiten el futuro ejercicio sexual en libertad...”*¹¹

En estos delitos es manifiesta una “asimetría de poder” entre el agresor y la víctima, especialmente cuando el primero tiene una posición de autoridad frente a los menores, que se manifiesta más frecuentemente en el hogar y la escuela.

De acuerdo a la Doctrina de la Protección Integral de la Convención de los Derechos de los Niños, de 1989, los derechos de los niños son:

1. *“El interés superior del niño: que se entiende como la prioridad que se deben dar a estos derechos por parte del Estado, pero además, la obligación de interpretar de manera conjunta e integral todos los derechos, con el fin de que ninguno de ellos interpretado o aplicado de manera aislada pueda desconocer otro.*
2. *La no discriminación: se expresa a través de la inclusión de todos los sectores en el tutelaje de la ley; ya sea en el tratamiento o en los resultados de su aplicación que deben ser equivalentes. En ese sentido, no caben diferenciaciones en razón de edad, sexo, raza, etnia, opinión política, etc.*¹²

¹⁰ VÁZQUEZ SANDES, JOSÉ RAMÓN: El sistema de protección de menores, Jornada de Coordinación de Defensores del Pueblo. Alicante. 2005. www.sindicdegreuges.gva.es

¹¹ REYNA ALFARO, LUIS MIGUEL, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Lima, Jurista editores, 2005, p. 133.

¹² *Considerada consecuencia del principio de igualdad ante la ley, o en su versión actual, el principio de la equidad que supone no solo un tratamiento igual, sino unos resultados equivalentes aunque para ello se deba hacer un tratamiento diferenciado.*

3. *El respeto a la opinión del niño/a: Los niños/as y adolescentes tienen derecho a expresar libremente su opinión y a que esta se tome en cuenta.*
4. *El respeto a los derechos del niño/a: Considerándolos de manera integral: derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo.*

La Convención de los Derechos del Niño está estructurada en torno a cuatro ejes:

- *Derechos de supervivencia*
- *Derechos al desarrollo*
- *Derechos de participación*
- *Derechos a la protección”*¹³

Conforme se han reconocido los derechos de los menores, los Estados han ido desarrollando mecanismos jurídicos de protección a la infancia y adolescencia. En ese orden de ideas, aún hace falta que el Estado proteja a los niños y adolescentes mediante acciones preventivas eficaces, considerando tanto su ámbito familiar, como social.

Con respecto al abuso sexual contra menores, el actual Código Penal ha tipificado el delito de violación sexual desde una perspectiva alejada de la lógica moral que buscaba proteger el honor sexual. No obstante dicha modificación, suele ocurrir que los jueces no siempre hacen una calificación del delito e individualización de la pena, de manera correcta. Por ejemplo, los actos de abuso sexual se condenan como actos contra el pudor, ocurriendo algo similar al aplicar la individualización de la pena, entendida como la decisión sobre la clase y cantidad de pena que corresponde imponer al autor de un hecho delictivo frente a la trasgresión culpable de un precepto penal¹⁴. No debemos olvidar que el Derecho Penal busca proteger al más débil y mantener la vigencia de los derechos humanos de los niños y adolescentes.

¹³ PORRAS VELASCO, ANGÉLICA – DE LA CERDA, AMALIA: Análisis de las reformas penales que tipifican los delitos de Explotación Sexual Comercial Infantil. Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil –IPEC, Programa de Duración Determinada –PDD en Ecuador. 2005, p. 4.

¹⁴ CARO CORIA, DINO CARLOS: “Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” (<http://www.derechopenal.com.ar/archivos.php?op=22&id=117>)

El sistema judicial se caracteriza, además, por una serie de deficiencias que exponen a los menores a situaciones indeseables durante el proceso de investigación policial y judicial, produciéndose como consecuencia de ello una doble victimización (revictimización).

2.3. ACCIÓN DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

La sola acción legislativa resulta insuficiente para constituir mecanismos efectivos de protección a la niñez y adolescencia en contra de los delitos sexuales. Hacen falta acciones complementarias que comprometan a todos los actores, desarrollando en ellos la importancia de garantizar la integridad de la niñez en los aspectos físico y psicológico.

“...las leyes no son más que instrumentos, pobres e inadecuados casi siempre, para tratar de dominar a los hombres cuando, arrastrados por sus intereses y sus pasiones, en vez de abrazarse como hermanos tratan de despedazarse como lobos. El estudio de tales medios en sí puede parecer árido y abstracto; pero quisiera llegar a haceros ver siempre sobre el fondo del cuadro esa inquieta y doliente humanidad a la cual nuestros esfuerzos, a menudo demasiado en vano, tratan de poner remedio.”¹⁵

Las deficiencias del Estado peruano para proteger adecuadamente a la niñez, quedaron demostradas el 22 de febrero de 2000, cuando el Comité de los Derechos del Niño, evaluó y observó el Informe del Perú, presentado en virtud del Artículo 44 de la Convención. En dicha ocasión, el Comité observó no sólo lo insuficiente de la información alcanzada, sino también lo tardío de la presentación del Informe.

¹⁵ CARNELUTTI, FRANCESCO: “Cómo se hace un proceso” Ed. EDEVAL, Valparaíso 1979.

Entre las observaciones relacionadas con el tema motivo de la presente investigación, se encuentran las siguientes:

1. En el Informe no hay referencias explícitas a las recomendaciones anteriores del Comité.
2. La adopción de iniciativas tales como la Estrategia Nacional de Alivio a la Pobreza (1995-2000) y el Programa Nacional de Acción para la Infancia (1996-2000), así como el desarrollo de planes regionales de acción en pro de la infancia se consideran medidas positivas que corresponden a las recomendaciones del Comité.
3. La promulgación de la Ley N° 27055 que contiene reformas por las cuales se tipifica como delito la violencia sexual, se consideran medidas positivas de lucha contra la violencia contra los niños y para el tratamiento de las víctimas, que responden a la recomendación del Comité.
4. Si bien se reconoció la mejora de la coordinación y la supervisión de la aplicación de la Convención, tales como el establecimiento del Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano (PROMUDEH) como ente rector y la Comisión para la Coordinación del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y el Adolescente, se recomendó el fortalecimiento del ente rector proporcionándole recursos financieros y humanos suficientes para llevar a cabo su mandato de forma eficaz.
5. El Comité recomendó que el Estado continúe sus esfuerzos por fortalecer el mandato de los centros de defensa de los niños y adolescentes, reiterándole la necesidad de proporcionar a los centros recursos financieros y humanos suficientes para llevar a cabo su mandato de forma eficaz.
6. El Comité manifestó su preocupación por la falta de datos desagregados para todos los ámbitos que abarca la Convención.
7. No obstante celebrar la aprobación de programas especiales, dentro del Plan Nacional de Acción por la Infancia, para la protección de los derechos de los niños más vulnerables, el Comité estimó que esas medidas debían reforzarse.
8. El Comité recomendó que se tomen más medidas para garantizar la aplicación del principio del "interés superior del niño", el cual también debe reflejarse en todas las políticas y los programas relacionados con los niños.

Asimismo, consideró necesario reforzar las campañas de aumento de la conciencia pública en general, incluidos los dirigentes de la comunidad, así como los programas de educación sobre la aplicación de esos principios con el fin de modificar la visión tradicional de los niños que muchas veces se consideran objetos (Doctrina de la situación irregular) y no sujetos de los derechos.

9. El Comité expresó su preocupación porque los abusos físicos y sexuales de los niños -dentro y fuera de la familia- siguen siendo fenómenos difundidos en el Estado Parte. En tal sentido, recomendó que el Estado siga adoptando medidas eficaces para prevenir y combatir el abuso y el maltrato de los niños dentro de la familia, en la escuela y en la sociedad en general, en particular mediante el establecimiento de programas multidisciplinarios de tratamiento y rehabilitación. Sugiere, entre otras cosas, que se fortalezca la aplicación de la ley con respecto a esos delitos; que se refuercen los procedimientos y mecanismos adecuados para tratar de forma eficaz las denuncias de abusos de niños a fin de proporcionar a los niños un acceso rápido a la justicia; y que la ley prohíba explícitamente la aplicación de castigos corporales en el hogar, en las escuelas y en otras instituciones. Además, recomendó la creación de programas educacionales para combatir las actitudes tradicionales en la sociedad con respecto a esta cuestión.
10. En cuanto a la explotación sexual de los niños, al expresar su satisfacción por las reformas del Código de los Niños y Adolescentes, del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal, así como por otras medidas en este ámbito, manifestó su preocupación por la ausencia de un plan nacional de acción para luchar contra la explotación sexual de los niños y para prevenirla, así como por el poco conocimiento entre la población de la explotación y el abuso sexuales y de las medidas existentes para determinar y denunciar los casos de abuso. A la luz del artículo 34 y otros artículos conexos de la Convención, el Comité recomendó que el Estado lleve a cabo un estudio nacional sobre la cuestión de la explotación sexual comercial de los niños como base para elaborar y aplicar un plan nacional amplio de acción para prevenir y combatir ese fenómeno y que continúe llevando a

cabo campañas de aumento de la conciencia pública sobre esta cuestión. El Comité recomienda al Estado Parte que tenga en cuenta las recomendaciones formuladas en el Programa de Acción del Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, celebrado en Estocolmo en 1996.

11. En lo que respecta a la administración del sistema de justicia de menores, el Comité expresó su satisfacción por la creación de salas de familias y la labor de los jueces especializados que tratan los asuntos relacionados con los niños. Sin embargo, el Comité manifestó su preocupación porque las disposiciones del Código de los Niños y Adolescentes relativas a la administración de la justicia de menores no se aplican plenamente, entre otras cosas, porque los diversos servicios en este ámbito no tienen personal suficiente ni suficientemente capacitado.
12. Por último, el Comité recomendó que el informe periódico y las respuestas escritas presentadas por el Estado se difundan ampliamente entre el público en general y que se examine la posibilidad de publicar el informe, junto con las actas resumidas correspondientes y las observaciones finales aprobadas al respecto por el Comité. Ese documento debería distribuirse ampliamente para suscitar el debate y aumentar el conocimiento de la Convención, de su aplicación y de la supervisión por el Gobierno, el Parlamento y el público en general, en particular las organizaciones no gubernamentales interesadas.

Por otro lado, la organización internacional Save the Children¹⁶, enfatiza la responsabilidad que la sociedad y los políticos tienen en:

1. *El rechazo de la marginación de grupos e individuos, valorando a todos los niños y niñas por igual.*
2. *La promoción de la toma de conciencia en torno al abuso sexual infantil.*
3. *El diseño y la oferta de servicios que incluyan a todos los niños y niñas.*

¹⁶ Save the Children: Abuso sexual infantil – Programas de Prevención ¿Cuál es el efecto del trabajo en prevención? Seminario de Expertos Helsingør, Dinamarca 7-9 Septiembre 2000. Parte de un proyecto europeo organizado por el Grupo de Europa de la Alianza Save the Children y financiado por Iniciativa Daphne de la Comisión Europea.

4. *El rechazo del modelo médico de la discapacidad y ofrecimiento de servicios que cubran las necesidades de estas personas.*
5. *El establecimiento de salarios y formación adecuada para las personas que trabajan con niños y niñas (los salarios bajos y las condiciones de trabajo pobres dan a entender que el trabajo con niños y niñas no es relevante).*
6. *La cualificación del personal de las instituciones y en el diseño de políticas y procedimientos relativos a los cuidados íntimos.*
7. *Asegurar que existe alguien que sabe todo lo que le ocurre a un niño.*
8. *La potenciación del máximo de comunicación con todos los niños y niñas.*
9. *El apoyo a las familias para reducir la vulnerabilidad de aquellas personas con necesidades afectivas, económicas, sociales...*”

2.4. TRATAMIENTO DE LOS DELITOS SEXUALES EN EL PERÚ

Los convenios internacionales trascienden la jurisdicción nacional y, al ser aceptados por un Estado, obligan legalmente a éste para implementar todas las disposiciones del texto, a excepción de aquellas donde presentó reservas, dado que son documentos normativos que enuncian lo que la comunidad internacional ha acordado como valores universales. En este sentido debe tomarse en cuenta lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado “*Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú*”.

A fin de lograr una cabal comprensión del interés y necesidad de protección a la niñez, hacemos a continuación un breve resumen tanto de los Tratados Internacionales como del derecho objetivo peruano, lo que nos permitirá una adecuada aproximación al tema. De su lectura, podrá apreciarse que los principios que inspiraron dichos Tratados, a los que el Perú se adhirió, y que se han incorporado a nuestra legislación civil y penal, se diluyen en las medidas

administrativas que favorecen a un grupo exclusivo, en este caso a los docentes que atentan contra la indemnidad sexual de sus alumnos menores de edad.

2.5. TRATADOS INTERNACIONALES

2.5.1. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, partiendo del concepto que "*Persona es todo ser humano*", reafirma que el ideal de libertad de ese ser humano, exento del temor y de la miseria, sólo puede realizarse, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En ese sentido, toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, así como a la libertad y a la seguridad personales.

Asimismo, resulta trascendente la importancia que otorga a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, la cual debe ser protegida por la sociedad y el Estado, reconociéndole especialmente al niño el derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. En consecuencia, siendo el niño elemento importante de la familia, le reconoce el derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

2.5.2. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entró en vigor el 02 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49, señalando que:

1. Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.
2. La infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.
3. La familia es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, los que deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,
4. El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,
5. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
6. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
7. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.
8. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

9. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.
10. Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:
 - a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
 - b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
 - c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.
11. Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.
12. Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.
13. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o

abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Es de verse que, aunque constituyen acuerdos de orden general, los Tratados Internacionales contienen elementos objetivamente vinculantes con bienes jurídicos protegidos, instando a los Estados Partes a adoptar medidas para garantizar su debida protección. En efecto, con respecto a la niñez, describen ilícitos penales como el secuestro, abuso y la explotación.

2.6. LEGISLACIÓN PENAL

Ley N° 27459 modifica los Artículos 176°- A y 183° del Código Penal y adiciona a dicho Código el Artículo 183° - A. Con fecha 13 de marzo de 2006, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 05 de abril de dicho año, se dio la Ley N° 28704, que modifica los artículos 170,171, 172, 173, 173-A, 174, 176, 176-A y 177 del Código Penal, relativos a los delitos contra la libertad sexual y excluye de los derechos de gracia, indulto y conmutación de la pena a los sentenciados.

El Artículo 176-A.- Actos contra el pudor en menores, señala:

“El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

- 1. Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor de siete ni mayor de diez años.*
- 2. Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de seis ni mayor de nueve años.*

3. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173 o el acto tiene un carácter degradante o produce grave daño en la salud física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad."

El artículo 2° de la Ley N° 28704, establece la improcedencia del indulto, conmutación de pena y derecho de gracia, especificando que no procede el indulto, ni la conmutación de pena ni el derecho de gracia a los sentenciados por los delitos previstos en los artículos 173° y 173°-A. Asimismo, el Artículo 3°, señala que los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional no son aplicables a los sentenciados por los delitos previstos en los artículos 173° y 173°-A. En cambio, en los casos de los delitos previstos en los artículos 170°, 171°, 172° Y 174°, el interno redime la pena mediante el trabajo o la educación a razón de un día de pena por cinco días de labor efectiva o de estudio, en su caso.

2.7. DISPOSICIONES DE REGULACIÓN ADMINISTRATIVA

- Ley N° 28044, Ley General de Educación, define al profesor como *"...agente fundamental del proceso educativo y tiene como misión contribuir eficazmente en la formación de los estudiantes en todas las dimensiones del desarrollo humano. Por la naturaleza de su función, la permanencia en la carrera pública docente exige al profesor idoneidad profesional, probada solvencia moral y salud física y mental que no ponga en riesgo la integridad de los estudiantes."*

Esta definición lleva implícitas no sólo cualidades éticas y una prohibición expresa, sino que además, como producto de la

trasgresión de dicha prohibición, por lo menos, una causal de término de la carrera.

- Ley N° 24029, Ley del Profesorado, modificada por la Ley N° 25212. Define al profesorado como “*agente fundamental de la educación y contribuye con la familia, la comunidad y el Estado a la formación integral del educando.*” Dos características deben resaltarse de esta definición: la “*calidad de agente fundamental de la educación*” y el deber de “*formación integral del educando*”, por lo que resulta inadmisibles que los docentes actúen en contra de sus obligaciones, especialmente en lo que respecta al indemnidad sexual de los educandos.
- Decreto Supremo N° 019-1990-ED, Reglamento de la Ley del Profesorado N° 24029 y su modificatoria Ley N° 25212, del 29 de julio de 1990.

Sin guardar una adecuada concordancia con la ley que reglamenta, define al profesor como “*...agente fundamental de la Educación*” que “*...contribuye conjuntamente con la familia, la comunidad y el Estado al desarrollo integral del educando, inspirado en los principios de la democracia social.*”

Aquí, es preciso señalar que la Ley N° 29062 que modifica la Ley del Profesorado en lo referido a la Carrera Pública Magisterial, define al profesor en su Artículo 3° como “*...un profesional de la educación, que, en su calidad de agente fundamental del proceso educativo, presta un servicio público esencial...*”, definición que es más coherente con la Ley N° 24029.

En su Artículo 4°, precisa que “*El ejercicio de la profesión docente se realiza en nombre de la sociedad, para el desarrollo de la persona y*

en el marco del compromiso ético y ciudadano de formar integralmente al educando. El fundamento ético para su actuación profesional es el respeto a los derechos humanos; a los derechos y a la dignidad de los niños, niñas, adolescentes, jóvenes, adultos y adultos mayores; y al desarrollo de una cultura de paz y de solidaridad que coadyuve al fortalecimiento de la identidad peruana, la ciudadanía y la democracia. Esta ética exige del profesor idoneidad profesional, comportamiento moral y compromiso personal con el aprendizaje de cada alumno.”

Debe ponerse de relieve que las consideraciones éticas con respecto al comportamiento del docente frente a sus alumnos, recogen adecuadamente el contenido de los Tratados Internacionales suscritos por el Perú, a la vez que anticipan una medida de protección hacia la niñez.

- Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública y Decreto Supremo N° 033-2005-PCM que aprueba su Reglamento. Estos dispositivos despiertan nuestro interés no sólo por las disposiciones de orden ético, sino también por cuestiones de orden conceptual, tal como veremos a continuación:

En efecto, desde el punto de vista conceptual, tenemos:

- **Función pública:** “...toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.”

- **Ética Pública:** Desempeño de los empleados públicos basado en la observancia de valores, principios y deberes que garantizan el profesionalismo y la eficacia en el ejercicio de la función pública.

- **Reincidencia:** Circunstancia agravante de responsabilidad que consiste en haber sido sancionado antes por una infracción análoga a la que se le imputa al empleado público.

- **Reiterancia:** Circunstancia agravante de responsabilidad derivada de anteriores sanciones administrativas por infracciones de diversa índole cometidas por el empleado público.

Los docentes que laboran para el Estado son servidores públicos. En ese sentido, están incluidos en la definición de Servidor Público que hace la Ley, en la forma siguiente: *”...se considera como servidor público a todo funcionario, servidor o empleado de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado.”*

En consecuencia, el Código alcanza también a los profesores de instituciones educativas en diversos aspectos, tal como la prohibición de ejercer presiones, amenazas u hostigamiento sexual que puedan afectar la dignidad de la personas o inducir a la realización de acciones dolosas, aunque debemos señalar que la aplicación de esta norma es supletoria a las leyes, reglamentos y otras normas de procedimiento que rigen al Magisterio Nacional.

- Ley N° 28496, Ley que modifica la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública.

Define al empleado público como *“...todo funcionario o servidor de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado”*, estableciendo la obligación por parte de los empleados de comunicar o denunciar los actos contrarios al Código ante la Comisión Permanente de Procesos Administrativos Disciplinarios de la entidad afectada o al órgano que haga sus veces.

- Ley N° 27911, Ley que regula medidas administrativas extraordinarias para el personal docente o administrativo implicado en delitos de violación de la libertad sexual.

El Artículo 1 de esta norma, establece la separación definitiva o destitución del servicio de los servidores cuya condena haya sido ejecutoriada o consentida por “delito de violación de la libertad sexual”, de acuerdo a lo previsto en el inciso e) del artículo 27 de la Ley del Profesorado N° 24029, es decir, previo proceso administrativo disciplinario, o inciso d) del artículo 26 del Decreto Legislativo N° 276 (sanción de destitución), respectivamente.

La Ley 27911, establece que la sanción administrativa, se aplicará, aún si el Juez dispone la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo condenatorio. En este caso, se abre la posibilidad que el procesado invoque el principio *non bis idem* ante la posibilidad de la sanción administrativa. Por otro lado, llama la atención que la norma disponga que sea el agraviado quien tendrá que comunicar la reserva del fallo condenatorio a la autoridad administrativa pertinente, lo que demuestra una preocupante falta de articulación en la administración de justicia. Con relación a ello, el Artículo 161° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, señala que “*La condena penal consentida y ejecutoriada privativa de la libertad por delito doloso, acarrea destitución automática. En el caso de condena condicional, la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios evalúa si el servidor puede seguir prestando servicios, siempre y cuando el delito no esté relacionado con las funciones asignadas, ni afecte a la Administración Pública.*”

Con relación a los servidores administrativos, la norma está demás, porque no cabe duda que para ellos, rige lo establecido por el

Artículo 161° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, de manera que aquí se está produciendo una duplicidad normativa.

La Ley también contempla que el Ministerio de Educación adopte medidas preventivas ante la presentación de una denuncia administrativa o proceso penal contra un docente o servidor administrativo sobre la comisión de un delito de violación de la libertad sexual en agravio de un educando, consistentes en la separación de la función y puesta a disposición de la Oficina de Personal para realizar trabajos administrativos compatibles con su cargo, en tanto dure el proceso.

- Decreto Supremo N° 005-2003-ED - Reglamento de la Ley N° 27911, que regula las medidas administrativas extraordinarias para el personal docente o administrativo implicado en delitos de violación de la libertad sexual.

En uno de los considerados de este Reglamento se señala textualmente; *“Que, el incremento de denuncias por la presunta comisión del delito de violación de la libertad sexual al interior de centros educativos, perpetrados ya sea por personal docente o servidores del sector educación en agravio de educandos, ha dado lugar a la promulgación de la Ley N° 27911, publicada el 8 de enero de 2003”*

“Desde la perspectiva del Derecho penal, la libertad sexual es protegida en su aspecto negativo esencialmente, esto es en la medida en que se involucre a una persona en un comportamiento sexual no deseado y en ningún caso frente a comportamientos que impidan a la víctima llevar a cabo un

comportamiento sexual consentido con otra persona o en solitario (libertad sexual positiva) ”¹⁷

Merece un comentario aparte, lo dispuesto por el Artículo 3°. Según esta disposición, las Oficinas de Auditoría Interna de cada Órgano Intermedio del Sector Educación, adquieren nuevas funciones, las que, a nuestro juicio, modifican las normas del Sistema Nacional de Control que regulan la actuación de los Órganos de Control Institucional (O.C.I.) de todas las entidades públicas. Estas nuevas funciones son:

- *“Llevar un control y realizar el seguimiento de las denuncias y/o procesos penales relacionados a delitos contra la libertad sexual en agravio de educandos que se encuentren dentro de su ámbito.”* No siendo el O.C.I. el órgano encargado de los procesos judiciales, el registro debería corresponderle al órgano de la entidad encargado de dichos procesos. Por otro lado, el O.C.I., es un órgano que depende funcionalmente de la Contraloría General de la República y no del Ministerio de Educación.
- *“Calificar la denuncia administrativa y/o proceso penal, para efectos de imponer las medidas...”* El Artículo 11°.- de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, establece que corresponde a la Comisión Permanente de Procesos Administrativos disciplinarios, tomar conocimiento de cualquier acto contrario a lo normado por el Código. Es de observarse que, tratándose del Proceso Administrativo Disciplinario, se estarían estableciendo dos procedimientos diferentes. Asimismo, esta disposición estaría modificando el Artículo 152° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM que señala *“La calificación de la gravedad de la falta es atribución de la autoridad competente o de la*

¹⁷ DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II, Op. cit.*, p. 224. Estos casos solo serían supuestos de coacción.

Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios, según corresponda.”

▪ *“Comunicar al Director del Órgano Intermedio (Unidades de Gestión Educativa Local - UGEL y la Dirección Regional Educativa - DRE) del Sector Educación, respecto de la presentación de la Denuncia y/o proceso penal, a efectos de que tome las acciones preventivas y/o sancionadoras pertinentes”.* Este procedimiento y la correspondiente denuncia administrativa y/o proceso penal, hasta la aplicación de la sanción, siguen aquí un engorroso y largo camino, según lo disponen los artículos 4° a 8°, especialmente por los niveles a los que debe acudir.

De acuerdo con **ESTEBAN QUISPE SARAVIA**¹⁸:

"Falta es toda infracción o violación voluntaria de la norma jurídica o administrativa..."

En el caso de la Ley del Profesorado, se la conceptúa como, toda acción u omisión, voluntaria o no, que contravenga los deberes, obligaciones y prohibiciones previstos en la Ley del Profesorado, en su reglamento y en otras disposiciones específicas relacionadas con el magisterio..."

Resulta dudoso aplicar este concepto al presunto delito de violación de la libertad sexual en agravio de los educandos, ya que otro tanto debiera hacerse con cualquier delito que pudiera cometer un docente. De ser así, se crearía un sistema administrativo paralelo al sistema penal, con lo cual se debilitaría la facultad punitiva del Estado.

¹⁸ QUISPE SARAVIA, ESTEBAN M.: Proceso Administrativo Disciplinario. Impresiones Tauro. Lima. 1998. Pág. 31 y ss.

Por otro lado, debemos hacer notar que la Ley N° 27911, comprende también, de manera más incomprensible aún, al personal administrativo de las instituciones educativas.

- Ley N° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, cuyo objeto es prevenir y sancionar el hostigamiento sexual producido en las relaciones de autoridad o dependencia, cuyo ámbito de aplicación, entre otras, son *las* "...Instituciones Educativas: a los promotores, organizadores, asesores, directores, profesores, personal administrativo, auxiliar o de servicios de los centros y programas educativos, institutos superiores, sean públicos, privados, comunales, cooperativos parroquiales u otros, cualquiera sea su régimen o forma legal."

He aquí una norma de carácter general que incluye los docentes y personal administrativo de las instituciones educativas, repitiendo el contenido de la Ley N° 27911, debido, tal vez, a que el hostigamiento sexual, no está comprendido como delito contra la libertad e indemnidad sexual.

En cuanto a los sujetos del hostigamiento sexual, de acuerdo a la Ley, estos son:

1. *"Hostigador: Toda persona, varón o mujer, que realiza un acto de hostigamiento sexual señalado en la presente Ley.*
2. *Hostigado: Toda persona, varón o mujer, que es víctima de hostigamiento sexual."*

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

El Diccionario de la Lengua Española Espasa-Calpe¹⁹, define el chantaje como *”Amenaza de pública difamación o cualquier otro daño para obtener algún provecho de alguien u obligarlo a actuar de una determinada manera...”*

A la vez, da las siguientes definiciones de “provecho”:

- “1. *m. Beneficio, utilidad..*
2. *Aprovechamiento, buen rendimiento en alguna materia...*
3. **buen provecho** *loc. col. Expresión de cortesía para mostrar el deseo de que una cosa resulte útil o conveniente para la salud o el bienestar de alguien, especialmente la comida.*
4. **de provecho** *loc. adj. Útil, beneficioso...*

Para conocer el significado del término chantaje, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española²⁰, nos remite a la palabra “extorsión”, cuya etimología procede del latín: *extorsio*, -ōnis, y significa:

1. *“ f. Amenaza de pública difamación o daño semejante que se hace contra alguien, a fin de obtener de él dinero u otro provecho.*
2. *f. Presión que, mediante amenazas, se ejerce sobre alguien para obligarle a obrar en determinado sentido.”*

Los chantajistas varían en su comportamiento, pudiendo ser pasivos; bastante agresivos; directos o sumamente sutiles; otros dicen con mucha claridad cuáles serán las consecuencias si los contrariamos o, por el contrario, enfatizan cuánto se les está haciendo sufrir.²¹

La característica principal del chantajista es su conducta manipuladora, por la que es capaz de utilizar:

1. El miedo a las pérdidas, al cambio y al rechazo;

¹⁹ Diccionario de la lengua española © 2005 Espasa-Calpe S.A., Madrid: <http://www.wordreference.com/definicion/provecho>

²⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: <http://www.deperu.com/diccionario/?pal=chantaje>

²¹ Chantaje emocional: <http://www.inteligencia-emocional.org/articulos/chantaje.htm>

2. La obligación
3. La culpa,

Pero el chantajista también actúa por miedo a la pérdida del poder, sentimiento que puede ser secuela de situaciones de angustia y sensación de ineptitud, pérdida de autoestima, de competencia y seguridad.

El chantaje emocional, se compone principalmente de los siguientes síntomas:

1. Exigencia del chantajista.
2. Resistencia de la víctima.
3. Presión del chantajista
4. Amenazas a la víctima
5. Sometimiento de la víctima.
6. Reiteración, que establece la base para un esquema reiterativo de exigencias, presiones y capitulaciones

En resumen, el chantajista actúa conscientemente para manipular, utilizando su situación de poder y coacción.

Dentro de los delitos contra el patrimonio, el artículo 201 del Código Penal, tipifica el delito de Chantaje, incluyendo en esta figura el elemento de coacción con la finalidad de comprar a otro su silencio. Este mismo elemento, de acuerdo a la ley, está presente en el hostigamiento sexual al que, como se lee en la propia norma, se denominaría también “chantaje sexual” y puede apreciarse además en los elementos constitutivos; sin embargo los diferencia el bien jurídico protegido, lo que obliga a que se trate de un tipo penal autónomo, pues en el primer caso el bien jurídico protegido es el patrimonio y en el segundo caso sería la indemnidad sexual.

En efecto, la Ley señala que para que se configure el hostigamiento sexual, deben existir como elementos constitutivos:

1. La modificación de la situación de la víctima por efecto de acceder al sometimiento a los actos de hostigamiento sexual.
2. Las represalias de que puede ser objeto por rechazar la conducta del sujeto activo.

Es decir, existe una situación de coacción especial con orientación sexual en la que el sujeto activo pretende lograr una conducta indeseada por parte del sujeto pasivo y, además, se pone de manifiesto una posición dominante por parte del primero hacia el segundo, lo que es más grave aún cuando se trata de menores de edad.

Al referirse a las manifestaciones del hostigamiento sexual, la Ley señala:

1. *“Promesa implícita o expresa a la víctima de un trato preferente y/o beneficioso respecto a su situación actual o futura a cambio de favores sexuales.*
2. *Amenazas mediante las cuales se exija en forma implícita o explícita una conducta no deseada por la víctima que atente o agravie su dignidad.*
3. *Uso de términos de naturaleza o connotación sexual (escritos o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima.*
4. *Acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulten ofensivos y no deseados por la víctima.*
5. *Trato ofensivo u hostil por el rechazo de las conductas señaladas en este artículo.”* (el resaltado es nuestro)

En cuanto a la sanción prevista en la ley administrativa, está reservada sólo para los Directores y Profesores, excluyéndose en este caso a los servidores administrativos, aplicándose para el efecto, la Ley N° 24029, modificada por

la Ley N° 25212 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 019-90-ED.

De acuerdo a lo anterior, los servidores administrativos, están incurso en los alcances del Capítulo II del Título II de la N° 27942, cuyo Artículo 12, establece “*Los funcionarios y servidores públicos sujetos al régimen laboral público, que hayan incurrido en actos de hostigamiento sexual serán sancionados, según la gravedad, conforme al artículo 28 inciso I) del Decreto Legislativo N° 276.*”

La norma también contempla que, sin perjuicio de la aplicación de la sanción administrativa, el hostigado tiene derecho a acudir a la vía civil para exigir el pago de la indemnización correspondiente.

Todo esto hace más confuso aún el panorama no sólo con relación a la calificación de los actos contra la indemnidad sexual de los menores como faltas o delitos sino también con respecto a la sanción que debía imponerse, lo que coloca en situación de desprotección a los menores víctimas de delitos sexuales en las escuelas, a pesar de lo establecido por la Constitución, los Tratados Internacionales suscritos por el Perú, el Código de los Niños y Adolescentes y el Código Penal. Como vemos, las normas administrativas no sólo se contradicen con respecto a los servidores de las instituciones educativas que están comprendidos en las medidas adoptadas, sino que también atentan contra derechos fundamentales de los menores.

El Reglamento de la Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, al definir el Hostigamiento Sexual en la misma forma que la Ley, precisa que para el caso de los menores de edad será de aplicación lo dispuesto en el literal a) del artículo 18 de la Ley N° 27337, Código de Niños y Adolescentes, (*Artículo 18, Los Directores de los centros educativos comunicarán a la autoridad competente los casos de: a) Maltrato físico, psicológico, de acoso,*

abuso y violencia sexual en agravio de los alumnos) referido al acoso a los alumnos, entendiéndose a éste como hostigamiento sexual.

Aquí, ya se produce una verdadera confusión entre faltas y delitos, porque inadvertidamente se están equiparando acoso, abuso sexual, violencia sexual y hostigamiento sexual.

El Reglamento también entra en contradicción con los principios que enuncia, tales como:

- a. *“Dignidad y Defensa de la Persona: La persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Toda persona tiene derecho a ser protegida contra actos que afecten su dignidad. Los actos de hostigamiento dañan la dignidad de la persona.*
- b. *Ambiente Saludable y Armonioso: Toda persona tiene el derecho de ejercer sus actividades en un ambiente sano y seguro dentro de su entorno laboral, educativo, formativo o de similar naturaleza, de tal forma que preserve su salud física y mental estimulando su desarrollo y desempeño profesional. Los actos de hostigamiento son contrarios a este principio.*
- c. *Igualdad de oportunidades sin discriminación: Toda persona, debe ser tratada de forma igual y con el mismo respeto dentro de su ámbito laboral, con acceso equitativo a los recursos productivos y empleo, social, educativo y cultural, siendo contrario a este principio cualquier tipo de discriminación por razón de sexo, edad, raza, condición social, o cualquier tipo de diferenciación.*
- d. *Integridad personal: Toda persona tiene derecho a la integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a actos que pongan en riesgo o afecten el goce y disfrute de ese derecho.*
- e. *Confidencialidad: Los procedimientos regulados por la Ley y el Reglamento deben preservar la reserva y la confidencialidad. Nadie puede brindar o difundir información durante el procedimiento de investigación hasta su conclusión.*

- f. *Debido proceso: Los participantes en los procedimientos iniciados al amparo de la presente norma, gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido proceso, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas, a obtener una decisión motivada y fundada en derecho y todos aquellos atributos derivados del contenido esencial reconocido constitucionalmente de dicho derecho.”*

En el mismo sentido, invoca como base legal, entre otros dispositivos, los siguientes:

- a. Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada el 10 de diciembre de 1948, aprobada por el Perú con Resolución Legislativa N° 13282, de fecha 19 de diciembre de 1959.
- b. Constitución Política del Estado Peruano vigente.
- c. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Pará” del 9 de junio de 1994. Aprobada por el Perú con Resolución Legislativa N° 26583, de fecha 1 de marzo de 1996 y ratificada el 2 de abril de 1996 y su Protocolo Facultativo.
- d. Ley N° 27337, Código de los Niños y Adolescentes.

El elemento imprescindible constitutivo del hostigamiento sexual, “*acto de carácter o connotación sexual*” señalado por el Reglamento, nos pone nuevamente sobre el camino del delito contra la libertad sexual en el caso de los menores, más aún cuando el mismo Reglamento establece que “*Los bienes jurídicos protegidos son la dignidad e intimidad de la persona, la integridad física, psíquica y moral, que implica el derecho a la salud mental de quien lo padece, el derecho al trabajo, así como el derecho a un ambiente saludable y armonioso que genere un bienestar personal.*”

Con relación a ello, La Defensoría del Pueblo, ha señalado que “*...se presenta la discusión sobre si el objeto de protección consiste únicamente en la libertad sexual o si esta debe complementarse con la indemnidad o*

intangibilidad sexual, básicamente en los casos de menores de edad o incapaces, debido a su falta de capacidad jurídica.”²²

De acuerdo a la posición diferenciada del derecho penal, se desprende que en los casos de las personas que no pueden consentir jurídicamente, lo que se estaría protegiendo sería la indemnidad o intangibilidad sexual.

Sin embargo, contraviniendo el interés superior de los niños y adolescentes, la norma reglamentaria se limita a decir que *“Para el caso de niños, niñas y adolescentes se considerará para efectos de determinar la sanción correspondiente, cualquier acto de hostigamiento sexual como acto de hostigamiento sexual de la mayor gravedad.”*

- Directiva N° 002-2006-VMGP/DITOE, del Ministerio de Educación, que establece las Normas para el Desarrollo de las Acciones y Funcionamiento de las Defensorías Escolares del Niño y del Adolescente (DESNAS) en Instituciones Educativas.

Desde nuestro punto de vista, el predominio de intervención mínima del Derecho Penal, resulta en estos casos sumamente exagerado, aunque no parece existir la intención de aplicar dicho principio, sino una apreciación y decisión equivocadas por el legislador.

En consecuencia, el llamado hostigamiento sexual contra menores, contiene suficientes elementos típicos como para merecer ser sancionado penalmente. En concordancia con lo que afirmamos, al referirse al delito, **FERRI**, dice que *“el delito legal consiste en que un hombre ofende a otro, violando un derecho o un bien, que se concreta en la persona o en la cosa, mediante una*

²² Defensoría del Pueblo: *La aplicación de la justicia penal ante casos de violencia sexual perpetrados contra niñas, niños y adolescentes*. Informe Defensorial N° 126. Adjuntía para la Niñez y la Adolescencia. Lima. Noviembre de 2007. P. 66.

*acción síquica que determina y guía una acción física, produciendo un daño público y privado”*²³

2.8. LEGISLACIÓN CIVIL

CÓDIGO CIVIL

El Código Civil reconoce que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento, estipulando además que toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley.

Reconoce, asimismo, a la persona humana el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana, con carácter irrenunciable sin que puedan ser objeto de cesión y cuyo ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria.

Finalmente, establece que la violación de cualquiera de los derechos de la persona, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos.

CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

El Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, fue aprobado por Ley N° 27337. Esta norma, define al niño como “...*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*”, al que considera sujeto de derechos, libertades y de protección específica.”

Establece que “*En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el*

³ FERRI, ENRICO: Principios de derecho criminal, Edic. REUS, Madrid, 1933, p. 364.

Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”

El Código garantiza la integridad moral, psíquica y física y el libre desarrollo y bienestar de los niños y el adolescente, quienes no podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante.

En el ámbito escolar, los Directores están en la obligación de comunicar a la autoridad competente, entre otros, los casos de maltrato físico, psicológico, de acoso, abuso y violencia sexual en agravio de los alumnos.

Crea la Defensoría del Niño y del Adolescente, como “...un servicio (de carácter gratuito) del Sistema de Atención Integral que funciona en los gobiernos locales, en las Instituciones públicas y privadas y en organizaciones de la sociedad civil, cuya finalidad es promover y proteger los derechos que la legislación reconoce a los niños y adolescentes.”

Entre las funciones vinculadas a la indemnidad sexual de los niños y adolescentes, están: Intervenir cuando se encuentren amenazados o vulnerados sus derechos para hacer prevalecer el principio del interés superior; y denunciar ante las autoridades competentes las faltas y delitos cometidos en agravio de los niños y adolescentes.

2.9. EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL DE MENORES EN EL CODIGO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

Si bien el Código de los Niños y Adolescentes (CNA) no precisa taxativamente el hostigamiento sexual como una violación de los derechos de los niños y adolescentes ésta se infiere de la protección que brinda el Código a los menores y fundamentalmente a la protección del ejercicio de sus derechos respecto a sus derechos civiles como a la vida e integridad, a su integridad personal y a la libertad, lo que conocemos como protección contra las **contravenciones**.

El artículo 69° del Código del Niño y Adolescente define las contravenciones como todas aquellas acciones u omisiones que atentan contra el ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes señalados en la ley.

Entonces, ante un acto de hostigamiento sexual de un niño o adolescente, éste tiene derecho de denunciar personalmente y sin necesidad de apoderado ante la Fiscalía de Familia de Turno (art. 138° del CNA), el mismo derecho lo ejerce la Defensoría del Niño y del Adolescente, así como también los padres, familiares de ésta o cualquier otra persona que tenga conocimiento de los hechos de hostigamiento sexual.

El Juzgado de Familia en materia tutelar es el competente para conocer este tipo de proceso (art. 137° inc. e) del CNA), aplicando las sanciones sobre las contravenciones a los derechos del niño y del adolescente. La sanción podrá ser hasta de diez Unidades de Referencia Procesal y supletoriamente aplicando la Ley de Prevención del Hostigamiento Sexual se podrá disponer el pago de una suma de dinero por indemnización a la víctima; así como fundamentalmente en estos casos se podrá disponer las medidas urgentes de protección de los niños y adolescentes víctimas como puede, ser el retiro del centro de trabajo, disponiendo el abono de sus remuneraciones así como el pago de su CTS, y si dentro de la investigación se determina que el niño y adolescente está en estado de abandono (sí se acredita que se encuentra dentro de las situaciones descritas en el artículo 248° del Código) su inmediato internamiento en un centro preventivo.

Si como resultado de las investigación tutelar se estableciese que el niño o adolescente ha sido víctima de un delito, el Juez Especializado remitirá los informes necesarios al Fiscal Penal para que proceda conforme a sus atribuciones (art. 251° CNA); sin embargo es aquí donde nos encontramos sin salida alguna, si bien la labor del juez de familia termina con remitir los actuados al fiscal del turno, este último se encuentra, en el caso de

hostigamiento sexual en cualesquiera de sus dimensiones, que se trata de conductas que atentan contra la indemnidad sexual de los menores pero que no están contempladas en la norma penal, por tanto, no sancionables. Esta ausencia, reclama de parte de la población más vulnerable de la sociedad, que en definitiva se penalice el hostigamiento sexual en cualquiera de sus formas, siempre que la víctima sea un menor de edad, pues la sola justicia tutelar es tan ineficaz como la administrativa.

2.10. DERECHO COMPARADO - LEGISLACIÓN SOBRE VIOLENCIA SEXUAL EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Argentina

Según el Diario Clarín²⁴, en Argentina el Senado dio el primer paso hacia la introducción en el Código Penal del delito de acoso sexual, debiendo aún ser tratado por la Cámara de Diputados. De acuerdo al mismo diario, de aprobarse, Argentina suplirá una significativa indiferencia institucional y una omisión legal, ya que *“actividades como el trabajo, la educación, el deporte o la que llevan adelante los miembros de las fuerzas de seguridad suelen ser la ocasión para que se concrete, a través de la imposición de un superior, una violación de la dignidad y autonomía de una persona.”*

Bolivia

1997 Ley 1678. Modificaciones al Código Penal sobre delitos de violencia sexual

1999 Ley 2033 de protección a víctimas de delitos contra la libertad sexual

Brasil

2001 Ley 10.224 a través de la cual el asedio sexual pasa a ser un crimen integrando el Código Penal

Colombia

²⁴ Diario Clarín: Editorial. Legislación sobre acoso sexual. <http://www.clarin.com/diario/2006/05/16/opinion/o-03002.htm>

1997 Ley 360 sobre Delitos contra la Libertad Sexual y la Dignidad Humana.

Modificada por la Ley 599 de 2000, aumenta las penas para delitos sexuales y consagra como agravante el hecho que la conducta se cause sobre el cónyuge, conviviente o con quien se haya procreado un hijo.

Ley 747 de 2002, que hace reformas y adiciones al código penal, entre ellas lo relacionado con la ampliación del delito de Trata de personas y el aumento de la pena, incluyendo agravantes como ser menor de edad, o en contra de la cónyuge, pareja o pariente o compañero permanente o pariente.

Costa Rica

1995 Ley 7476 contra el hostigamiento sexual en el empleo y la docencia

Chile

1999 Ley 19.617. Modifica el Código Penal en materia de delitos sexuales.

Ecuador

1998 Ley 105. Enmiendas al Código Penal en delitos de violencia sexual. Se sanciona al acoso sexual definido como solicitar favores de naturaleza sexual prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga.

1997 Por Resolución N° 10697 del Tribunal Constitucional se declaró la inconstitucionalidad del primer párrafo del art. 516 del Código Penal que sancionaba la homosexualidad y suspendió sus efectos.

El Salvador

1998 Decreto 79-97. Entre los delitos de acción pública “dependientes de instancia de parte”, se incluye el estupro, el incesto, los abusos deshonestos y la violación de mayores de 18 años.

Guatemala

1997 Los acuerdos de paz contemplaron que se incluya el acoso sexual como delito y considerarlo agravado cuando la víctima sea mujer indígena.

Honduras

1997 Código Penal. Enmiendas y adiciones en el tratamiento de los delitos de violencia sexual. Se incluyó delito de acoso sexual. La violación sexual fue definida como delito de orden público.

México

1989 Reforma al Código Penal (norma federal), incrementa la sanción para el delito de violación; define el concepto de “cópula” y tipifica la violación impropia.

1990 Código Penal del Distrito Federal, tipifica el hostigamiento sexual como conducta cometida por cualquier persona que posea una relación de autoridad sobre las víctimas.

En Puebla, *“El hostigamiento sexual es condenado con una pena de dos a cuatro años de cárcel”*.²⁵

Otro tanto ocurre en el Estado de Sonora. Aludiendo a este último estado, dice **DÍAZ DE LEÓN**, que el delito de hostigamiento sexual: *“es aquel que se comete por quien, aprovechándose indebidamente de su cargo o posición generante de cualquier clase de subordinación, importuna sin descanso a una persona (varón o mujer) con pretensiones de deleite carnal.”*²⁶ Sin embargo, el delito es punible, cuando se cause un perjuicio o daño y se persigue sólo a petición de parte ofendida.

Paraguay

1998 Reforma al Código Penal, por medio de la cual el acoso sexual quedó tipificado como delito

²⁵ Ayuntamiento de Puebla: El acoso sexual no es penalizado con prisión. Diputadas se imponen a diputadas. http://www.laquintacolumna.com.mx/2007/marzo/politica/pol_130307_sel_acososexual.html

²⁶ V. DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO, Código Penal Federal con comentarios, Ed. Porrúa, Tercera edición, México, 1998. p.47.

Perú

- 1991 Nuevo Código Penal. Modifica el tratamiento a delitos de violencia sexual.
- 1997 Ley 26770. Modifica la disposición del Código Penal que eximía de pena al violador por matrimonio con la víctima
- 1999 Ley 27055. Modifica artículos del Código de los Niños y Adolescentes y del Código de Procedimientos Penales, derechos de las víctimas de violencia sexual
- 2003 Ley 27115. Establece acción penal pública para el delito de violación y otros contra la libertad sexual.
- 2006 Ley 27115. Establece acción penal pública para el delito de violación y otros contra la libertad sexual.
- Ley 27.942 de Prevención contra el Hostigamiento sexual.
- Ley N° 28704, modifica los artículos 170,171, 172, 173, 173-A, 174, 176, 176-A y 177 del Código Penal, relativos a los delitos contra la libertad sexual y excluye de los derechos de gracia, indulto y conmutación de la pena a los sentenciados.

Puerto Rico

- 1976 Mediante R.C del S. se asignó a los Departamentos de Ginecología, Obstetricia y de psiquiatría de la Escuela de Medicina de la Universidad de Puerto Rico dinero para la creación de un Centro de Ayuda a Víctimas de Violación con servicios de prevención, tratamiento y rehabilitación a las víctimas de este crimen.
- 1979 Ley 6. Añadió la Regla 154 de Procedimiento Criminal. Prohíbe que en cualquier procedimiento por el delito de violación a su tentativa se admita evidencia de la conducta previa o historia sexual de la perjudicada o evidencia de opinión o reputación acerca de esa conducta o historial sexual para atacar su credibilidad o para establecer su consentimiento, a menos que existan unas circunstancias especiales que indiquen que dicha evidencia es relevante.

- 1994 Ley 123. Prueba de Corroboración Enmienda la Regla 154 de Procedimiento Criminal, Juicio. Elimina el requisito de Prueba de Corroboración en un proceso por el delito de violación o tentativa de cometerlo, cuando de la prueba surja la existencia de relaciones amistosas o amorosas o íntimas con el acusado.
- 1997 Ley 28. Crea el Registro de Personas Convictas por Delitos Sexuales Violentos y Abuso contra Menores.
- 1998 Ley 2. Enmienda del Código Penal. Dispone que el término prescriptivo de la acción penal por delitos sexuales y de maltrato contra menores de edad será de 5 años si la víctima es mayor de 21 años al momento de cometerse el delito y en los casos en que la víctima sea menor de 21 años, 5 años a partir de la fecha que la víctima haya cumplido esa edad.
- Ley 3. Prohíbe el hostigamiento sexual contra las y los estudiantes de escuelas públicas y privadas. Garantiza el que tengan el derecho de realizar sus estudios, libres de la presión que constituye el hostigamiento sexual en las instituciones de enseñanza.
- Ley 16. Enmienda las reglas de evidencia. Establece los procedimientos y normas a seguir en cuanto a evidencia que alegue conducta constitutiva de hostigamiento sexual.

República Dominicana

- 1997 Ley 24-97. Tipifica los delitos de Violencia Doméstica, Acoso Sexual e Incesto.

2.11. PROBLEMAS DOGMATICO LEGALES QUE ENFRENTA LA TIPIFICACION PENAL DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL

2.11.1 CONCEPTO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL

A fin de arribar a una definición apropiada del hostigamiento sexual *ad hoc* al tema motivo de la presente investigación, haremos una breve delimitación conceptual de las figuras del abuso y acoso sexuales, que nos permita clarificar los elementos y características que constituyen el hostigamiento sexual y que justificarían su tipificación penal.

Debemos empezar diferenciando el abuso sexual, el acoso sexual y el hostigamiento sexual y si bien la diferencia en este último es más de naturaleza laboral, nos permitirá explicar por qué la norma penal en los Estados donde se ha criminalizado el acoso sexual lo denomina así y no como hostigamiento sexual; por otro lado, en esta parte, recurriremos a conceptos de naturaleza laboral, puesto que el acoso sexual primero se reguló en el campo laboral y posteriormente en el campo penal; así, hoy puede distinguirse un acoso sexual laboral y un acoso sexual penal, siendo éste último dentro del cual desarrollaremos el presente trabajo.

2.11.2 EL ABUSO SEXUAL

Acción por los Niños²⁷, define el abuso sexual como la realización de actividades de tipo sexual con niños, niñas y adolescentes (tocamientos, estupro, violación, incesto o pornografía)

MARÍA PÉREZ CONCHILLO y **EVA CARBAJO ÁVAREZ**²⁸, lo definen como “*Todas las agresiones y actos sexuales realizados con menores de edad*”

²⁷ Acción por los Niños: El Abuso y maltrato Infantil, p. 2. <http://www.accionporlosninos.org.pe>.
²⁸ PÉREZ CONCHILLO, MARÍA - CARBAJO ÁVAREZ, EVA: Op. Cit.

y que ellos no comprenden o no tienen capacidad suficiente para consentir, constituyen lo que se denominan abusos sexuales. Estas prácticas se realizan desde una posición de poder o autoridad sobre el niño, mediante halagos, engaños, amenazas o chantaje. Los contactos mantenidos pueden oscilar desde tocamientos a violación, y las personas que los realizan pueden ser desconocidos o familiares.”

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

El abuso puede ser perpetrado por cualquier persona independientemente de su sexo, pero con frecuencia el perfil se aproxima al de un varón conocido de la víctima. De hecho, la agresión por parte de un amigo, compañero o pareja es el más frecuente entre la población universitaria”²⁹

Para **EDUARDO HERNÁNDEZ**, *“Es una forma de maltrato donde se irrespetan los derechos de niños y jóvenes y se vulnera la posibilidad de que tengan un desarrollo armónico. La conducta de Abuso Sexual ocurre: sin consentimiento, en condición de desigualdad entre el abusador y la víctima o como resultado de alguna clase de coerción.”³⁰*

Agrega este autor que *“...abarca términos como:*

- *Conducta Abusiva Sexual,*
- *Ofensa Sexual,*
- *Violación,*
- *Sodomía*
- *Acoso Sexual entre otros.”*

²⁹ Universidad de Granada: Abuso sexual ¿Qué es el abuso sexual?. Gabinete Psicopedagógico UGR. 2001 <http://www.ugr.es/~ve/pdf/abuso.pdf>

³⁰ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, EDUARDO R.: El abuso sexual a los niños, <http://www.contraelabusosexualdelainfancia.com/art3.htm>

La Alta Misión para Refugiados de las Naciones Unidas define el abuso sexual de niños como *“cualquier acto donde un niño es utilizado para gratificación sexual. Cualquier interacción / relación sexual con un niño.”* Esta puede ser perpetrada por *“alguien de confianza del niño, incluyendo padres, hermano, un miembro de la familia extendida, amigo o extraño, profesor, persona adulta, protector o cualquiera que lo tenga bajo su cuidado, cualquiera en posición de poder, autoridad y control sobre el niño”*³¹

ARAYA define abusos deshonestos como *“...actos sexuales que atentan contra la libertad sexual y el pudor de la víctima, ejecutados sobre otra persona de uno u otro sexo, principalmente niños, mediante violencia efectiva o presunta, con exclusión del coito”*³²

LOURDES RODRÍGUEZ y MAGDALENA CERÓN RODRÍGUEZ, dan la siguiente definición:

*“Se define abuso sexual a la participación de un menor en actividades sexuales, (desde caricias, el tocar genitales hasta la violación, incluida la penetración) sin su consentimiento por no estar física ni emocionalmente preparado para ello.”*³³

Dice **HELLEN BARBOSA**: *“Los abusos sexuales son actos de violencia contra niños y adolescentes porque constituyen transgresiones contra los derechos humanos y la libertad sexual. En estos casos la sexualidad no es sólo un medio de reproducción humana o placer con relaciones bilaterales y legítimas. Por el contrario esto se manifiesta en sí mismo como un*

³¹ “Sexual Violence: Types of Sexual and Gender Based Violence”, Capítulo 1, Sexual and Gender-Based Violence against Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons, UNHCR, p16.

³² ARAYA: Manual de atención de maltrato infanto-juvenil. Servicio de Salud Metropolitano. Chile: Universidad Católica. 1997

³³ RODRÍGUEZ, LOURDES - CERÓN RODRÍGUEZ, MAGDALENA: Abuso sexual, Servicio de Urgencias, Hospital Infantil de México <http://www.mipediatra.com/infantil/abuso-sexual.htm>

instrumento de perversión, compulsión y cohesión, por lo tanto ilegal y es un acto contra la dignidad”³⁴

El movimiento **Paz y Esperanza**³⁵, conceptualiza el abuso sexual de una manera crítica: “...El tradicional énfasis en la penetración vaginal o anal ha sido restrictivo y de poca ayuda, así como estrecho, tal como se muestra en el rasgo predominante de las investigaciones sobre la penetración como evidencia del abuso sexual de los niños. De acuerdo a agencias nacionales e internacionales y grupos profesionales que tratan el abuso sexual de los niños, éste puede incluir una amplia variedad de actos sexuales que incluyen lenguaje sexual, exposición de partes sexuales o exposición a actos sexuales, voyeurismo, contactos sexuales entre un niño y otra persona en los cuales la amenaza, el soborno u otros trucos son utilizados para lograr que el niño participe en la actividad , cualquier actividad coercitiva o forzada que involucre a un niño, pornografía de niños y alentar o promover la prostitución de niños.

El contacto sexual entre un niño y otro individuo es considerado como abusivo si la otra persona (el ofensor) se encuentra en una posición de autoridad, o es mucho mayor o más maduro o utiliza la fuerza, coerción, manipulación o utiliza engaños para inducir al niño a participar de esa conducta.”

La Organización Mundial de la Salud dice que el abuso sexual de los niños consiste en:

“involucrar a un niño en una actividad sexual que el o ella no comprenden enteramente, sobre la cual es incapaz de dar un consentimiento informado, o para la cual el niño o niña no está preparado y no puede dar consentimiento, o que viola las leyes

³⁴ BARBOSA, HELEN: ECPAT “Family Perspective: Social and Economic Origins, Causes and Prevention and Care in Brazil”

³⁵ Paz y Esperanza: Abuso sexual de niños y adolescentes.
http://www.pazesperanza.org/news/abuso_sexual.pdf

o tabúes sociales. El abuso sexual de los niños se evidencia por esta actividad entre un niño y un adulto o con otro niño quien por su edad o desarrollo tiene una relación de responsabilidad, confianza o poder. Actividad que intenta gratificar o dar satisfacción a las necesidades de otra persona. Esto puede incluir pero no se limita a: inducir u obligar a un niño en una actividad sexual ilegal, el uso de un niño con fines de explotación en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales, el uso de un niño con fines de explotación en espectáculos y materiales pornográficos.³⁶”

“...resultando en daño actual o potencial a la salud, supervivencia, desarrollo o dignidad del niño en el contexto o relación o responsabilidad, confianza o poder³⁷.”

“Los niños que han sido abusados sexualmente pueden convertirse en sexualmente promiscuos como adolescentes y adultos en tanto su sexualidad e imagen corporal ha sido distorsionada por el abuso que han sufrido. Esto también impactó en otras áreas criminales y en la sociedad. No es coincidencia que la mayoría de las prostitutas haya sido abusada sexualmente cuando niñas por un miembro de la unidad familiar.”³⁸

Para **JUDITH HERMAN**³⁹, los términos “víctima” y “victimario” determinan con claridad en quien reside la responsabilidad del agravio. El adulto victimario es el responsable de utilizar a los niños sexualmente,

³⁶ Organización Mundial de la Salud: Defining Child Maltreatment

³⁷ ibid

³⁸ Paz y Esperanza: Op. Cit.

³⁹ Citada por BATRES MÉNDEZ, GIOCONDA: Del ultraje a la esperanza. Tratamiento de las secuelas del incesto. Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. San José de Costa Rica. 1997

mientras que las niñas y niños se encuentran en un estado de vulnerabilidad e impotencia.

“...toda acción violenta o no, que involucre a una niña o niño en una actividad de naturaleza sexual o erotizada, que por su edad y desarrollo no puede comprender totalmente, no está preparado para realizar o no puede consentir libremente; afecta seriamente la vida presente y futura de ellos/as y sus familias; y además se da en conjunto con otros tipos de maltrato”⁴⁰

El **National Center for Chile Abuse and Neglect**, define al abuso sexual como “...los contactos o interacciones entre un niño y un adulto, cuando el primero se utiliza para estimulación sexual del segundo o de otra persona. También puede cometerse por un menor de 18 años cuando es mayor que la víctima o cuando está en una situación de poder o control sobre la víctima.”

Se entiende por libertad sexual aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo para ejercer la libertad sexual. El atentado contra la libertad sexual, no siempre exige un contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo.

Con respecto a la indemnidad sexual de los menores, el ejercicio de la sexualidad se prohíbe con ellos en la medida que puede afectar a la evolución y desarrollo de su personalidad, produciéndoles alteraciones importantes que incidan en su vida o en su equilibrio psíquico en el futuro.

Dice **MARCELA LAGARDE**⁴¹:

⁴⁰ PÉREZ, M. S., CISTERNA I. ISLA P.: Manual Psicosociojurídico de Violencia Intrafamiliar. Santiago de Chile: CONSIL LTDA. 2000

⁴¹ LAGARDE, MARCELA: Causas generadoras de los delitos sexuales- Ejercicio del poder, el gran problema, marzo de 1989. Síntesis de la Conferencia *Causas Generadoras de los delitos sexuales*, presentada en el Foro de Consulta sobre Delitos Sexuales <http://www.cimacnoticias.com/especiales/comision/art002.doc>

“La violencia erótica sigue normas generales; no es natural, espontánea ni arbitraria: es histórica y se va dando sólo en ciertas circunstancias e involucra a sujetos específicos...:

1. *La violencia erótica es un hecho constitutivo de la sexualidad, aunque en el sentido común se considere que es anormal, exterior, disfuncional, y que no es parte de la sexualidad.*
2. *Es una expresión de poder, de ahí que sea ejercida por quienes tienen poder sobre quienes no lo tienen.*
3. *Sintetiza varios poderes: el del género dominante en la sociedad conjugado con el que otorga la edad, con el que se deriva de la plenitud integral del sujeto y con el que emana de la autoridad.*
4. *La violencia erótica expresa también el poder sobre el desvalido, es decir, sobre los sujetos inválidos física, intelectual o afectivamente. Los enfermos, los lisiados, los locos, todos los vulnerables, son víctimas de quienes los cuidan, que por ese hecho y por su plenitud adquieren poder sobre ellos. Todo inválido es víctima idónea de la violencia erótica.”*
5. *La violencia erótica es la concreción del poder que otorga la autoridad. Son víctimas de ella los sujetos que en estructuras sociales jerárquicas y en instituciones y espacios corporativos y totales ocupan posiciones de subordinación: los presos en las cárceles, los soldados en el Ejército, los policías de bajo rango. Los agresores están entre sus jefes. Y todos ellos, superiores o inferiores, fuera de su corporación son poderosos frente a los simples ciudadanos.”*

En las definiciones anteriores, podemos encontrar semejanzas y diferencias, como a continuación veremos:

1. Semejanzas.
 - a. Tocamientos
 - b. Estupro
 - c. Violación
 - d. Incesto

- e. Uso de un niño con fines de explotación en espectáculos y materiales pornográficos
- f. Posición de poder o autoridad sobre el niño,
- g. Uso de halagos, engaños, amenazas o chantaje,
- h. Violación de los derechos de niños y jóvenes,
- i. Vulneración de la posibilidad de que tengan un desarrollo armónico.

2. Diferencias

- a. Cuando la persona se halle privada de razón o sentido
- b. Acoso Sexual
- c. Atentado contra la libertad sexual y el pudor de la víctima
- d. Lenguaje sexual
- e. Exposición de partes sexuales
- f. Voyeurismo
- g. Prostitución

Así, la doctrina, con una fórmula de *numerus apertus*, considera una amplia variedad de conductas del agresor y de efecto de tales conductas en niños y adolescentes.

Con relación a los bienes jurídicos en los delitos sexuales contra menores, se tiene en cuenta la delimitación de la incapacidad de autodiscernimiento sexual del menor, que para algunos autores se presume de *Ope legis*, es decir, independientemente del consentimiento fáctico del acto sexual por el niño o niña. “*La culpabilidad en este delito se concreta a título de dolo porque el agente sabe que la voluntad de la víctima es contraria a sus deseos.*”⁴²

En la violencia sexual siempre existe una relación de poder, en el que es característico un espacio de coerción, debido al cual la víctima no posee o pierde su capacidad de defensa inmediata.

⁴² MAVILA LEÓN, ROSA: Consideraciones actuales en materia de delitos sexuales CATHEDRA - ESPÍRITU DEL DERECHO, N° 2 - Año 2 - Mayo 1998. http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/Cathedra/1998_n3/Cons_Act_Mat_Del.htm

Se debe a **MORAS MON** el concepto de “*delitos contra la libertad sexual*” que hoy proponen las legislaciones más avanzadas del mundo, entre ellas nuestro Código Penal. Otros Códigos como el Alemán aluden a “*Delitos contra la autodeterminación sexual*” y el Portugués que trata sobre “*delitos sexuales.*”⁴³

Las agresiones, abusos y toda forma de violencia sexuales constituyen una injuria a la integridad de la víctima, porque implican una restricción a la libertad sexual sea por abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder para calificar el hecho, así como la existencia de otras causas que hayan impedido el libre consentimiento de la acción.

Como elementos que constituyen el tipo penal⁴⁴, deben considerarse aquellas que:

- a. Causaren un grave daño en la salud física o mental de la víctima;
- b. Fueren cometidas por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, encargado de la educación o de la guarda;
- c. El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;
- d. El hecho fuere cometido por dos o más personas; o con armas;
- e. El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;
- f. El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

“El Art. 173 del Código Penal criminaliza las distintas modalidades de conducta estuprova incluyendo tanto el supuesto de hecho del Estupro con Prevalimento, o con vis compulsiva, es decir a la fuerza, así como el Estupro Fraudulento, es decir, aquel

⁴³ MORAS MOM, JORGE R. “*Los delitos de Violación y corrupción*”, p. 14.

⁴⁴ CORIGLIANO, MARIO E.: *Delitos contra la integridad sexual*
<http://www.monografias.com/trabajos28/delitos-sexuales/delitos-sexuales.shtml>

en el cual el acto sexual es obtenido por el sujeto activo mediando engaño o seducción de la víctima.

El sistema de penas es mayor en tanto es menor la edad de la víctima...

Las modalidades de Prevalencia por status o autoridad del sujeto activo sobre la víctima se encuentran incorporadas en este Artículo como tipos agravados... “⁴⁵

PORRAS VELASCO y DE LA CERDA, definen la violencia Sexual, como “...cualquier acto u omisión que infrinja un daño a la integridad sexual de una persona. No solo se refiere a conductas de fuerza corporal o la intimidación sino también incluye aquéllas de aprovechamiento, manipulación o utilización. La violencia sexual siempre entraña una relación de poder asimétrica entre la víctima y la persona que ejerce la violencia. En los casos de violencia sexual es de extrema consideración la situación de las personas menores de edad, pues, no puede “dar su consentimiento” para la explotación y por tanto, este es irrelevante al momento de juzgar a quien haya violentado sus derechos.”⁴⁶

Desde la perspectiva del Psicoanálisis, dice **JUANA BEREZIN DE GUITER**⁴⁷,

“Los niños que han sufrido abuso sexual fueron sometidos a una acción violenta y masiva ejercida sobre un Yo débil en proporción al estímulo, que superó sus posibilidades de dominio, control y evacuación adecuada, es decir, acusaron el impacto de un trauma. En ellos comprobamos en una gran mayoría de casos que, por la acción violenta, las pulsiones de

¹⁵ MAVILA LEÓN, ROSA: Consideraciones actuales en materia de delitos sexuales-
http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibVirtual/Publicaciones/Cathedra/1998_n3/Cons_Act_Mat_Del.htm

¹⁶ PORRAS VELASCO, ANGÉLICA – DE LA CERDA, AMALIA: Análisis de las reformas penales que tipifican los delitos de Explotación Sexual Comercial Infantil. Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil –IPEC, Programa de Duración Determinada –PDD en Ecuador. 2005, p.

¹⁷ BEREZIN DE GUITER, JUANA: Abuso sexual infantil. http://www.derechosdelainfancia.cl/docs/imgs/imgs_doc/80.pdf

vida y muerte perdieron su combinatoria, su fusión, y la pulsión de muerte, al proseguir su accionar sin estar moderada por la libido, entra en el camino de lo que Freud llamó "compulsión de repetición demoníaca", la que tiende a desorganizar la unidad del aparato psíquico. El Yo es condenado así a repetir la situación traumática, muchas veces indefinidamente, debido a la necesidad, por un lado, de metabolizar este impacto para organizarse nuevamente y volver a funcionar según el principio del placer. También la necesidad de dar curso a la angustia que faltó o fue insuficiente durante el transcurrir del trauma contribuye a la supervivencia del mismo."

Además del tratamiento que debe darle el derecho penal, es necesario incrementar la conciencia pública sobre la gravedad de las acciones de avasallamiento de las personas en un ámbito personalísimo como es el de la sexualidad.

*"La violación sexual por si misma, afecta no solo la integridad física de la víctima, sino también su dignidad, derecho fundamental protegido constitucionalmente y que responde a la lógica de que ninguna persona, sea cual fuere su raza, condición social o moral, su edad, su sexo, puede ser sometida contra su consentimiento, o asaltada en su buena fe mediante engaño, a trato sexual alguno, sin que ello no corra un interés de la vida en sociedad: la libertad sexual y la indemnidad sexual."*⁴⁸

Actualmente, un sector de la doctrina afirma que la tipificación contribuye a reforzar la efectividad del derecho, evitando así tener que utilizar el recurso de las categorías genéricas y favoreciendo con ello una de las finalidades del derecho penal como la prevención general.

⁴⁸ Paz y Esperanza: Abuso sexual de niños y adolescentes: http://www.pazyesperanza.org/news/abuso_sexual.pdf

2.11.3 EL ACOSO SEXUAL

EDGARDO DONNA entiende por Acoso Sexual, “*aquellas formas de presión sexual que se dan en determinados ámbitos, en los que se desarrollan relaciones de preeminencia implícitas (trabajo, colegio, universidad, etc.), y que genera, como consecuencia, que el sujeto pasivo se vea compelido a tolerar las presiones, para permanecer o progresar en dichos ámbitos. El sujeto activo coacciona a la víctima a que se someta sexualmente, abusando de la autoridad que le confiere su función*”⁴⁹.

El acoso sexual, según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), consiste en insinuaciones sexuales indeseables o en un comportamiento verbal o físico de índole sexual que pretende interferir, sin razón alguna, en el requerimiento laboral de una persona o crear un ambiente de trabajo intimidante, hostil u ofensivo.

El acoso sexual comprende las modalidades del ***quid pro quo* o acoso sexual vertical o chantaje sexual propiamente u hostigamiento sexual**, así como la modalidad del **acoso sexual de ambiente o acoso sexual horizontal**.

Es el **primer tipo de acoso sexual o chantaje u hostigamiento sexual** el que interesa a la norma administrativa y no así el hostigamiento de tipo horizontal, pues se debe tomar en cuenta que dentro del principio de intervención mínima del derecho penal encontramos la subsidiariedad y fragmentariedad, que en buena cuenta son principios limitadores de la función punitiva estatal y que orientan a que el derecho penal sólo se utilice cuando se verifique la inexistencia o inoperatividad de otros mecanismos de protección de bienes jurídicos y que deben ser objeto de protección sólo los bienes jurídicos más

⁴⁹ DONNA, EDGARDO ALBERTO. Delitos Contra la Integridad Sexual. Rubinzal-Culzoni Editores. Segunda edición, Buenos Aires. 2002. p.32

importantes, que en el presente caso se pretende que sea la indemnidad sexual de los menores, pues ni la norma tutelar de los menores ni la norma administrativa son eficaces para conjurar el hostigamiento sexual contra los menores de edad.

Existen niveles de conductas de acoso sexual así como de hostigamiento sexual en los que se contemplan la interacción verbal o no verbal, el contenido del mensaje (menos o más coercitivo) y la presencia o no de contacto físico.

De acuerdo con la OIT, el acoso ha sido clasificado en cinco niveles, según lo agravante de la práctica: abarcan del acoso leve verbal, el acoso moderado no verbal sin contacto físico; el acoso medio fuerte verbal; el acoso fuerte con contacto físico; hasta el acoso muy fuerte con presiones físicas y psicológicas para tener contactos íntimos.

2.11.4 EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL

Según la definición realizada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Hostigamiento significa: Ser molesto o empalagoso. Incitar con insistencia a alguien para que haga algo. De esta definición se desprende que Hostigamiento no solo tiene una connotación de agresividad, hostilidad o molestia, sino también de incitar insistentemente. Por lo tanto, el acto reiterado de efectuar proposiciones de naturaleza sexual sí puede estar contenido dentro de la definición de hostigamiento, aún cuando no cause malestar en su destinatario.

El hostigamiento sexual típico, en cambio se refiere a una manifestación de poder mediante una coacción con contenido sexual que proviene de un superior dirigida a alguien de menor rango. El hostigamiento sexual típico, en buena cuenta es una forma de acoso sexual, pues en realidad está referido solamente al acoso quid pro quo o acoso vertical o chantaje sexual, por eso muchos autores señalan que se trata de lo mismo.

La legislación sobre el hostigamiento sexual es relativamente reciente, como concepto jurídico había tenido muy pocas aplicaciones prácticas, hasta que se juzgaron los primeros casos de hostigamiento sexual en virtud de la ley norteamericana federal sobre la discriminación basada en el sexo, en la segunda mitad del decenio de 1970. Mas tarde el concepto fue exportado de los Estados Unidos a otros países industrializados, como Australia, Canadá, Japón y Nueva Zelanda y ciertos países de Europa Occidental. En muchos de ellos, la expresión “hostigamiento sexual” no hizo su aparición en forma legal hasta el decenio de 1980.

Son escasos los sistemas legales que cuentan con normas legales que definan específicamente o mencionen el hostigamiento sexual. En la mayoría se ha definido el hostigamiento sexual, por analogía, como toda actividad que viola una norma legal relativa a otro asunto, como por ejemplo el despido injustificado, actos que acarrear un perjuicio a terceros y como conducta dolosa.

En la definición tradicional y estricta del hostigamiento sexual, se trata de la exigencia formulada por un superior, normalmente pero no siempre, de sexo masculino, a un subordinado suyo, normalmente pero no siempre, de sexo femenino, para que se preste a una actividad sexual si quiere conseguir o conservar ciertos beneficios laborales o de cualquier otra índole, se habla en este caso del hostigamiento sexual por chantaje que implica un abuso de poder por parte del superior o del empleador. Para mayor precisión, el hostigamiento sexual comúnmente llamado chantaje, al que la doctrina americana denomina “*quid pro quo*” (literalmente, “esto por aquello”, es decir, el chantaje sexual relacionado con el empleo) requiere siempre de un ejercicio de poder o una relación desigual de poder, pretendiendo imponer o imponiendo realmente una conducta de naturaleza sexual no deseada de modo reiterado, con amenazas que pueden afectar sus condiciones de trabajo, la continuidad en el empleo y crear un ambiente ofensivo o abusivo, agrediendo con ello su dignidad como ser humano.

Según la definición más general del hostigamiento sexual, se trata de incitaciones sexuales inoportunas, de una solicitud sexual o de otras manifestaciones verbales o físicas de índole sexual. En este caso se habla de hostigamiento sexual por intimidación que se diferencia del hostigamiento sexual por chantaje en el sentido de que la parte demandante no tiene que haber sufrido una pérdida económica tangible; toda vez que basta que la conducta sea suficientemente severa como para crear un ambiente ofensivo o abusivo, en ambas situaciones estamos ante el *Hostigamiento Sexual Típico o Vertical*.

El otro concepto de hostigamiento sexual se refiere a una situación distinta, donde no opera una manifestación de poder, sino que se trata de incitaciones sexuales inoportunas por parte de un tercero, de modo reiterado y no deseado, que tengan por finalidad o efecto interferir de forma ilógica en el trabajo, estudio o desarrollo de una persona o crear un ambiente intimidatorio y hostil. En este caso estamos ante el *Hostigamiento Sexual Ambiental u Horizontal que en el caso peruano esta fuera de la protección de la norma penal, tutelar o administrativa*.

La denominación hostigamiento sexual, dentro de las normas laborales, se usa indistintamente como si fuera sinónimo de acoso sexual; sin embargo en el derecho penal, el **hostigamiento sexual es una forma de acoso sexual**; es decir es la forma más grave del acoso sexual y que cuando está dirigido a afectar la indemnidad sexual de los menores, **la norma administrativa no es suficiente para conjurarla**; por ello se hace necesario su tipificación como medio para lograr una real protección del bien jurídico indemnidad sexual. Debe tenerse en cuenta que el hostigamiento sexual implica también otras conductas como son los tocamientos conforme lo veremos en el desarrollo.

El hostigamiento sexual, se vislumbra más allá del ámbito laboral y es una práctica frecuente en el escolar, en el cual los profesores hacen uso de su

autoridad para conseguir favores sexuales de las y los estudiantes a través del chantaje o coacción poniendo en juego sus calificaciones, la aprobación del ciclo escolar o el acceso a actividades escolares. El problema es que precisamente en las escuelas y colegios se encuentran la mayor parte del universo del o las probables víctimas del hostigamiento sexual, quienes en su mayoría se encuentran en edad escolar y la ley no les reconoce aún la libertad sexual, siendo entonces que el hostigamiento sexual ataca a la indemnidad sexual, pero que aún el Estado no lo reconoce así, no siendo punible por ausencia de una norma penal que lo califique como delito.

Pese a la gravedad del problema, el hostigamiento sexual no ha sido criminalizado en el Perú y únicamente se le ha dado un tratamiento administrativo tutelar y laboral que es insuficiente para proteger la indemnidad sexual; en otros estados como España, Portugal, México o Ecuador, sí se ha penalizado considerando el acoso sexual contra menores de edad como una figura agravada, lo que ha permitido su persecución y consecuente castigo.

El hostigamiento sexual puede presentarse de las siguientes formas:

- Observaciones sugerentes y desagradables en público o en privado acerca del cuerpo, la conducta o la vestimenta
- Chistes, bromas o agresiones verbales o por escrito con contenido eminentemente sexual en público o en privado
- Gestos o acciones ofensivas de naturaleza sexual explícitas o sutiles
- Contactos físicos innecesarios, tales como: caricias, rozamientos, abrazos, palmaditas o besos
- Miradas lascivas
- Invitaciones comprometedoras que causen malestar
- Exhibición de pornografía en los lugares de trabajo
- Envío de correos electrónicos con connotaciones sexuales
- Demanda de favores sexuales
- Gestos, insultos y bromas pesadas que causan vergüenza e incomodidad
- Propagación de rumores sexuales acerca de la persona agredida
- Invitación a tener relaciones sexuales no deseadas

- Agresión física ante la negativa
- Intento de violación.

El hostigamiento sexual penal de menores de edad, en concordancia con el principio de legalidad, puede ser definido como una coacción física, moral o de cualquier otra naturaleza, dirigida a un menor de catorce años (hombre o mujer) por medio de ineludibles insinuaciones sexuales, con el objetivo de practicar el acto sexual, aprovechándose el autor (hombre o mujer) de determinadas circunstancias que lo/la sitúan en una posición destacada y de superioridad en relación a la persona hostigada, sea en razón de su empleo, de su función o de su cargo.

En este sentido, el concepto acuñado por **LUIZ FLÁVIO GOMES**⁵⁰ destaca lo siguiente: *“Es una coacción (ilegal) practicada en determinadas circunstancias laborales y subordinada a una finalidad especial (sexual). Tres, por consiguiente, son las características de ese delito: **(a) coacción ilícita** (coaccionar significa compeler, obligar, determinar, imponer algo contra la voluntad de la víctima etc); **(b) finalidad especial** (ventaja o provecho sexual); **(c) abuso de una posición de superioridad** laboral”*; pero en nuestra opinión, también la superioridad pueden ser de naturaleza educativa.

Si repasamos la definición que la Ley N° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, hace de esta figura, señalando que es *“...la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual no deseada y/o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad así como sus derechos fundamentales”*, queda la incógnita sobre si la conducta física está referida también a las partes pudendas, en cuyo

⁵⁰ GOMES, LUIZ FLÁVIO: Lei do Assédio Sexual (10.224/01): Primeiras Notas Interpretativas, en www.direitocriminal.com.br, 06/06/2001.

caso, la falta de precisión de la norma administrativa permitiría escapar a la acción de la justicia penal al culpable.

En el hostigamiento sexual contra menores, producido en centros educativos, existe una relación de autoridad de los docentes con respecto a los escolares, por lo que el docente es poseedor de un poder que puede utilizar como mecanismo de coacción para violar los derechos de los educandos.

Por tanto, según el autor antes mencionado, el hecho de la coacción presupone el perseguir con insistencia, importunar, molestar, con preguntas o pretensiones insistentes⁵¹, no bastando para su constitución simples palabras elogiosas o meros galanteos.

En cuanto a los sujetos activo y pasivo del delito, estos pueden ser el hombre o la mujer, siendo exigibles tanto la relación de superioridad y la edad del sujeto activo en relación al pasivo. La consumación, se dará con la sola coacción del sujeto activo y la finalidad espuria hacia el sujeto pasivo por cualquier medio, directa o indirectamente, a prestarle un favor de naturaleza sexual. Al respecto, dice **NELSON HUNGRIA**, que la coacción “*puede ser formulada directamente, a viso aperto o facie ad faciem, bajo amenaza explícita o implícita de represalias (inmediatas o futuras), o indirectamente, sirviéndose el agente de persona intermediaria, o de presión velada, o haciendo suponer, con maliciosas o falsas interpretaciones, o sugerencias capciosas, la legitimidad de la exigencia.*”⁵²

Tratándose de un tipo penal abierto a decir de **RENÉ ARIEL DOTTI**⁵³ para su tipificación existe una gran dificultad en las expresiones “*ventaja o provecho sexual*”, a diferencia de lo que exige el principio de taxatividad de la

⁵¹ FERREIRA, AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA: Novo Dicionário da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2ª. ed., 1998, p. 183

⁵² HUNGRIA, NELSON: Comentários ao Código Penal, Vol. IX, p. 361, Rio de Janeiro; Forense, 1958.

⁵³ DOTTI, RENÉ ARIEL: “A Criminalização do Assédio Sexual”, in Revista Paulista da Magistratura, jul/dez 1998

norma penal incriminadora; sin embargo estas expresiones que tornarían al delito de hostigamiento sexual en un tipo aparentemente abierto, estaría solucionado con la jurisprudencia nacional desarrollada en los delitos sexuales.

En esta dirección, en España, con la nueva redacción dada al art. 184 del Código Penal, donde se incrimina el delito “*del acoso sexual*”, inserto en el título referente a los delitos contra la libertad sexual, cuando se tutela penalmente la libertad sexual, se quiere garantizar que “*nadie sea obligado a relacionarse sexualmente con otra persona sin su consentimiento*”. Al proponer la tipificación del hostigamiento sexual, coincidimos con **LUIZ FLAVIO GOMES**, quien señala que lo que se busca tutelar, además de la indemnidad sexual, son el honor, la libertad en el ejercicio del trabajo, la autodeterminación en el trabajo, en los estudios y la no discriminación en el trabajo y en cuanto lugar pudiere encontrarse la víctima y por ello, siguiendo a los tratadistas españoles, debe utilizarse la expresión *favores de naturaleza sexual*.

Para ver que los atentados contra el pudor de menores de catorce años se encuentran dentro del marco del hostigamiento sexual, recurrimos a la interpretación restrictiva del profesor brasileiro **MAXIMILIANO**⁵⁴. Para esta forma de interpretación restrictiva, los “*favores sexuales*” se limitarían a “*aquellos comportamientos de carácter sexual que exijan al menos un contacto físico entre la persona acosada y el acosador o un tercero, constituyendo el límite máximo los tocamientos realizados por la víctima sobre su propio cuerpo.*”⁵⁵

La Congresista de la República Dra. Dora Núñez Dávila, presentó el 06 de junio de 2005, un Proyecto de Ley que modificaría diversos artículos de la Ley N° 27942 “Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual”. Sin

⁴ MAXIMILIANO: *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 7ª. ed., 1961, p. 399

⁵ El nuevo delito de acoso sexual, Valencia: Ediciones Revista General de Derecho, 2000, p. 39

embargo, dicho Proyecto, está referido específicamente al ámbito laboral, limitándose tal iniciativa a incluir en el artículo 1º, Del Objeto de la Ley, la frase “*entre iguales jerárquicamente*”. Por otro lado, pretendía modificar el artículo 9º, estableciendo el derecho a interposición de proceso sumarísimo en la vía civil para exigir el pago de indemnización.

En México, desde la perspectiva de la libertad sexual, como una forma de preservar la salud física y mental del individuo, se ha penalizado el hostigamiento sexual, orientándose no obstante tal decisión fundamentalmente a la protección de la mujer, debido en gran parte, al intenso trabajo de las asociaciones feministas.⁵⁶ La norma define al acoso – u hostigamiento – sexual a la “*conducta de una persona investida de autoridad que solicita favores de tipo sexual a cambio de mejores condiciones laborales o recompensas de distinta clase*”⁵⁷.

CAMARGO PACHECO, y **MERINO ARAGÓN**, ven con escepticismo la eficacia de esta norma y cuestionan la posibilidad de su aplicación. Asimismo, denominan al hostigamiento sexual también como acoso sexual, considerándolo como “*una conducta lesiva e injusta, de alguien investido de autoridad, quien aprovechándose de su poder, propone a otro una conducta sexual no deseada por esta (e) y que puede afectar los términos y las condiciones de su empleo en una empresa*”. Desde el punto de vista penal, asumen el concepto de delito de hostigamiento sexual aportado por **DÍAZ DE LEÓN**: “*es aquel que se comete por quien, aprovechándose indebidamente de su cargo o posición generante de cualquier clase de subordinación, importuna sin descanso a una persona (varón o mujer) con pretensiones de deleite carnal.*”⁵⁸

⁵⁶ CAMARGO PACHECO, MARÍA DE JESÚS - MERINO ARAGÓN, FELIPE ABEL: La incorporación del Hostigamiento Sexual como figura típica en la Legislación Penal Sonorense. Revista Jurídica de la Academia de Derecho, Universidad de Sonora, Universidad Regional Sur, México, noviembre de 2002, http://www.uson.mx/medios_informativos/revista_academia/REVISTAACADEMIANOV02.doc

⁵⁷ V. Instituto Panamericano de Alta Dirección de Empresa, Acoso Sexual en la Empresa: como prevenirlo, Universidad Panamericana, México, 2001, p.5.

⁵⁸ V. DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO: *Código Penal Federal con comentarios*, Ed. Porrúa, Tercera edición, México, 1998. p.47.

CAMARGO PACHECO, y **MERINO ARAGÓN**, por otro lado consideran que sería conveniente el establecimiento de “...*algunas agravantes de la pena, en razón a circunstancias especiales de la víctima, como lo es, el hecho de que el delito sea cometido por un maestro en perjuicio de alguno de sus alumnos o por virtud de la corta edad de la víctima. Asimismo por los probables perjuicios psicológicos, el legislador debería hacer una excepción y tratándose de menores de edad o enfermos mentales perseguirlo de oficio.*”

Resulta relevante en el criterio de dichos autores respecto a la comprensión que la coacción llevada a cabo por el agente tenga por objetivo realizar con la víctima acto sexual: unión carnal u otro acto libidinoso.

Una vez más, veamos la opinión del maestro **HUNGRIA**:

*“Unión carnal es la cópula **secundum naturam**, la unión del órgano genital del hombre con el de la mujer, la introducción del pene en la cavidad vaginal...*

Acto libidinoso es todo aquel que se presenta como desahogo (completo o incompleto) de la concupiscencia”⁵⁹, tales como el coito anal, la *fellatio*, la hetero-masturbación, los contactos físicos voluptuosos, etc.

El hostigamiento sexual que proponemos o acoso sexual vertical en otras legislaciones y doctrinas, por lo tanto, configura un verdadero chantaje sexual, aprovechándose el sujeto activo de una situación de superioridad en la que se encuentra respecto a la víctima, en virtud del ejercicio de empleo, cargo o función. De esta forma, “*la comprensión penal del acoso sexual parece entender que este requiere siempre una “relación laboral o docente”*.”⁶⁰

⁹ HUNGRIA: ob. cit., Vol. VIII, p. 135

⁰ SÁNCHEZ, ESTHER y LARRAURI, ELENA, El Nuevo Delito de Acoso Sexual y su Sanción Administrativa en el Ámbito Laboral, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 21

La constitución del tipo se da por el hecho que el agente deberá aprovecharse de la condición de superior jerárquico o de su influencia, como en el caso de un profesor respecto a su alumno. Quiere decir que el delito sólo se constituiría en caso de que la coacción se haga en razón del ejercicio de la profesión, cargo o función. Por otro lado, se exigiría que la finalidad sea la de obtener ventaja o provecho sexual, es decir que exista dolo específico, no considerándose la modalidad culposa.⁶¹

Para el efecto, la determinación del bien jurídico protegido en, un eventual delito de hostigamiento sexual, es fundamental para determinar la necesidad o no del tipo penal, debiendo tenerse en cuenta la pluralidad de bienes jurídicos protegidos, lo que le daría personalidad a este delito frente al resto de categorías genéricas.

“...con gestos reiterados, con actitudes reiteradas, actos, palabras y con presiones físicas de menor entidad, puede formarse una conducta punible, porque con ella se quebranta el sosiego, la tranquilidad y la libertad de la persona”⁶²

2.12. PERFIL DEL HOSTIGADOR Y DE LA VÍCTIMA

Quien violenta la libertad o indemnidad sexuales, debe ser considerado como un agresor. No obstante, por tratarse de personalidades, existe cierta complejidad en la determinación del perfil de activación sexual de los agresores, tanto como en el grado de su agresividad. Así, **PÉREZ CONCHILLO**⁶³, según el grado de violencia con que actúan, clasifica a los agresores sexuales de la siguiente manera:

⁶¹ DE ANDRADE MOREIRA, RÓMULO: El nuevo delito de acoso sexual en Brasil, <http://www.revistapersona.com.ar//Persona10/10Moreira.htm>

⁶² VEGA RUIZ, JOSE AUGUSTO: El Acoso Sexual Como Delito Autónomo, Madrid: Colex, 1991, Serie Biblioteca Jurídica de Bolsillo; 2) Tema o Materia: Acoso Sexual / Delitos Sexuales, p. 17.

⁶³ PÉREZ CONCHILLO, MARÍA - CARBAJO ÁVAREZ, EVA: Op. Cit., p. 6.

- **“No violentos.** *Hacen uso de la persuasión, el engaño o la presión para someter a la víctima, basándose en su relación de autoridad y poder (adulto, padre, maestro). Estos a su vez, se subdividen en otros dos grupos en función de la exclusividad de su preferencia sexual:*
 - **Pedófilos exclusivos:** *Tienen preferencia sexual exclusiva hacia los niños y les son insatisfactorias o rechazan las relaciones sexuales con otros adultos. Aunque se les ha descrito como personas inmaduras, son capaces de adoptar pautas de comportamiento adulto perfectamente adaptadas.*
 - **Pedófilos oportunistas:** *Mantienen actividad sexual con adultos y en determinadas circunstancias abusan sexualmente de los niños. Manifiestan no tener predilección por los niños, tienden a racionalizar los abusos atribuyéndolos a las circunstancias en que se produjeron. A diferencia de los pedófilos exclusivos, interactúan con los niños como si éstos fueran mayores. La baja autoestima en la esfera sexual, el alcohol y otras drogas, las desavenencias conyugales, el hacinamiento y la vida desordenada son algunas de las circunstancias presentes en este tipo de abusos. Este subgrupo recoge al mayor número de agresores.*
- **Violentos.** *Emplean la violencia para someter a las víctimas. Son más responsables de lesiones y muertes. Tienen graves características de personalidad psicopática con antecedentes de conducta antisocial. En la motivación de su conducta se combinan el abuso sexual y la violencia. Su patrón de conducta obedece a la búsqueda de sensaciones y a su propia satisfacción. Este grupo es mucho menos numeroso y evidentemente mucho más peligroso que el anterior.*

En cuanto a la tipología, **ECHEBURÚA, E. y GUERRICA ECHEVARRÍA**⁶⁴, señalan que los abusadores son fundamentalmente de dos tipos:

a) **Primarios.-**

- *Sujetos con una orientación sexual dirigida primariamente a niños, sin apenas interés por los adultos, y con conductas compulsivas no mediatizadas por situaciones de estrés.*

ECHEBURÚA, E. – GUERRICA ECHEVARRÍA, C.: Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores. Un enfoque clínico. Barcelona: Editorial Ariel. Estudios sobre violencia. 2000, págs. 86 – 89.

- *Generalmente poseen un campo limitado de intereses y actividades, lo cual les lleva a menudo a una existencia solitaria.*
- *Son, en el sentido estricto del término, pedófilos, que persiguen a los niños con el mismo ahínco que los perros a los huesos.*
- *A veces cuentan con ciertas estrategias de atracción (simpatía personal, comportamientos infantiles, sintonía con los intereses de los niños, entrega de regalos, etc.)*
- *Desde una perspectiva cognitiva, los pedófilos consideran sus conductas sexuales apropiadas y las planifican con antelación.*
- *No presentan sentimientos reales de culpa o vergüenza por sus actividades pedofílicas.*
- *Pueden mostrar una fobia o rechazo al sexo en las relaciones con mujeres e incluso una cierta aversión a las características sexuales secundarias de las mujeres adultas, como el desarrollo de los senos, el vello en el pubis, etc.*
- *El origen de esta tendencia anómala puede estar relacionado con el aprendizaje de actitudes extremas negativas hacia la sexualidad o con el abuso sexual sufrido en la infancia, así como con sentimientos de inferioridad o con la incapacidad para establecer relaciones sociales y heterosexuales normales.*
- *La repetición reiterada de masturbaciones acompañadas de fantasías pedofílicas tiende a mantener este trastorno.*

b) Secundarios y situacionales

- *Son personas que tienen contactos sexuales aislados con niños, y éstos son reflejo de una situación de soledad o estrés.*
- *Las conductas habituales de estos sujetos son relaciones sexuales con adultos, normalmente heterosexuales, aunque suelen aparecer alteraciones en el curso de éstas, como impotencia ocasional, falta de deseo y algún tipo de tensión o conflicto con sus parejas.*
- *A nivel cognitivo, suelen percibir este tipo de conductas como anómalas y las ejecutan de forma episódica e impulsiva más que de un modo premeditado y persistente. No es por ello infrecuente la aparición posterior de intensos sentimientos de culpa y vergüenza.*

- *Las conductas de abuso pueden ser un medio de compensar la autoestima deficiente del sujeto o de dar rienda suelta a una hostilidad que no puede liberarse por otras vías.”*

“...los delincuentes sexuales de menores presentan menos alteraciones estables de la personalidad y rasgos de personalidad de menor gravedad que los delincuentes sexuales de adultos y los que han cometido delitos no sexuales.

...

El hecho de aprovecharse de víctimas indefensas y débiles como mujeres y niños, vulnera y transgrede (sic) lo más íntimo de la persona, empujándola sino a la muerte, si al abismo de la tortura psicológica más despreciable e inmerecida.”⁶⁵

ORTIZ-TALLO, M. y otros, determinaron que los delincuentes sexuales de menores, reúnen como características:

1. *“Se muestran como el grupo de sujetos con menos alteraciones estables de la personalidad y con rasgos de personalidad dependiente, fóbicos y compulsivos.*
2. *Quedarían así descritos como personas que tienen dificultades para las relaciones interpersonales, que buscan la aceptación pero sienten un intenso miedo al rechazo que les lleva a la distancia de sus iguales para evitar el menosprecio y la humillación que suponen. Tienen dificultades para asumir roles maduros e independientes, inhibiéndose así de responsabilidades adultas. En sus manifestaciones externas pueden representar repetidamente conductas socialmente encomiables que pueden ser diametralmente opuestas a sus más profundos sentimientos antagónicos y prohibidos.*

⁶⁵ ORTIZ-TALLO, M. - SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.M. – CARDENAL, V.: Perfil psicológico de delincuentes sexuales. Un estudio clínico con el MCMI-II (Millon, 1999) *Ortodoncia clínica* 2000;3:1-8, *Rev Psiquiatría Fac Med Barna* 2002;29(3):144-152

3. *En este sentido se expresan argumentos dentro de teorías actuales que proponen como explicación a la paidofilia los problemas de relación. Serían personas con poca o nula capacidad para empatizar e incapacidad para conseguir intimidad. Tendrían más dificultad a la hora de establecer vínculos emocionales junto con una sensación de indefensión y de vulnerabilidad en sus relaciones con los adultos, lo que les llevaría a la relación sexual desviada.*”

2.13. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y RELEVANCIA PENAL DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL

El Literal d) del numeral 24 del artículo 2º de la Constitución Política del Estado, señala *“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”*. De lo que se colige que *“No hay crimen sin ley anterior que lo defina ni pena sin previa conminación legal”*: es la paremia **nullum crimen, nulla poena sine praevia lege scripta**, que representa uno de los principios básicos del Derecho penal moderno que surge de la Revolución Francesa y de los movimientos codificadores, como lo señala **MANUEL JAÉN VALLEJO**.⁶⁶

Este principio, también es recogido en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, que señala *“Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”*.

Así pues, este derecho – principio, tiene por objetivo garantizar que la conducta humana solamente sea considerado un delito si así lo define una ley anterior. Por otro lado, aunque la tipificación penal exista, es necesario que el comportamiento del agente se amolde perfectamente a la ley material, pues de lo contrario, se considera

³ JAÉN VALLEJO, MANUEL: Los Principios Superiores del Derecho Penal, Madrid: Dykinson, 1999, p. 09.

atípica la conducta (al menos desde el punto de vista penal); este principio garantiza además la irretroactividad de la ley penal, salvo cuando es benéfica, y la claridad en la formulación de los tipos penales o taxatividad.

LUIZ LUISI, constitucionalista brasileño, refiriéndose al principio de legalidad o de la reserva legal, señala respecto a la Constitución de 1988, que *“al reiterar en la Constitución de 1988 el postulado de la Reserva Legal, el constituyente brasileño no sólo mantuvo un principio ya secularmente incorporado al derecho patrio, sino que se alió a las Constituciones y a los Códigos Penales de la casi totalidad de las Naciones, ya que el mencionado principio es una garantía esencial de libertad y de Justicia objetiva.”*⁶⁷

Agrega el citado maestro, al referirse a la Constitución Española, que en los dispositivos: art. 9º.-3 (*“La Constitución garantiza el principio de legalidad”*) y 25º.-1: *“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”*

En el mismo sentido, el Código Penal alemán, en la traducción española, señala en su § 1º: *“Un hecho podrá ser castigado sólo cuando se encuentre tipificado previamente a su comisión”*, así como el suizo, el portugués e incluso, el cubano, estableciendo este último: *“Sólo pueden sancionarse los actos expresamente previstos como delitos en la Ley, con anterioridad a su comisión.”* – art. 2º.

Lo anterior, pone de manifiesto la importancia y el carácter esencial del principio de legalidad en el Derecho Penal, garantizándose de este modo que nadie sea castigado sin una ley anterior que defina claramente el respectivo hecho como infracción penal, es decir, que lo tipifique.

⁶⁷ LUIZ LUISI: Os Princípios Constitucionais Penais, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 18

“el tipo es una figura que resulta de la imaginación del legislador; el juicio de tipicidad es la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador: la tipicidad es el resultado afirmativo de ese juicio.”

Dice **CÉZAR BITENCOURT**, que la tipicidad *“es la conformidad del hecho practicado por el agente con el marco abstractamente descrito en la ley penal”*, siendo, además, *“una consecuencia natural del principio de la reserva legal”*⁶⁸

De esta forma, si el hecho no guarda estrecha correspondencia con la norma jurídico-penal, evidentemente falta tipicidad y, por consiguiente, no hay delito que punir.

No hay en nuestra legislación ninguna figura penal que tipifique de manera específica y abstracta la conducta de hostigar a algún menor con un interés sexual, como ya ocurre en la legislación penal española (art. 184 del Código Penal de 1995), en el francés, el italiano y el portugués, en los cuales se tipifica el delito pero como *acoso sexual*.

En alguna jurisprudencia nacional y algunos dictámenes fiscales, el hostigamiento sexual se ha identificado con la figura del delito de coacción, prevista en el artículo 151 del Código Penal, el cual señala *“...El que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años”*. Empero en este delito, el bien jurídico tutelado es la libertad individual de autodeterminación, a diferencia del hostigamiento sexual que consiste en una coacción especial pluriofensiva que puede afectar tanto la libertad sexual como la indemnidad sexual, como se verá más adelante.

Otros por el contrario, han tratado de asimilar el hostigamiento sexual a la figura de “actos contra el pudor”, tipificados en los artículos 176 y 176-A del Código Penal,

⁶⁸ BITENCOURT, CÉZAR ROBERTO: Manual de Direito Penal, Parte Geral, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 234.



pero esto no es exacto, en razón que los tocamientos propios de los actos contra el pudor constituyen sólo una de las formas en que se manifiesta el hostigamiento sexual.

Lo cierto es que respecto en el hostigamiento sexual, desde el punto de vista penal, hay ausencia del tipo que lo regule, en ese sentido es preciso hacer mención a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en el Expediente N° 08264-2006-HC/TC, que refiriéndose al control constitucional del principio de legalidad, ha establecido que el Tribunal Constitucional no es competente para analizar si determinada conducta se encuentra subsumida en un tipo penal adecuadamente, en la medida de que tal función es competencia exclusiva del juez penal. No obstante ello, se puede analizar si es que, en un caso concreto, se ha aplicado retroactivamente una ley penal que resulta perjudicial a un justiciable.

Así, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad para pronunciarse sobre el principio de legalidad y lo ha definido no sólo como un derecho sino también como un principio.

Por otro lado, el Colegiado constitucional ha resaltado que este principio garantiza a la persona cuatro aspectos: (a) no se aplica retroactivamente la ley; (b) la ley penal a aplicarse debe estar escrita; (c) se prohíbe la aplicación de la ley penal por analogía; y (d) no se pueden aplicar leyes de contenido indeterminado.

La conclusión es, que para sancionar eficazmente el hostigamiento sexual en menores de catorce años debe estar contenido en el catálogo penal, hecho que enfrenta otros problemas como el carácter subsidiario y fragmentario del derecho penal.

2.14. LA INDEMNIDAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El hostigamiento sexual constituye una expresión de violencia que conculca el derecho al trabajo, a la salud, a la educación, y a la seguridad; implicando una práctica violatoria de la dignidad humana que provoca consecuencias sumamente

perjudiciales sobre la integridad psíquica y física, la confianza, la autoestima, y sobre el rendimiento de las personas que lo padecen. Por lo que distintos investigadores coinciden en precisar que los bienes jurídicos protegidos serán *la integridad física, psíquica y moral, la libertad e indemnidad sexual, la dignidad e intimidad de la persona, el derecho a un ambiente saludable y armonioso y al bienestar personal*.

Como señala **JUAN CASTILLO ALVA**⁶⁹, la indemnidad sexual como bien jurídico protegido en el abuso sexual de menores de catorce años se caracteriza por considerar que el objeto de protección radica en la necesidad de cautelar su libertad futura. **FRANCISCO MUÑOZ CONDE**, señala que el ejercicio de la sexualidad se prohíbe con ellos en la medida en que pueda afectar la evolución y desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o en su equilibrio psíquico en el futuro.

Desde punto de vista de algunos autores, inexplicablemente, se están dejando de lado elementos fundamentales como los derechos de los niños y adolescentes consagrados en Tratados Internacionales y en la Constitución Política y, dentro de estos, el interés superior del niño.

La indemnidad sexual se entiende como una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo menor como ser humano tiene a un libre desarrollo de su personalidad sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros. La ley penal protege al menor tanto de la injerencia abusiva de terceros en el ámbito de su sexualidad como de aquellos que se aprovechan de él para mantener relaciones sexuales valiéndose de vínculos familiares, de custodia o de superioridad.

El ordenamiento penal reprocha la práctica de una relación sexual con una persona, en este caso menor de catorce años, que no puede comprender la naturaleza del acto y que es fácilmente manipulable; pero también se preocupa de la incidencia y los

³⁹ CASTILLO ALVA, JUAN: Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Gaceta Jurídica. Primera edición, octubre 2002. Pag. 51 y siguientes

efectos que una práctica de este tipo puede desplegar y que generalmente es desvaloradora, en la vida afectiva, emocional e intelectual de la persona. La norma penal parte de la necesidad de proteger la incapacidad para comprender y valorar los actos o comportamientos sexuales que se practican con él o contra él, la enorme posibilidad de manipulación, la ausencia de un carácter formado, la indefensión a la que están expuestos por su escaso desarrollo corporal y que es aprovechado por el autor para lograr el acceso carnal.

El hostigamiento sexual o acoso sexual *quid pro quo*, entendido como una coacción física, moral o de cualquier otra naturaleza, dirigida a un menor de catorce años (hombre o mujer) por medio de ineludibles insinuaciones sexuales, con el objetivo de practicar el acto sexual, aprovechándose el autor (hombre o mujer) de determinadas circunstancias que lo/la sitúan en una posición destacada y de superioridad en relación a la persona hostigada, sea en razón de su empleo, de su función o de su cargo; requiere de control penal para el logro de una efectiva protección de la indemnidad sexual de un menor de catorce años y ello, inmediatamente, exige la tipificación penal de tal conducta y la substracción de la norma administrativa.

En palabras de **CILLERO BRUÑOL**, el interés superior del niño “...es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso se identifican”.⁷⁰

En su definición sobre el principio de interés superior del niño, **ALEX PLÁCIDO** ha señalado los ámbitos de aplicación, tomando como referencia los alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño. De acuerdo con el autor se trata de un instrumento jurídico: “...que tiende a asegurar el bienestar del niño en todos los aspectos de la vida. Para ello y como regla general, funda una obligación de las instancias públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en que una decisión debe de ser tomada con respecto a un niño... Debe

⁷⁰ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En: GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO Y BELOFF, MARY (compiladores). *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*. Bogotá, 1998, p. 8.39

servir de unidad de medida cuando varios intereses entren en convergencia".⁷¹ El mismo autor reitera, a partir de la aplicación de este principio en una sentencia del Tribunal Constitucional peruano,⁷² que el principio de interés superior del niño constituye "*un parámetro o criterio de valoración de un derecho, relación jurídica o situación concreta o en la solución de un conflicto de derechos*".

La violencia sexual se define en el Informe mundial sobre la violencia y la salud como "*todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de ésta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo*".

Esta violencia sexual se ejerce siempre bajo coacción, es cierto, pero existe una diferencia cuando las víctimas son menores de edad, quienes debido a su falta de madurez no están aún en capacidad de comprender el significado del comportamiento sexual, por lo que el bien jurídico protegido es su indemnidad sexual.

"La configuración del bien jurídico debido a su función limitadora del poder punitivo, interpretativa de los tipos penales y legitimadora de las normas penales,⁷³ ha adquirido en el ámbito de los delitos sexuales aspectos relevantes que merecen atención y precisión.

En efecto, en primer lugar, han quedado de lado las posiciones que postulaban que el objeto de protección en estos delitos eran el honor o la moral sexual, la honestidad y/o las buenas costumbres. A diferencia del Código Penal de 1924, el Código Penal de 1991 ha optado por establecer la libertad sexual como bien jurídico en los delitos sexuales. Ello, ha implicado cambios en la orientación

PLÁCIDO, ALEX. "El interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional". En: *Cuadernos Jurisprudenciales*, Gaceta Jurídica, N° 62, año 6. Lima, 2006
Sentencia del 14 de octubre del 2002 (Exp. N° 2165/2002 HC/TC)
HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho". Lima, 2005, pp.15 y ss.

político-criminal de la cual se derivan consecuencias en la amplitud de los sujetos protegidos, en el ámbito probatorio al no ser indispensable la obtención de pruebas sobre el daño físico para acreditar los hechos materia de juzgamiento, así como la posibilidad del ejercicio público de la acción penal.”⁷⁴

Los ataques a bienes jurídicos protegidos de la niñez se han incrementado de tal forma en nuestro país, que el legislador se ha visto obligado por el clamor de la opinión pública a endurecer las penas contra los delincuentes; pero aún la regulación penal no alcanza a proteger a los niños y adolescentes en forma cabal, pues existe conductas que aún no han sido tipificadas como delito, tal es el caso del hostigamiento sexual, el cual inclusive se comportaría como filtro para evitar delitos como violación sexual de menores de edad, trata de personas o cualquier otro tipo de explotación sexual.

Respecto a la edad de las víctimas en los delitos sexuales, nuestra legislación penal ha pasado por una serie de modificaciones. Inicialmente, se consideró que las personas a partir de los catorce años solo deben recibir la protección de su libertad sexual respecto a los ataques que signifiquen el empleo de la violencia, la amenaza o el engaño, salvo que se trate de individuos que padecen de alguna enfermedad mental, se encuentren en la imposibilidad de resistir y se abuse de ellos. Se estimaba que desde los catorce años la persona se encontraba en condiciones de decidir sobre su sexualidad ejerciendo plenamente su derecho a elegir con quien relacionarse, optando el tipo o clase de comportamiento que crean conveniente realizar como el tiempo y la ocasión para llevarlo a cabo. Luego de los catorce años solo se castigaba el acto sexual u otro análogo, o el contacto corporal de naturaleza sexual, que se practica empleando violencia o grave amenaza (artículo 170), colocando a la víctima en estado de inconciencia o en imposibilidad de resistir (artículo 171), o mediando engaño grave si es que la víctima se encuentra comprendida entre los catorce y dieciocho años (artículo 175)

Defensoría del Pueblo: *La aplicación de la justicia penal ante casos de violencia sexual perpetrados contra niñas, niños y adolescentes*. Informe Defensorial N° 126. Adjuntia para la Niñez y la Adolescencia. Lima. Noviembre de 2007.P. 65.

La Ley N° 28704 del 5 de abril del 2006, modificó la protección de la indemnidad sexual para los casos de violación de los menores de edad. El punto más relevante y sensible, sin embargo, es la modificación al artículo 173, referido a la violación de menores de catorce años. Este tipo penal, como se sabe, protege la indemnidad sexual de los menores de edad, castigándose todo acto sexual que se realice con ellos, sin importar si el agente ejerció violencia o amenaza o si fue consentido por la víctima.

Pues bien, la modificación de este artículo ha incrementado la edad, de catorce a dieciocho años, en que una persona puede disponer libremente de su libertad sexual. De lo que se sigue que la libertad sexual se ha suprimido para los menores de dieciocho años. La presunción *iure et de jure* que antes alcanzaba a toda persona menor de catorce años de edad, ahora alcanza hasta a los menores de dieciocho años; lo que ha constituido un desacierto del legislador que después ha generado la necesidad de ser corregida por el poder Judicial a través de dos acuerdos plenarios, que en buen cuenta modifican el artículo 173 del Código Penal aunque el Poder Judicial se niega a reconocerlo.

2.15. LEY N° 27942: ALCANCES Y SANCIÓN DEL HOSTIGAMIENTO

El 27 de febrero del 2003 como se ha indicado, se publica la Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, Ley N° 27942 modificada por la Ley N° 29430, con el objeto de prevenir y sancionar el hostigamiento sexual producido en las relaciones de autoridad o dependencia y relaciones horizontales entre agresor y agredido, pero sólo en centros laborales y dirigido sólo a mayores de edad. Se considera Hostigador a toda persona, varón o mujer, que realiza un acto de hostigamiento sexual y Hostigado a toda persona, varón o mujer, que es víctima de hostigamiento sexual.

Sanciona el hostigamiento sexual típico o chantaje sexual consistente en la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual no deseada y/o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o

cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad así como sus derechos fundamentales.

El ámbito de aplicación de la Ley comprende:

- Centros de trabajo públicos y privados: a los trabajadores o empleadores, al personal de dirección o de confianza, al titular, asociado, director, accionista o socio de la empresa o institución; asimismo, a los funcionarios o servidores públicos cualquiera sea su régimen laboral. Cabe mencionar que han sido incluidas también otras personas que mantienen una relación de trabajo en el sector privado pero que por la naturaleza de éste habían sido excluidas de la ley (como el caso de las trabajadoras domésticas) En la Décimo Segunda Disposición Final y Complementaria de la Ley, se señala que las Trabajadoras del Hogar que sean víctimas de hostigamiento sexual, tienen derecho acogerse a las acciones establecidas en la presente ley, en el capítulo pertinente a los servidores del sector privado.
- Instituciones educativas
- Instituciones Policiales y Militares: al personal policial y militar, al personal civil que trabaja dentro de dichas instituciones, al personal de servicio o auxiliar y a los terceros que prestan servicios para tales entidades bajo el ámbito del Código civil o la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- A las demás personas intervinientes en las relaciones de sujeción no reguladas por el derecho laboral.

Para que se configure el hostigamiento sexual debe presentarse alguno de los elementos constitutivos siguientes:

- El sometimiento a los actos de hostigamiento sexual es condición a través del cual la víctima accede, mantiene o modifica su situación laboral, educativa, policial, militar, contractual o de otra índole.
- El rechazo a los actos de hostigamiento sexual genera que se tomen decisiones que conlleven a afectar a la víctima en cuanto a su situación laboral, educativa, policial, militar, contractual o de otra índole de la víctima.

El hostigamiento sexual puede manifestarse por medio de las conductas siguientes:

- Promesa implícita o expresa a la víctima de un trato preferente y/o beneficioso respecto a su situación actual o futura a cambio de favores sexuales.
- Amenazas mediante las cuales se exija en forma implícita o explícita una conducta no deseada por la víctima que atente o agravie su dignidad.
- Uso de términos de naturaleza o connotación sexual (escritos o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima.
- Acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulten ofensivos y no deseados por la víctima.
- Trato ofensivo u hostil por el rechazo de las conductas antes señaladas. Todo lo señalado por la norma, no se aplica a la protección de los menores de edad, dado que esta tarea se lo remiten al Código del Niño y del Adolescente.

2.16. LA CIFRA NEGRA GENERADA POR EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL HORIZONTAL O NO INSTITUCIONAL EN MENORES DE EDAD

Como ejemplo de la cifra negra del hostigamiento sexual tenemos diversas publicaciones en diarios y revistas, pero la que ha planteado estadísticamente es el **Diario La República** – ANDINA, éste informó que según encuesta, el 56% de adolescentes del Perú han sido acosados de diversas formas a través del Internet y el 71% ha visto fotos o videos pornográficos alguna vez en su vida. La encuesta, de carácter nacional, fue realizada por la **Red Peruana contra la Pornografía Infantil**, y se realizó entre abril del 2007 y septiembre del 2008, recogiendo entrevistas a cinco mil alumnos de 13 a 16 años de edad de 89 colegios de todo el país. El presidente de dicha Red, **Dimitri Senmache**, señaló que los jóvenes usualmente reciben acosos de todo tipo por parte de desconocidos, que pueden ser incluso sus compañeros de clase, que de alguna manera, obtienen sus correos electrónicos.

Los cuales pueden ser desde los insultos, amenazas y chantajes, hasta la búsqueda de información y datos personales, todo a través del servicio de Hotmail, Hi5, Facebook, Messenger, entre otros.

Senmache indicó que los adolescentes generalmente no reportan estos hechos a sus padres porque creen que ellos tomarán medidas muy severas, como prohibirles el acceso a Internet o cambiar el ambiente privado de la computadora a uno más abierto. *“Muchas veces (las computadoras) están en el cuarto de los padres o algún ambiente cerrado, donde el niño que ingresa tiene total privacidad y puede hacer lo que quiera. Tienen la idea de que si les cuentan a su mamá sobre los acosos, los van a culpar y no los dejarán entrar a Internet o moverán la computadora a un lugar menos privado”*, dijo.

La encuesta señala también que el 97% de todos los jóvenes utiliza el servicio de Messenger, que el 39% ha conversado por este servicio con extraños y que el 47% ha compartido información personal con éstos, como su nombre, apellido, correo o teléfono.

Además, el 67% cree que sus claves de correo electrónico son seguras, sin embargo, ese mismo porcentaje, contradictoriamente, siente que ésta ha sido robada, ahora o anteriormente.

Según la fuente, Senmache consideró que esto último prueba que los jóvenes no se dan cuenta que en realidad están usando inadecuadamente la tecnología, ya que de algún modo facilitaron que los demás sepan sus datos. *“Ellos no saben si las computadoras de las cabinas puedan tener Key loguers o virus que roben las claves”*.

El 89% de los alumnos encuestados indica que los correos no deseados suelen ser de sexo, el 55% afirma que sus padres no conocen mucho acerca del uso que le dan al Internet y el 92% asevera que no han recibido charlas sobre los riesgos y peligros en el uso de Internet.

Señala el Diario, Senmache dijo que a fines de enero, con el apoyo del **Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES)**, se relanzará la campaña “**Chatea seguro, chatea pensando**”, cuyo objetivo es prevenir el abuso y la explotación sexual a través del uso del Internet en perjuicio de menores de edad. Una de las metas fundamentales de esta campaña será acercar la brecha tecnológica que existe entre progenitores y niños. Es decir, que los padres de familia sepan usar las tecnologías de la información (como la Internet) para que puedan vigilar a sus hijos de una manera más cautelosa.

Asimismo, se buscará que los profesores tengan una mejor comprensión sobre el abuso y la explotación sexual, con la finalidad de prevenir e informar a sus alumnos, así como darles a conocer conceptos sobre explotación, trata de personas, etc.

Por último, el presidente de la **Red Peruana contra la Pornografía Infantil** manifestó que se buscará que los jóvenes se den cuenta que existen desconocidos detrás de la pantalla, que entiendan que no deben confiar en todo lo que se les dice, ya que de hacerlo, estarían poniendo en riesgo su integridad.

Lo más complicado de entender, es que el Estado guarda silencio frente al hostigamiento sexual donde no hay relación de dependencia o superioridad entre la víctima y el victimario, dejando impune a los agresores de los menores de edad en cuanto afectan su indemnidad sexual.

2.17. ACTOS CONTRA EL PUDOR

A. ANTECEDENTE LEGISLATIVO DEL DELITO DE ACTOS CONTRARIOS AL PUDOR

Desde la dación del delito de actos contrarios al pudor en el Código Penal de 1991, ha sufrido una serie de variaciones, conforme iremos indicando, así:

“Artículo 176.- 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.” ()*

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 26293, publicada el 14-02-94, cuyo texto es el siguiente:

”Actos contra el pudor

Artículo 176.- 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.”()*

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28251, publicada el 08-06-2004, cuyo texto es el 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 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.” ()*

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006, cuyo texto es el 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.”*

El 14 de febrero de 1994, mediante Ley N° 26293, se incorpora en el Código Penal, el delito de actos contrarios al pudor de menores de catorce años, cuyo texto es el que sigue:

“Artículo 176-A.- 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 menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si la víctima está en algunas de las condiciones previstas en el último párrafo del Artículo 173, la pena será no menor de cinco ni mayor de ocho años.”⁷⁵ Este Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 27459, publicada el 26-05-2001, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 176- A.- Actos contra el pudor en menores.-

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 las siguientes penas privativas de libertad:

- 1. Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor de siete ni mayor de diez años.*
- 2. Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años.*

⁷⁵ Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 26293, publicada el 14-02-94.

3. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del Artículo 173 o el acto tiene un carácter particularmente degradante o produce un grave daño en la salud, física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de ocho ni mayor de doce años de pena privativa de libertad.” (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28251, publicada el 08-06-2004, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 176-A.- Actos contra el pudor en menores.-

El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170 realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor de siete ni mayor de diez años.

2. Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años.

3. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173 o el acto tiene un carácter particularmente degradante o produce grave daño en la salud, física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad.” (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 176-A.- Actos contra el pudor en menores.-

El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos

contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor de siete ni mayor de diez años.

2. Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de seis ni mayor de nueve años.

3. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173 o el acto tiene un carácter degradante o produce grave daño en la salud física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad.”

Debe destacarse que el delito de actos contrarios al pudor regulados en los artículos 176 y 176-A del Código Penal, dentro de la legislación nacional, tiene como antecedente inmediato el artículo 200 del C.P. de 1924, conforme lo señala **JOSE LUIS CASTILLO ALVA** en su *Tratado de Delitos Contra La Libertad e Indemnidad Sexuales*, Gaceta Jurídica. Primera Edición, octubre 2002.

Desde su tipificación en el Código Penal de 1991, ha sido modificado siendo la más trascendente la incorporación a través de la ley 26293 del 14 de febrero de 1994 los actos contrarios al pudor cometidos contra personas mayores de catorce años. Dicho precepto añadía a la regulación original del Código Penal de 1991 una nueva figura en la que se reprime y se extiende el castigo penal a los actos contrarios al pudor cometidos sobre las personas mayores de catorce años.

El legislador penal ha considerado necesario establecer una doble regulación de la figura penal en cuestión en base a si la acción típica recae sobre una persona mayor de catorce años o un menor de catorce años de edad.

El fundamento y la razón que ha impulsado dicho proceso de reforma y la ampliación de la punición de los actos contrarios al pudor a todas las personas mayores de catorce años, se debió a la necesidad de brindar una pronta y

expeditiva salida legal a los problemas de interpretación a los que se enfrentaba nuestra jurisprudencia que al entender la expresión del acto análogo como referida a la penetración pene - vagina veía como seriamente insatisfactoria el catalogar sexo oral o los tocamientos sexuales realizados con violencia o grave amenaza y que se cometían contra un mayor de catorce años como subsumibles dentro del delito de coacción previsto en el artículo 151 del Código Penal⁷⁶.

Para evitar este espinoso problema y un tratamiento excesivamente benigno de las conductas que poseían un innegable sentido y finalidad sexual como el sexo oral u otros tocamientos es que se estableció la figura de los actos contrarios al pudor cometidos contra las personas mayores de catorce años. Dichas disposición perseguía el objetivo de comprender y abarcar los comportamientos que, teniendo un contenido sexual, no podían ser abarcados por la interpretación tradicional del acto análogo.

Si se entiende como una causa inmediata para la aparición legislativa de los actos contrario al pudor a la discutible interpretación jurisprudencial que consideraba únicamente al acto análogo como referido a la penetración pene – vagina, no se comprende el acto análogo de una forma que permita abarcar también a las modalidades del sexo oral como la *felatio in ore* o el *cunilinguis*. El artículo 176 hace las veces de un tipo que facilita la punición de ciertos comportamientos portadores de un innegable sentido sexual o su aparente valor queda puesto en duda por una interpretación teleológica, la cual remarca que la ratio clásica o núcleo de significación de los actos contrarios al pudor sobre personas mayores de catorce años se encuentran abarcado ya sin mayor inconveniente por la correcta interpretación y análisis de la referencia al acto análogo.

Se cuestiona que la ley peruana no solo ha brindado –en algunos casos- una protección innecesaria sino que ha utilizado, como luego veremos, una terminología de dudosa legitimidad constitucional que toma muy poco en cuenta

⁷⁶ Cfr. Caro Coria, Carlos; Delitos contra la libertad e indemnidad sexual; Lima Grijley; 2000; P. 94.

los alcances del principio de determinación de la ley penal⁷⁷ al aludir a los actos contrarios al pudor. A criterio de **JOSÉ LUÍS CASTILLO ALVA**, resulta, en todo caso, preferible la regulación inicial de los actos contrarios al pudor contenida en el Código Penal de 1991 que la descripción legislativa actual.

Cuando se introdujo en virtud a la Ley 26293 del 14 de febrero de 1994 el art. 176-A en el Código Penal, no sólo se desdobló la primigenia regulación de los actos contrarios al pudor en el articulado aparte, asumiendo un tratamiento jurídico particular, sino que, se aprovechó dicha circunstancia legislativa favorable para aumentar la penalidad del delito que de albergar una pena inicial no superior a los tres años de pena privativa de libertad en el primer párrafo y de tres a seis años en el segundo párrafo; pasó a tener una pena entre cuatro a seis años en el primer párrafo y de cinco a ocho años en el segundo párrafo.

Posteriormente, la Ley 27459 del 26 de mayo del 2001 instaura una nueva modificación en el art. 176-A del Código Penal. Dicha reforma afectó dos áreas de la regulación de los actos contrarios al pudor como son la formulación típica y la penalidad. En la formulación típica el legislador siguiendo el artículo 173 ha establecido tres escalas cronológicas tomando en cuenta la edad del sujeto pasivo, así: a) Si la víctima tiene mas de siete años; b) Si la víctima tiene mas de diez y menos de catorce. Las diferencias de la actual regulación con la precedente saltan a la vista, pues mientras inicialmente el art. 176-A sancionaba como un mismo marco penal a los actos contrarios al pudor de menores de catorce años, la disposición actual establece una pena diferenciada según la edad de la víctima, colocando como línea divisoria de las tres escalas los siete, diez y catorce años, respectivamente. En el campo de la pena a aplicarse, es visible que está en aumento y se elevó ostensiblemente. Como prueba basta ver que mientras la pena máxima inicial del art. 176-A eran los seis años en el primer párrafo y los ocho años en el segundo, en la actual disposición la pena es no menor de siete ni mayor de diez años cuando los actos contrarios al pudor recaen en menores de

⁷⁷ Al respecto, CASTILLO ALVA, JOSÉ LUÍS; Principios de Derecho Penal; p. 67.

siete años, la pena es no menor de seis ni mayor de nueve años cuando la víctima tiene de siete a menos de diez años y cuando la víctima tiene de diez a menos de catorce años, la pena es de no menor de cinco ni mayor de ocho años y la pena es de diez a doce años cuando el delito se comete bajo las circunstancias del último párrafo del artículo 173 o los actos contrarios al pudor poseen un carácter particularmente degradante o producen un grave daño en la salud física o mental de la víctima que el agente pudo prever, conforme a la modificatoria introducida por el artículo 1) de la Ley N° 28704 del 05 de abril del 2006.

El legislador peruano no sólo castiga los denominados actos contrarios al pudor que recaen contra las personas mayores de catorce años empleando violencia o grave amenaza, sino que de manera adicional ha considerado oportuno implementar también una sanción a los actos contrarios al pudor que se practican contra persona sometida a dependencia, autoridad o vigilancia (art. 174), tal como lo dispone el segundo párrafo del artículo 176, o a las personas que se encuentran en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir (art. 171) o que se hallan afectadas por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentran en incapacidad de resistir (art. 172)

La ley nacional con la nueva regulación no sólo ha creído conveniente explicitar y remarcar la extensión de los actos contrarios al pudor que afectan a las personas mayores de catorce años y que son logrados merced al empleo de violencia o la grave amenaza, sino que se enfatiza también en castigar a los atentados contra el pudor que se dirigen contra las personas que se encuentran sometidas a las circunstancias personales de los arts. 171, 172 v 174. Si a ello se agrega la regulación contenida en el art. 176-A, que castiga los actos contrarios al pudor cometidos contra menores de catorce años, se tiene que prácticamente todos los tipos del capítulo referido a los delitos contra la libertad sexual son abarcados por los actos contra el pudor. Sin embargo, esta regla sufre una excepción cuando luego de un ligero análisis el interprete se percató de la exclusión del ámbito de esta figura delictiva al artículo 175 que recoge la llamada seducción sexual mediante engaño.

En efecto, resulta sorprendente que se prive en todo caso de castigo a los actos contrarios al pudor obtenidos con engaño o de manera fraudulenta y que se realizan contra una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años. El legislador nacional al no regular dentro de los alcances del art. 176 y el art. 176-A a la seducción sexual mediante engaño o ardid ha renunciado a castigar los actos contrarios al pudor que se cometen contra persona cuya edad se encuentra comprendida entre los mencionados márgenes, situación sorprendente toda vez que el engaño con fines sexuales no tiene por que pretender sólo la realización del acto sexual u otro análogo, sino que puede dirigirse también a la obtención de otra clase de resultados que involucren la sexualidad del adolescente y que desde un punto de vista social y objetivo puede ser visto como disvalioso y altamente reprobable.

B. DENOMINACION

La legislación penal vigente de modo regular viene reconociendo al contenido del art. 176 bajo la denominación de actos contrarios al pudor, sin embargo, la doctrina nacional emplea diversas denominaciones que se van desde el atentado al pudor, actos contrarios al pudor⁷⁸ o actos contra el pudor de menores⁷⁹ a una eventual precisión de los elementos comisivos como puede ser violencia o la grave amenaza a través de la denominación de actos “contra el pudor mediante coacción”⁸⁰.

En la ciencia penal comparada los actos contrarios al pudor reciben el nombre de abusos deshonestos, que a su vez pueden ser violentos o no violentos, o de actos libidinosos violentos. En el derecho penal iberoamericano la regulación de abusos deshonestos es común en los códigos penales, tal es así que codificaciones tan importantes e influyentes como la legislación española – hasta

⁷⁸ SALINAS SICCHA, RAMIRO; Curso de Derecho Penal Peruano; Palestra Editores; Lima 2000; Vol. II; P. 657

⁷⁹ Así Peña Cabrera, Raúl; Tratado de Derecho Penal; Lima Ediciones Jurídicas; 1992; T.I; P.657

⁸⁰ CARO CORIA, CARLOS; Delitos contra la libertad e indemnidad sexual; Lima Grijley; 2000; P. 93

tiempo reciente- y la legislación argentina han regulado la figura delictiva en cuestión. Así por ejemplo, el art. 430 y 436 de la legislación española vigente hasta 1989 contenían y albergaban el delito de abusos deshonestos hasta que finalmente fue sustituido por el delito de agresiones sexuales⁸¹. Los abusos deshonestos tuvieron una prolongada existencia legislativa ibérica que perduro hasta tiempo reciente cuando se logró emancipar los delitos contra la libertad sexual del resabio moral. En el derecho argentino vigente el art. 127 del C.P. recoge la regulación de los abusos deshonestos que, salvo leves y ligeras variaciones, se ha mantenido macizo y en pie desde la vigencia de dicho Código Penal que data de 1922.

Nuestra legislación, tal como se expuso anteriormente, tanto en la codificación derogada como la actual, regula una figura similar y equivalente a los abusos deshonestos denominándolos como actos contrarios al pudor. La profunda semejanza que media entre ambas figuras, mas allá de algunas diferencias en cuanto a la formulación típica, queda patente y al descubierto al contemplar que una y otra poseen una común base moral, ya que mientras los abusos deshonestos se vinculan directamente con la honestidad los actos contrarios al pudor se relacionan con el pudor de las personas. Mas allá de la protección de un interés social valioso que tenga asiento democrático y plural ambas figuras poseen una base común de naturaleza ética. Asimismo, tanto los actos Contrarios al pudor como los abusos deshonestos participan del requisito negativo de suponer una acción o conducta sexual distinta a la realización del acto sexual u otro análogo.

C. BIEN JURIDICO

Algunos autores tomando en cuenta la redacción típica, determinan el bien jurídico del delito de actos contrarios al pudor (art. 176) siguiendo una referencia a la moral sexual de carácter individual y social como es el pudor o la honestidad; otros autores siguen el derrotero hermenéutico que abandonando y dejando de

³¹ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL – DÍAZ MOROTO y VILLAREJO, JULIO; Manual de Derecho Penal (P.E); Madrid; Ceura; 3ª edición; 1995; P.220 Otros BERENGUER, ENRIQUE; Delitos Contra la Libertad Sexual; Valencia; Tirant lo Blach; 1995; p. 159 y ss.

lado cualquier contenido moral de la redacción típica, sitúa como bien jurídico protegido a la libertad o indemnidad sexual, enlazando de esta manera los artículos 176 y 176-A con el encabezamiento del capítulo en estudio que abarca los delitos contra la libertad sexual. Dicha tarea opone y coloca en un estado de permanente tensión la determinación del bien jurídico sobre la base de la descripción típica a la que se encuentra indisolublemente unida y a la rotulación genérica que ha sido impuesta por el legislador.

Un sector de la dogmática penal (que desde el punto de vista de la tradición histórica es el mayoritario) estima que en los actos contrarios al pudor se protege y tutela un bien jurídico de contenido estrictamente moral o ético que mas allá de garantizar de manera exclusiva el libre desarrollo de la personalidad sólo se encarga de enfatizar en la prohibición de no corromper la honestidad o la intangibilidad ético-sexual de las personas. Ya **CARRARA** definía a los ultrajes violentos contra el pudor como "*Todos aquellos actos impúdicos que sin constituir tentativa de violencia carnal se cometen sobre otra persona, contra la voluntad de ella*"⁸².

Según se comprende, el concepto de pudor surge en la humanidad como consecuencia de una evolución biológico-cultural y debe entenderse como un sentimiento defensivo, que se desdobra en dos aspectos: defensa del objeto sexual ante el sujeto que intenta; gozar de él contra su voluntad y defensa de la pareja contra el rival. El Pudor puede concebirse como un sentimiento de desagrado que el sujeto pasivo experimenta hacia el sujeto que intenta gozar de él sin su consentimiento. Se lo ha considerado también como un valor social que se da en una comunidad y en la medida que la comunidad, lo entiende, se proyecta a los individuos que la componen; o bien como un sentimiento de decencia sexual que pone límites a las manifestaciones de lo sexual que se pueden hacer a terceros.

³² CARRARA FRANCESCO; Programa de Derecho Criminal; Bogota; Temis; 1958; T.4 N°1542; p. 296.

Se estima que los actos contrarios al pudor o los abusos deshonestos atacan la reserva sexual de la víctima, siendo un ultraje al pudor privado. Dicha reserva sexual quedaría afectada no solo por el acto contrario al pudor, sino, también por la violación o el estupro. El pudor puede también comprenderse como el respeto físico por nosotros mismos que se extiende a una persona independientemente de su sexo o vida sexual o como el derecho a la rectitud o prudencia en las costumbres sociales atinentes al sexo⁸³.

La doctrina distingue dos nociones de pudor: una referida al pudor público y otra referida al pudor privado. Por pudor público se entiende el bien social de naturaleza impersonal que se funda en un concepto medio de decencia y de buenas costumbres en lo que atañe a cuestiones sexuales⁸⁴. Aquí no se trata de proteger ni un sentimiento muy depurado del pudor ni solamente las formas más groseras de ofensa (las que puede sentir una prostituta). Por su parte, el pudor privado o personal se vincula directamente a la honestidad de una persona determinada y en concreto con el sujeto pasivo del delito. El pudor privado no consiste en una estimación subjetiva, propia y aislada que efectúa el agraviado, sino que valorando este aspecto se nutre también de estimaciones objetivas más fijas y perennes. Mientras en el delito de actos contrarios al pudor es necesario individualizar y determinar al sujeto pasivo del delito, en las ofensas al pudor público no resulta indispensable determinar al agraviado, pudiéndose prescindir del mismo⁸⁵. Los actos contrarios al pudor o los abusos deshonestos, se relacionan fundamentalmente con el pudor privado más que con el pudor público que puede no sufrir menoscabo o lesión alguna.

Junto a la posición que considera al pudor o la honestidad como objeto de protección en el artículo 176, se erige y levanta otro punto de vista que sostiene como bien jurídico protegido en estos delitos a la libertad sexual, tanto en su vertiente positiva que abarca la elección de la persona con la que el sujeto se

⁸³ SOLER, SEBASTIÁN; Derecho Penal Argentino; Buenos Aires; TEA; 1963; T. III; P. 336

⁸⁴ CARRARA FRANCESCO; Programa de Derecho Criminal; Bogota; Temis; 1958; T.4 N°1542; p. 176 y 180

⁸⁵ SOLER, SEBASTIÁN; Derecho Penal Argentino; T. III; P. 336

quiere involucrar sexualmente y el tipo de relación sexual en la que esta dispuesto a participar, como en su vertiente negativa que se entiende como el derecho de repeler o rechazar cualquier proposición o acto que pretenda una injerencia intolerable en la esfera privada o la autonomía del sujeto.

Para esta postura en los actos contrarios al pudor pese a la expresa referencia legal al pudor de las personas y de los actos que lo resquebrajan o vulneran no será la honestidad y el pudor el bien jurídico protegido, sino la libertad o indemnidad sexual.

No habría razón alguna para dejar de admitir a la facultad de disponibilidad del propio cuerpo y en especial de la sexualidad que la expresión principal de la dignidad de la persona humana como bien Jurídico protegido en esta figura penal, toda vez que ella se encuentra comprometida y en peligro de ser resquebrajada cuando se emplea violencia o grave amenaza con el fin de lograr cualquier tipo de contacto sexual distinto a la realización del acceso carnal u otro análogo o cuando sin el empleo de la fuerza física o la intimidación se busca dicho propósito siendo el sujeto pasivo del delito una persona menor de catorce años (Artículo 176-A) o una que sufre de anomalía psíquica, alteración de la conciencia o retardo mental (art. 172) o la persona se encuentra en una situación de dependencia, vigilancia o autoridad (art. 174) o el sujeto pasivo ha sido puesto en estado de inconsciencia o en imposibilidad de resistir (art. 171).

Nuestra doctrina penal de manera mayoritaria como la ciencia penal comparada, ha considerado también a la libertad sexual como bien jurídico protegido en el artículo 176 del Código Penal.

Debe señalarse que no es la libertad sexual el bien jurídico protegido en el artículo 176-A del Código Penal, sino la indemnidad sexual, dado que aquí solo



244

se castigan los actos contrarios al pudor que recaen sobre los menores de catorce años⁸⁶.

La diferencia estructural entre el art. 176 y el art. 176-A no es tanto la modalidad típica del comportamiento configurador del injusto sino que mientras una disposición se asienta sobre la base de la imposición de un castigo para aquellas conductas realizadas sobre un mayor de catorce años, la otra disposición alude a los actos contrarios al pudor que recaen sobre personas menores de catorce años.

La indemnidad sexual implica la prohibición de mantener contactos sexuales con personas que por su desarrollo biológico o psíquico no se encuentran en condiciones de comprender la naturaleza, significado y repercusiones de la conducta sexual. Con ello no se quiere indicar que el menor carezca de capacidad de comprender y de querer o que simplemente no tenga forma alguna de libertad, sino que hasta una determinada edad (que es los catorce años) no se encuentra en condiciones somáticas y psíquicas para valorar y hacerse responsable de los posibles contactos sexuales que quiera desarrollar o se le proponga asumir. Ello no supone en modo alguno vulnerar su condición de persona o lesionar la dignidad humana del menor, si no por el contrario se respeta la naturaleza de las cosas y la diferencia que existe entre un ser humano y otro en razón a la edad y los factores que de ella dependen, atendiendo al particular e incipiente desarrollo valorativo y psíquico, brindándole a tal afecto una protección privilegiada y de mayor cobertura que a un adulto.

Cabe resaltar que el contenido de la indemnidad sexual no solo se refiere a la intangibilidad o la prohibición de lograr contactos sexuales con menores de edad, sino que abarca también a los contactos sexuales de distinta naturaleza que puedan practicarse sobre personas afectadas de alguna forma de anomalía psíquica, alteración de la conciencia o retardo mental. Por ello, la indemnidad

⁸⁶ BRAMONT ARIAS – TORRES, LUIS – GARCIA CANTIZANO, MARIA DEL CARMEN, Manual de Derecho Penal(P.ERP; P.258; Salinas Siccha, Ramiro; Curso de Derecho Penal Peruano; Vol. II; P.414.

sexual como bien jurídico protegido en los actos contrarios al pudor no solo se encontraría recogida en el art. 176-A, sino también en el artículo 176 tercer párrafo cuando se castiga las acciones contrarias al pudor que se dirigen sobre aquellos que se encuentran sometidos a una situación psíquica análoga a la inimputabilidad.

De lo dicho cabe concluir que en el art. 176 y el art. 176-A se protegen dos bienes jurídicos relacionados entre si pero que poseen una estructura o sustrato material distinto; en el art. 176 la libertad sexual y en el art. 176-A la indemnidad sexual. A ello se añade los actos contrarios al pudor que recaen sobre personas que sufren de incapacidad física o psíquica -art. 176 tercer párrafo, de quienes se protege también su indemnidad sexual.

D. TIPO E INJUSTO

a. SUJETOS

La doctrina penal se encuentra completamente de acuerdo al considerar como posible autor del delito de acto contrario al pudor tanto al varón y la mujer. No existe un especial condicionamiento naturalístico de origen sexual que imponga la exclusiva posibilidad de comisión del delito al varón. No se requiere una especial diferenciación de sexos entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.

La mujer puede cometer los delitos contenidos en los artículos 176 y 176-A del Código Penal, no se exige que la víctima sea sólo un varón, dado que también puede serlo otra mujer. De ello se deduce que dentro de las disposiciones en comentario se acoge la punición de las relaciones homosexuales o heterosexuales entre el actor y el sujeto pasivo. Es indiferente quien realice la conducta, puede ser de igual o distinto sexo que el sujeto pasivo.

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona, independientemente de su sexo con la salvedad de la edad de la víctima. Si es mayor de catorce años la conducta típica deberá ser subsumida en el artículo 176 y sí el sujeto pasivo es menor de catorce años será de aplicación el 176-A del Código Penal. ES también sujeto pasivo del delito en comento quien es obligado a actuar sobre el cuerpo del autor o sobre el suyo propio o sobre un tercero.

La conciencia o el sentimiento del pudor puede faltar o estar ausente, pero ello no obsta para que se practique la acción típica descrita en la ley o se deje de valorar la aplicación de los actos contrarios al pudor. No es necesario, por ejemplo, que un menor de edad o una persona que padece una anomalía psíquica comprenda la clase del contacto sexual que se realiza sobre el que se obliga a practicar; dado que es suficiente el significado objetivo del mismo y no su entendimiento por el sujeto pasivo. Si bien en la violación sexual existen serias dudas de poder lograr practicar- el acto sexual u otro análogo cuando la víctima se encuentra dormida no existe mayor inconveniente para admitir la posibilidad de cometer actos contrarios al pudor durante al sueño⁸⁷.

b. LA ACCIÓN TÍPICA

Los actos contrarios al pudor tal como se encuentran configurados en nuestra legislación están compuestos, desde el punto de vista objetivo, por dos elementos: uno positivo, referido a la efectiva realización de una conducta sexual (lo que la ley llama actos contrarios al pudor) y otro negativo que exige la realización de un acto distinto al acto sexual u otro análogo. A ello se agrega un requisito subjetivo fundamental, el cual se relaciona con la condición negativa, y que consiste en que el autor obre *sin propósito de causar el acto sexual*.

⁸⁷ Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T. III; P. 335

1. Los actos contrarios al pudor

La tipicidad del delito solo puede realizarse mediante el despliegue de conductas activas o que supongan el desarrollo de un acción dirigida sobre un tercero (el sujeto pasivo). El comportamiento no pierde esta característica a pesar de que se obligue a la víctima a desplegar una actuación de contenido sexual sobre el cuerpo del autor o de un tercero⁸⁸. Dicha pasividad del autor, en todo caso, será consecuencia de las conductas previas de empleo de la violencia o la grave amenaza o del abuso de la incapacidad psíquica o física o de la utilización del influjo psicológico para aprovechar la situación de dependencia, autoridad o vigilancia. Se encuentra descartada toda posibilidad de aceptar la forma omisiva en los actos contrarios al pudor.

No es indispensable que exista una satisfacción del instinto sexual, una excitación o un desahogo del apetito carnal del autor del delito en la realización de la conducta o en el contacto corporal sobre él o con un tercero. El hecho de que se alcance o no dicho objetivo es indiferente para el injusto penal. Incluso, no es necesario que concurra algún ánimo lúbrico o intención de satisfacción sexual.

La acción sexual que importa al Derecho Penal no se nutre ni está compuesta por los motivos, por las finalidades subjetivas o de cualquier índole del autor, ni la punibilidad se encuentra condicionada a la obtención de un fin lúbrico o libidinoso dado que también subsiste el delito cuanto el sujeto obra para excitar o satisfacer los deseos de la víctima. Tampoco es indispensable que exista una especial tendencia interna trascendente como elemento subjetivo del injusto.

Si bien la realización de cualquier variante de la violación sexual y de los actos contrarios al pudor viene acompañada generalmente de la

³⁸ CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN; los delitos de abusos deshonesto; P.67.

búsqueda de un determinado objetivo sexual no es necesario que la conducta cumpla con este requisito. Los actos que revisten un contenido sexual objetivo pueden carecer de alguna motivación hedonística o cuyo fin es el placer, tal como sucede con la conducta sexual que es impulsada por los fines de venganza, denigración u ofensa hacia el sujeto pasivo⁸⁹, los cuales también están en condiciones de constituir una modalidad de actos contrarios al pudor.

La conducta descrita en la disposición en comentario puede producirse por quien busca el desahogo de su apetito lúbrico como por el individuo insensible que pretende inferir una afrenta a la persona aborrecida. Pues, como dice **CARRARA** "*La diversidad de la causa que haya, impulsado a obrar, no influye para nada en la noción del delito ya que el ultraje al pudor debe buscarse en el derecho violado sin tener en cuenta la pasión impulsiva*".

El acto libidinoso tiene un contenido y un alcance mas amplio que cualquier acto contrario al pudor o que la mera conducta sexual, nociones ultimas que pueden llegar a tener un sesgo objetivo dado que por excelencia alude a todo comportamiento en el que se encuentra un fin lascivo, morboso o lúbrico, independiente de la manifestación o forma de exteriorización de dicha finalidad o intencionalidad del agente.

Los actos libidinosos abarcan una serie de hechos que no son comprendidos por los delitos contra la libertad sexual, tales como la masturbación, la contemplación u observación de un acto sexual u otro análogo realizados por terceros, etc. Ello se debe a que los actos libidinosos suponen de manera exclusiva una dependencia de la estructura anímica o subjetiva del autor del hecho. Una conducta exterior aparentemente inofensiva o inocua como un beso, una mirada o el

⁸⁹ LAJE ANAYA, JUSTO; Comentarios al Código Penal; Vol. II; P. 392

simple tocar las manos se convierte en un acto libidinoso en la medida que esta presente un móvil, fin o deseo lascivo. La ley peruana regula sólo los actos libidinosos contrarios al pudor.

Pese a la amplitud de la formulación de los actos contrarios al pudor, que abarca una serie de conductas con relevancia sexual de la más diversa clase y especie, ha de destacarse que no toda acción sexual se puede incorporar dentro del sentido objetivo de la ley. Si bien alrededor del art. 176 y 176-A es posible que se reúnan una serie de comportamientos sexuales, dado que se trataría de un tipo de carácter subsidiario del delito de violación sexual en donde solo se pune la realización del acto sexual u otro análogo, es cierto también que dicha redacción típica ha de encontrar alguna limitación de carácter objetivo la cual derivara de una interpretación teleológica pese a la original amplitud del precepto.

La ley penal difícilmente cumpliría con su función de garantía y la determinación del injusto si no se logra precisar el ámbito de aplicación del precepto. En atención a ello es que la ciencia penal ha elaborado una serie de criterios para lograr dicho objetivo entre los que destacan la exigencia del contacto corporal.

En efecto, la doctrina de manera unánime se encuentra de acuerdo en reclamar en los actos contrarios al pudor la necesidad de contactos físicos, aproximaciones o tocamientos corporales o el uso del cuerpo de la víctima⁹⁰. Asimismo, se exige de manera obligatoria el involucramiento de otro persona en un contexto sexual determinado, elemento que esta lejos de ser solo un requisito impuesto por la ciencia penal, toda vez que dicha exigencia se encuentra recogida en la misma legislación cuando alude a "*...cometer el acto contrario al pudor en*

⁹⁰ SOLER, SEBASTIÁN; Derecho Penal Argentino; T. III; P. 331

una persona". Esta característica es una condición sine qua non del delito sin la que no puede existir el injusto típico en comentario. Si no se ha comprobado algún tipo o clase de *contacto corporal* sobre o con el sujeto pasivo el delito no se configura por atipicidad objetiva de la conducta.

Lo dicho trae como consecuencia el hecho que no constituye delito ni se realiza el injusto cuando solo hay palabras de por medio y no un contacto corporal por más lujurioso impúdico o elevado contenido sexual que sea. Un lenguaje lascivo o altamente sexual no supera las exigencias típicas de la disposición penal por más que lo pronuncie el autor o se obligue a pronunciar a la víctima. Tampoco hay delito cuando se realiza una proposición sexual, independientemente de si es irrespetuosa o no a una persona, mayor o menor de edad.

Por otro lado quedan excluidos aquellos actos en los que el autor realiza por su cuenta una acción con significado sexual objetivo y no involucra a nadie en dicho acto o el caso en el que obliga a un tercero a contemplar la práctica de un acto sexual u otro análogo a ver en definitiva como la masturbación del mismo sujeto activo. En este último caso habrá un delito de coacciones, pero no un acto contrario al pudor.

La simple contemplación de un acto deshonesto o impúdico (voyeurismo), ya sea que se emplee violencia o grave amenaza o se introduzca sobre la víctima no constituye un acto contrario al pudor, ni afecta directamente a la libertad sexual por más reprochable que sea moralmente el acto o por más alto que sea el contenido lujurioso de la conducta. La necesaria objetividad del delito debe prevalecer sobre la intención y subjetividad del autor, cosa que no se cumple en el supuesto, dado que falta el requisito del contacto corporal.

No hay tampoco un acto contrario al pudor cuando se compele a una persona por la fuerza física o la grave amenaza a permanecer desnudo bajo la mirada fija o el interés del actor o de un tercero. En este caso solo habrá un delito de coacción. Sin embargo, debe distinguirse la hipótesis planteada del supuesto en el que se obliga a desnudar o el actor desnuda a la víctima.

La ley no exige un contacto corporal recíproco entre el actor y la víctima o entre esta y un tercero⁹¹. Basta que el contacto sea unilateral o de un sujeto a otro, sin que sea necesario que un sujeto corresponda al contacto o se lo obligue a ello, e incluso es suficiente que se obligue a la víctima a tocarse su propio cuerpo, es decir a efectuar un comportamiento con significado sexual sobre sí misma. Tampoco determina una agravación o atenuación del injusto el hecho que el sujeto pasivo haya realizado de manera recíproca los contactos corporales ya sea de manera voluntaria. Menores de catorce años; o a través del empleo de la violencia o la grave amenaza.

Cabe recalcar que la necesidad del contacto corporal deriva de la misma regulación legal cuando alude a "*...cometer- el acto contrario al pudor en una persona*". La preposición reclama que la acción sexual (acto contrario al pudor) se produzca sobre (o con) la persona de la víctima, situación que refleja un mínimo contacto corporal, salvo los casos de autoría mediata.

Si bien a nivel doctrinal existe acuerdo en exigir en los actos contrarios al pudor alguna forma de contacto o aproximación corporal, no existe acuerdo en algunas cuestiones fundamentales, o en su defecto, aparecen zonas grises donde reina la incertidumbre y se impone la necesidad de aclaración. Veamos algunos de estos problemas.

⁹¹ SUAREZ RODRÍGUEZ, CARLOS; El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación, p.78.

El intérprete se pregunta si la expresión del contacto corporal debe entenderse como exigencia de desnudez por parte de la víctima o es posible prescindir de esta condición. La doctrina se encuentra de acuerdo al sostener que no es indispensable dicha desnudez, ni en forma total ni en forma parcial, o que la zona donde recae la acción sexual se encuentre desnuda, por cuando la acción puede cometerse por encima de las ropas, tejidos o hábitos que el sujeto pasivo lleve. De lo expuesto se desprende que las simples frotaciones o tocamientos efectuados sobre las ropas del sujeto pasivo están en condiciones de constituir una acción sexual punible.

El contacto corporal o físico no debe entenderse como un contacto desnudo o entre personas sin ropas. También subsiste el delito cuando los tocamientos se producen habiendo vestidos o ropas de por medio. Resulta, por tanto, equivocado el parecer científico jurisprudencial que hace depender el castigo del delito de si el menor o, en general, el sujeto pasivo, se encuentra desnudo, dado que no se puede exigir requisitos que la ley no ha previsto y que de admitirse como válidos marcarían una reducción hermenéutica inaceptable, la cual, además, es portadora de serios reparos desde la perspectiva político criminal y de justicia material

El contacto corporal no requiere que se realice durante un periodo largo de tiempo y en una circunstancia o modalidad determinada. Solo se exige el contacto corporal. La aplicación del tipo penal no se condiciona en absoluto a que este posea una determinada duración o asuma una especial modalidad de acción. La conducta típica tampoco exige ser repetida una y otra vez o que queden huellas de la misma

Por otro lado debe señalarse que no todo acto de desnudar será constitutivo del delito; por ejemplo, cuando se desnuda con fines terapéuticos, previo una intervención quirúrgica en el que se desnuda a otro o ante otro o ante terceros, lo que no determina el nacimiento de la

responsabilidad penal por este ilícito. Lo mismo sucede si la persona es sorprendida desnuda. Constituye una acción sexual punible que se subsume en el art. 176 ó 176-A el hecho de levantar la falda, el bajar el pantalón, el buzo o las prendas que el autor lleva en la parte inferior del cuerpo⁹²

Otra de las dudas que surgen es el determinar las zonas o las partes del cuerpo en las que puede ejecutarse o recaer la acción típica, que puede ser (tal como a un sector de la doctrina señala) solo los órganos sexuales o, si se sigue otro punto de vista, cualquier parte del organismo. Para el primer criterio los supuestos que deben recogerse dentro de la tipicidad del delito son aquellos en que se involucran las partes que "*representan la expresión del sexo*", que sin duda alguna vienen a ser los órganos genitales.

Sólo se estaría ante un acto contrario al pudor cuando el autor logra que la víctima tenga un contacto corporal con el órgano genital del autor o de un tercero o el autor toca o manipula los genitales del sujeto pasivo. El contacto corporal a que alude la ley sería sinónimo de contacto genital. La libertad sexual sería equivalente a una libertad genital. De entenderse e interpretarse de esta forma el contacto corporal se llegaría a reducir la libertad sexual (bien jurídico protegido en este delito) a una exclusiva protección de los genitales del sujeto pasivo; dejándose sin tutela y cobertura jurídica un sin número de hipótesis.

Por su parte, el segundo planteamiento considera que no es necesario que el contacto corporal sea equivalente al tocamiento o contacto de los respectivos órganos genitales del sujeto pasivo como puede ser la manipulación del pene, la vagina o el ano de una persona⁹³. Solo basta,

⁹² CARRARA FRANCESCO; Programa de Derecho Criminal; Bogotá; Temis; T.4 N° 1548; p. 307; Creus, Carlos; Derecho Penal; T.I; P.231

⁹³ CARMONA SALGADO, CONCEPCION; Los delitos de abusos deshonestos; P.73; Carrara, Francesco; Programa de derecho Criminal; T. 4; N° 1546; P. 303

que la acción que se ejecuta y realiza posea objetivamente un significado sexual, el cual puede deducirse de la intención del sujeto, la parte corporal involucrada o comprometida y la circunstancia o situación en la que esta se desarrolla. La sexualidad de las personas no se restringe y limita al empleo o el sentido que pueda darse a los genitales humanos. Tal vez ella sea el núcleo de significación de la sexualidad, pero ésta ni la agota ni la expresa en su totalidad.

Queda claro que los casos tradicionales y supuestos de autoría directa en el delito que se investiga son los contactos activos y pasivos entre el autor del hecho y la víctima. Los otros supuestos como el inducir (a un menor) o el obligar a la víctima a tener una aproximación corporal sobre o con un tercero e incluso la acción sexual que la víctima realiza sobre su propio cuerpo, dará lugar a un acto contrario al pudor a título de autoría mediata.

En la tipicidad de los actos contrarios al pudor [art. 176 y art. 176-A] no se requiere a diferencia de los que sucede en el delito de violación sexual, de la intervención de un órgano sexual, ya sea masculino o femenino. El delito puede configurarse tanto a través de conductas que recaigan en el cuerpo de la víctima (acciones activas) como en conductas que desplieguen su eficacia compeliendo al sujeto pasivo a realizar acciones sobre el cuerpo del autor (acciones pasivas) o sobre un tercero.

En su dinámica es irrelevante que el contenido del acto involucre a los genitales o a un órgano sexual del autor o del sujeto pasivo; esto sucede, por ejemplo, cuando el contacto corporal que se ejecuta consiste en tocar los senos, las nalgas o cuando se desviste a una persona. De tal manera que resulta innecesaria la exigencia condicionando la tipicidad del comportamiento descrito en el art. 176 o 176-A, respecto a que la conducta debe involucrar por lo menos el contacto corporal con los genitales del autor o de la víctima.

En la misma línea, tampoco parece correcto plantear la exigencia de que la acción que se ejercita recaiga sobre las zonas erógenas de algunos de los sujetos de la relación sexual o del delito; por ejemplo, el tocamiento de las partes del cuerpo en las que maniobra o provoca una reacción placentera en individuos que responden a un patrón sexual normal, pues la libertad sexual si bien en su sustrato ontológico se expresa por lo general a través de los órganos sexuales o de las zonas erógenas, su contenido y alcance es esencialmente valorativo; y es posible que, incluso, se pueda prescindir de ellos. Es más, puede llegarse a sostener que no toda acción con significado sexual que se ejecuta sobre una zona erógena o que produce alguna clase de respuesta placentera en las personas va a desencadenar la calificación de los actos contrarios al pudor o un delito contra la libertad sexual.

Esto pasa, por ejemplo, cuando mediante el empleo de las manos se llega a producir alguna sensación placentera en el cuello, debajo de la oreja, acariciando el rostro o friccionando la cintura de una persona. Por tanto, desde nuestra perspectiva, no es necesario que la acción sexual recaiga o involucre fisiológicamente de manera necesaria a un órgano sexual o a las zonas erógenas del autor o de la víctima o de un tercero. Ello nos lleva a plantear la consideración de la libertad sexual como un bien jurídico netamente valorativo, cuyo sustrato material no coincide necesariamente con las zonas erógenas o los órganos genitales.

2. La ausencia del propósito de realizar el acto sexual u otro análogo

Una de las características fundamentales del delito de actos contrarios al pudor es el de excluir la intención de realizar el acto sexual u otro análogo. En efecto, quien ejecuta una acción con significado sexual que se subsume en la tipicidad no debe albergar el propósito de practicar el acto sexual u otro acto análogo. Sencillamente el autor debe buscar el realizar una conducta con contenido sexual, que no sea la penetración

pene -vagina, pene - ano o una forma del sexo oral (*cunilingüis* y *felatio in ore*).

La no intención o no propósito de ejecutar el acto sexual u otro análogo como elemento sustancial de los actos contrarios al pudor no significa que en la realización de la acción típica el autor debe contar con un doble elemento subjetivo o debe tener un doble dolo: por un lado, la intención el conocimiento de que se efectúa una acción con significado sexual; y por el otro, que no se busque la realización de un acto sexual u otro análogo; a manera de una intención positiva y una intención negativa. Nada de eso. En realidad, lo único que la ley pretende remarcar es que la acción sexual propia de los actos contrarios al pudor debe ser subjetivamente distinta a la que se tiene cuando se busca ejecutar un acto sexual u otro análogo. Ello supone en pocas palabras no una doble intención (o doble dolo) sino que el propósito de realizar una determinada acción sexual, debe excluir implícitamente la práctica del acto sexual u otro análogo.

El valor que reviste la referencia a "*El que sin propósito de realizar el acto sexual...*" es agotar, de una vez por todas, la discusión respecto a remarcar que la diferencia esencial entre la violación sexual y los actos contrarios al pudor está constituida por el elemento subjetivo que preside la actuación del autor del hecho. Ello prueba una vez más que dos acciones externamente idénticas poseen a veces como única diferencia la estructura del elemento subjetivo. Sin embargo, y en contra del supuesto valor práctico de la expresión "*El que sin propósito...*", debe indicarse que a la misma conclusión puede llegarse sin inconveniente alguno si se pasa por alto, ya sea a nivel legislativo o hermenéutico, el mencionado giro lingüístico, puesto que la diferencia entre la violación sexual o su tentativa y los actos contrarios al pudor ancla en la intención del sujeto.

La tipicidad de los actos contrarios al pudor está conformada por una gama amplia de acciones con significado sexual. Empero dicha formulación siendo muy amplia requiere una adecuada limitación tanto en su límite máximo como en su límite mínimo. En cuanto a este último extremo su relevancia penal, tal como fue expuesto en su momento, queda condicionada a la gravedad de la conducta y a la superación del riesgo permitido, mientras que respecto al límite máximo –desde el punto de vista cualitativo– debe tratarse de una acción distinta al acto sexual u otro análogo.

El hecho de que la conducta ha de ser distinta a la realización de un acto sexual u otro análogo supone en pocas palabras que la tipicidad de los actos contrarios al pudor debe ser diferente al contenido valorativo de cualquiera de las acciones del delito de violación sexual. Ello quiere decir que el sujeto en la ejecución de su comportamiento no debe tener la intención de lograr la introducción total o parcial del pene en la vagina (acto sexual), del pene en el ano ni debe existir un contacto buco-genital en los casos de sexo oral. Cuando el sujeto realiza una acción sexual de cualquier naturaleza y supera las fronteras del límite mínimo, cumpliendo con los requisitos de la gravedad de la conducta, y no llega a sobrepasar el límite máximo, esto es cuando no realiza ni busca ejecutar un acto sexual u otro análogo, se habrá cometido una acción subsumible dentro del alcance de los actos contrario al pudor.

No cabe duda que la mayor o menor amplitud de los arts. 176 y 176-A, depende no sólo de la clase y la entidad (gravedad) de la conducta que se realiza, sino del ámbito de aplicación que se le asigne a la variedad de comportamientos abarcados por el delito de violación sexual, ya sea desde el prisma de la expresa regulación legal (acto sexual) o como consecuencia de una interpretación dogmática (acto análogo). Así, por ejemplo, si se considera excluidos del sentido típico del acto análogo las formas del sexo oral: *felatio in ore* o *cunilingüis*, no habrá más remedio

que incorporar dichos comportamientos dentro de la tipicidad objetiva de los actos contrarios al pudor, mientras que si se les incorpora dentro del sentido literal posible del llamado acto análogo, constituyendo acciones que forman parte del delito de violación sexual, resulta por demás evidente que quedarán excluidos de la tipicidad de los actos contrarios al pudor. Cabe indicar, contra lo que plantea una corriente doctrinal, que la incorporación de las modalidades del sexo oral dentro de los alcances de la violación sexual no significa de modo alguno una reducción o limitación injustificada del ámbito de aplicación de los actos contrarios al pudor (art. 176 y art. 176-A); dado que solo se toma partido por una determinada interpretación de la referencia hecha por la ley al acto análogo; además de olvidar que en la tipicidad de los actos contrarios al pudor quedan todavía una amplia gama de comportamientos que revisten una trascendencia y significado sexual objetivo.

Los límites, y por tanto las diferencias entre la violación sexual y los actos contrarios al pudor, son borrosos y se encuentran supeditados a un escrupuloso y minucioso análisis. Así, por ejemplo, el contacto externo de genitales, o el llamado coito interfémora, o el deslizamiento del pene o del órgano genital por la mejilla de la víctima puede significar la comisión de un acto contrario al pudor si el autor pese a la gravedad de la conducta realizada no quiere consumar el hecho, es decir no busca llegar a la penetración o alguna forma de sexo oral.

En esta delimitación no se trata tanto de si se realizó o no el acto sexual u otro análogo, sino de si se tuvo o no la intención de realizarlo. Solo cuando no se practica el acto sexual o el otro análogo y no se tiene la intención de ejecutarlo estamos frente a un delito de actos contrarios al pudor. Como se anotó anteriormente, muchas veces sucede que la objetividad o la manifestación externa del delito hace que una conducta sexual determinada pueda ser subsumible tanto en el delito de violación sexual o en un acto contrario al pudor; o que incluso, por la gravedad de

los hechos la acción se revele como más cercana a la violación sexual; sin embargo, tal situación no puede llevarnos a incurrir en un error, pues más allá de cómo se revele una conducta objetivamente se debe prestar una cuidadosa atención al propósito e intención del autor. Si el agente realizó el tocamiento o frotamiento corporal, como por ejemplo de los senos, nalgas; o desnudó a la víctima etc., con la intención de practicar el acto sexual u otro análogo tendrá responsabilidad por violación sexual en cualquiera de sus modalidades típicas; pero si sólo pretendió efectuar una conducta sexual específica, distinta al acto sexual u otro análogo se habrá cometido un acto contrario al pudor.⁹⁴

Uno de los problemas más delicados que se presentan a la hora de precisar los límites del delito de violación sexual y los actos contrarios al pudor es el cambio de la intención inicial del sujeto en el contexto del iter criminis, el cual puede revestir dos modalidades: 1) El agente quiere inicialmente realizar un acto sexual u otro análogo, pero en el transcurso de la ejecución cambia su intención criminal y solo practica una acción lúbrica; 2) El autor se traza la meta de ejecutar una acción sexual v. gr. tocamientos de senos, nalgas, desnudar a la víctima, etc. pero una vez que pone en marcha su actuación criminal modifica su programa de actuación y se decide por realizar un acto sexual u otro análogo. En estos casos en los que se puede detectar una modificación del plan de acción el tratamiento jurídico se encuentra condicionado a la decisión del sujeto que finalmente se lleva a cabo durante el proceso de ejecución del delito. No se trata de valorar y estimar el primigenio plan del autor o lo que éste pretendía antes de iniciar su acción, pues de ser así se terminaría agravando o atenuando la responsabilidad penal injustamente, sino de considerar el dolo y la voluntad objetivada desde que el hecho tiene su principio de ejecución. De esta manera lo esencial será la intención al momento que se ejecuta la acción típica y no su plan anterior, el cual

⁹⁴ Cfr. SALINAS, SICCHA, RAMIRO; Curso de Derecho Penal Peruano; Vol. II: p. 410

puede verse sometido a posteriores variaciones o cambios. En el primer caso planteado habrá entonces una responsabilidad penal por la comisión de un acto contrario al pudor a pesar de que inicialmente se tenía la intención criminal de cometer un delito de violación sexual. En el segundo supuesto la responsabilidad penal será a título de violación sexual pese a que su intención primigenia era solo cometer un acto contrario al pudor. Ambos casos deben distinguirse nítidamente de las hipótesis en las que el sujeto pretendía lograr un acto sexual, es decir una penetración pene - vagina, pero luego en el transcurso del hecho el autor se decide por practicar una penetración pene - ano. Aquí siempre se configurará un delito de violación sexual consumado.

Otro de los problemas y dificultades interpretativas que se formulan en la praxis jurisprudencial es determinar la correcta valoración jurídico-penal para el caso en el que el sujeto quiere realizar el delito de violación sexual, practicando el acto sexual u otro análogo, pero por una circunstancia o condición anatómica que no depende de su voluntad (disfunción eréctil, desproporción genital, etc.) y no puede consumir ni lograr su propósito. Creemos que la imposibilidad de realizar el acto sexual u otro análogo, debido a causas circunstanciales, no debe acarrear la calificación –como parece entenderlo nuestra jurisprudencia⁹⁵- de actos contrarios al pudor, pues en realidad el sujeto tenía el propósito firme de lograr el acto sexual u otro análogo y si no llegó a consumarlo es por causas independientes a su voluntad. Aquí habrá una tentativa de violación sexual y no debe aplicarse el art. 176 o el art. 176-A, pues se estaría desnaturalizando la esencia de la infracción.

⁹⁵ Así la Ejecutoria Suprema del 09. 01. 98 considera que "*El efectuar rozamientos con el miembro viril en el ano de la menor agraviada constituye delito contra el pudor y no violación sexual; de otro lado al no haberse efectuado una pericia al septuagenario, quien ha puesto de manifiesto su incapacidad para practicar el acto sexual, debido a su avanzada edad, existe duda razonable, la misma que le favorece en virtud al principio del in dubio pro reo*". Véase, ROJAS VARGAS, FIDEL - INFANTES VARGAS, ALBERTO; Código Penal. Diez años de Jurisprudencia sistematizada; p. 278.

Finalmente, ha de señalarse que las acciones sexuales previas o concomitantes que se realizan a la penetración pene - vagina (acto sexual) o introducción pene - ano, o de las modalidades del sexo oral (acto análogo) solo dan lugar al delito de violación sexual y no a un concurso con los actos contrarios al pudor. Aquí la violación sexual o su tentativa subsumirán a los actos contrarios al pudor⁹⁶.

c. LOS MEDIOS Y FORMAS COMISIVAS

El tipo de los actos contrarios al pudor según la regulación legal: art. 176 y art. 176-A, recoge las diversas modalidades típicas mediante las cuales el delito puede configurarse. Así, por ejemplo, se punen los actos contrarios al pudor siempre que sean tocamientos **que son realizados mediante el ejercicio de la violencia o la grave amenaza**, cuando se aprovecha o abusa de la situación de autoridad, dependencia o vigilancia, cuando se abusa de la incapacidad psíquica o física de la víctima o cuando se provoca el estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir. Por su parte, en el art. 176-A se castigan los actos contrarios al pudor que se realizan contra un menor de catorce años, consignándose una determinada escala punitiva que posee cuatro niveles, los que dependen de la edad de la víctima.

El Código Penal en el artículo 176 y 176-A recoge toda la variedad típica de los delitos de violación sexual precedentes considerando punibles aquellos comportamientos (grave amenaza o violencia) que se caracterizan por constituir un modo de ejecutar la acción sexual, o que suponen el abuso de la incapacidad psíquica o física o el aprovechamiento de una situación de dependencia, autoridad o vigilancia. Debe destacarse que el legislador peruano ha dejado intencionalmente fuera del ámbito de los actos contrarios al pudor al delito de seducción sexual mediante engaño (art. 175) estimando que las acciones sexuales –distintas al acto sexual u otro análogo– realizadas

⁶ Cfr. NÚÑEZ, RICARDO; Derecho Penal Argentino, T. IV; p. 314.

de manera fraudulenta o por medio del engaño no revisten la gravedad ni entidad del injusto suficiente para recibir tutela y protección penal.

Sobre la naturaleza dogmática de los actos contrarios al pudor respecto al delito de violación sexual puede surgir en nuestra legislación una polémica entre dos posturas nítidamente definidas. Veamos:

Una primera posición estima que el delito de los actos contrarios al pudor constituye el tipo básico de los delitos contra la libertad sexual; ello si el intérprete solo se atiene a la extensión y amplitud de su aplicación y la enorme variedad de comportamientos típicos que recoge, mas no a la gravedad de la conducta realizada. En efecto, si nos detenemos en la fijación del tipo básico de los delitos contra la libertad sexual a la mayor entidad del injusto y a la gravedad de la acción realizada la formulación típica que aparecerá como tipo básico será el delito de violación sexual; no obstante si la atención se focaliza en la diversidad de conductas sexuales típicas y en la elaboración del catálogo de los delitos contra la libertad sexual– y se sigue un orden que va de menor a mayor en cuanto a la gravedad de la conducta–, el tipo básico serán los actos contrarios al pudor.

Por su parte, una segunda posición estima que el delito de los actos contrarios al pudor no sería de *lege lata* el tipo básico de los delitos contra la libertad sexual, sino más bien un tipo subsidiario al delito de violación sexual en cualquiera de sus modalidades típicas. En la sustentación de dicha premisa existen dos razones básicas: a) El delito de los actos contrarios al pudor está estructurado en función a las modalidades típicas del delito de violación sexual; y no posee una autonomía propia, dado que todas sus variantes suponen el ejercicio de la violencia o la grave amenaza (art. 170), provocación del estado de inconsciencia o de la imposibilidad de resistir (art. 171), abuso de la incapacidad psíquica o física (art. 172), abuso de la situación de dependencia, autoridad o vigilancia de la víctima (art. 174) y abuso de la minoría de edad (art. 173). Si bien en los actos contrarios al

pudor se castiga una conducta sexual distinta a la violación sexual, dicha diferencia no debe verse como razón suficiente para alegar su autonomía, máxime si el contexto típico no le pertenece directamente sino que es adquirido en base a la formulación del delito de violación sexual; b) Desde el punto de vista sistemático y de ubicación del precepto se puede contemplar que el legislador peruano no ha pretendido otorgar independencia y autonomía a los actos contrarios al pudor, sino que ha levantado su existencia en función a la necesidad de recoger comportamientos sexuales menos graves que no podían ser incorporados dentro del delito de violación sexual. El legislador nacional (como sucede en la mayoría de países de nuestra órbita cultural que cuentan o tenían una regulación semejante a los actos contrarios al pudor; por ejemplo abusos deshonestos o agresiones sexuales) no ha considerado que dicha figura delictiva posea autonomía o valor propio, sino que su vigencia se encuentra supeditada al delito de violación sexual. Incluso, como soporte a lo dicho es posible advertir que en la misma redacción legal de los actos contrarios al pudor se encuentra una referencia directa a la violación sexual y en concreto a la conducta sexual que la caracteriza como es "*El que sin propósito de causar el acto sexual u otro análogo...*".

Los actos contrarios al pudor pueden ser cometidos (según la redacción legal del art. 176) **por violencia o grave amenaza**, la cual debe ser el medio utilizado por el autor del delito para practicar una conducta sexual determinada y que ha de ser distinta al acto sexual u otro análogo. La exigencia de la violencia o la grave amenaza no debe entenderse como si se requiriera el mismo grado o la misma entidad que la necesaria en el delito de violación sexual para doblegar la voluntad de la víctima⁹⁷. Si las acciones sexuales recogidas en los actos contrarios al pudor constituyen por lo general

⁹⁷ Por ello, no encontramos explicación de por qué el legislador peruano cuando se refiere a los actos contrarios al pudor violentos y específicamente a la violencia psicológica —los cuales tienen normalmente una menor entidad del injusto— sigue conservando la alusión a la gravedad de la amenaza, cuando una sistemática legislativa correcta y la naturaleza de las cosas recomienda simplemente exigir en esta sede la concurrencia de una amenaza, prescindiendo de la referencia a la gravedad de la misma.

conductas de menor gravedad respecto a las contenidas en el delito de violación sexual es lógico que el grado de la violencia o la grave amenaza sea menor en estos casos; lo cual no quita, sin embargo, la posibilidad de que en la práctica se emplee la misma entidad de la fuerza física o psicológica cuando se realice una conducta sexual de especial gravedad como la introducción de objetos o la utilización de animales en una práctica sexual.

Asimismo, los actos contrarios al pudor no sólo suponen para la relevancia típica de la conducta la ejecución de conductas violentas o intimidantes sino que también (según la expresa previsión legal) se abre la posibilidad de castigar los actos contrarios al pudor no violentos siempre y cuando la conducta recaiga sobre una persona sometida a una situación de dependencia, autoridad o vigilancia (segundo párrafo del art. 176) o cuando se ejecute contra una persona colocada en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir o que sufre una anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir (tercer párrafo del art. 176). Lo mismo sucede con los actos contrarios al pudor que se realizan sobre menores de catorce años (art. 176-A).

En la doctrina nacional **CARO CORIA** considera –aunque su posición no es del todo clara– en una interpretación opuesta a la que aquí se suscribe, que todo el grupo de supuestos contenidos en el art. 176 debe interpretarse como si la ley exigiera la coacción, es decir el empleo de la violencia o la grave amenaza, en virtud a la severidad y dureza de las penas de los actos contrarios al pudor y en especial de las sanciones contenidas en los párrafos segundo y tercero del art. 176⁹⁸. Se recurre aquí a una interpretación teleológica que busca limitar la punición de los supuestos del segundo y tercer párrafo del art. 176 exigiendo la concurrencia de violencia o grave

⁹⁸ CARO CORIA, CARLOS; *Delitos contra la Libertad e Indemnidad sexuales*; p. 95 al anotar que "esta difusa redacción [de los párrafos segundo y tercero del art. 176] conduciría a entender estas circunstancias como agravantes, es decir, como supuestos calificados de los actos contra el pudor mediante coacción del art. 176 pf. 1...".

amenaza. Se sostiene, por ejemplo, que sería atípico drogar a la víctima de dieciséis años para luego desnudarla y acariciar sus órganos sexuales⁹⁹.

Tanto el segundo y tercer párrafos del artículo 176 del C.P. peruano constituyen respecto al primer párrafo de dicha disposición figuras penales autónomas que no requieren de modo alguno la ejecución de una conducta violenta o de una grave amenaza. A ello abona la consideración expuesta anteriormente respecto a que los actos contrarios al pudor solo serían un tipo subsidiario respecto al delito de violación sexual; de tal manera que si el empleo de dichos modos comisivos solo se exige en el art. 170 y se prescinde de él en los demás tipos delictivos no se ve la razón o la fundamentación suficiente para reclamar que la violencia y la grave amenaza sean también extensibles a los demás casos.

Creemos que los actos contrarios al pudor pueden realizarse también mediante el abuso de la incapacidad psíquica o física o abusando de la situación personal de dependencia, autoridad o vigilancia en la que se encuentra la víctima, sin que para ello sea necesario apelar al recurso de la fuerza física o la intimidación. Incluso, llegado el caso, resulta notorio que en algunos supuestos, como el descrito en el tercer párrafo del art. 176, es ocioso e inútil exigir el empleo de la coacción, más aún cuando, por ejemplo, el sujeto pasivo se encuentra en estado de inconsciencia o en imposibilidad de resistir, circunstancia que torna en absolutamente superfluo e innecesario el aplicar alguna forma de violencia, ya sea material o psíquica.

Si el criterio que aquí se rechaza quiere alcanzar la plena coherencia jurídica y lógica no debe tener algún problema en exigir también el empleo de la violencia en el caso de los actos contrarios al pudor que recaen sobre menores de catorce años. En efecto, si se estima que dicha condición se extiende a todas las modalidades de los actos contrarios al pudor no debe

⁹⁹ CARO CORLA. CARLOS; Delitos contra la libertad e Indemnidad sexuales; p. 95.

existir inconveniente alguno para trasladar dicho condicionamiento a los actos contrarios al pudor sobre menores de edad.

No obstante, si se parte, como aquí se hace, de la premisa que el ejercicio de la violencia o la grave amenaza en los actos contrarios al pudor solo constituye una y solo una de las modalidades típicas que el mencionado delito puede revestir, creemos que finalmente se logra respetar el genuino sentido objetivo de la ley y se mantiene la interpretación según pautas y lineamientos razonables.

El ámbito de aplicación de los actos contrarios al pudor violentos o mediante coacción se limita y reduce al primer párrafo del art. 176 y no se extiende a ningún párrafo ulterior. Por su parte, el segundo párrafo del art. 176 no supone ni implica el ejercicio de la violencia, sino el despliegue de una conducta abusiva o de aprovechamiento de la situación de dependencia, autoridad o vigilancia que el autor tiene respecto a su víctima. Por su lado, el tercer párrafo del art. 176 implica la realización de una acción sexual (distinta a la práctica del acto sexual u otro análogo) que se efectúa mediante abuso y recae sobre una persona que padece anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental o implica el provocar un estado de inconsciencia o una situación de imposibilidad de resistir, que excluye implícitamente la necesidad de emplear violencia o la grave amenaza.

d. TIPO SUBJETIVO

El delito de actos contrarios al pudor puede ser cometido por imperio del principio de legalidad solo por una conducta dolosa. Está excluida expresamente la posibilidad de castigar el comportamiento culposos.

El dolo puede concurrir en cualquiera de sus formas y modalidades, ya sea dolo directo de primer grado o de segundo grado, o dolo eventual. No se requiere como parece reclamar un sector doctrinal solo dolo directo. Tal como

se dijo anteriormente no se exige que el autor, además de ser consciente que ejecuta un comportamiento sexual determinado, no tenga el propósito de realizar el acto sexual u otro análogo¹⁰⁰; como si de esta manera la ley estuviera requiriendo una suerte de doble dolo: positivo y negativo. La norma penal lo único que prescribe es la necesidad de que concurra el conocimiento y la voluntad de realizar una **acción sexual concreta a modo de contacto corporal**. No se exige la ausencia de la intención de realizar el acto sexual u otro análogo, pues se entiende que ello ya sucede en la configuración del primer comportamiento.

En los actos contrarios al pudor el único elemento subjetivo que se requiere es el dolo. Queda excluida cualquier referencia a otro elemento subjetivo como las tantas veces aludida tendencia interna trascendente en la que se reclama la existencia de un ánimo lúbrico¹⁰¹. La ley peruana (al menos si se respeta su sentido y el tenor objetivo de la misma y no se añade ningún elemento arbitrario), no supone la existencia de una especial tendencia lasciva, una determinada actitud sexual o el fin de desahogar un apetito sexual desordenado, lujuria o una excitación sexual. De plantearse dicha exigencia se limitarían de modo innecesario los alcances del precepto penal. Resulta indispensable distinguir aquí lo que es el contenido del dolo y la existencia de un especial *animus*¹⁰², el cual no forma parte de aquél ni se encuentra descrito en la tipicidad de la infracción; de tal manera que al reclamarle se estaría contraviniendo el principio de legalidad.

El error, tanto de tipo como de prohibición, también es admisible en los actos contrarios al pudor. Un ejemplo de error de tipo lo da el creer que la conducta sexual que se ejecuta recae sobre una persona mayor de catorce años cuando en realidad ella tiene, por ejemplo, doce años (art. 176-A); o el caso en que se efectúan contactos corporales consentidos por ejemplo tocamientos de senos,

¹⁰⁰ Como parece entenderlo FONTÁN BALESTRA, CARLOS; Tratado de Derecho Penal; T.V; p. 123 al afirmar que "El dolo debe excluir el acceso carnal".

¹⁰¹ Cfr. CARO CORIA, CARLOS; Delitos contra la Libertad e Indemnidad sexuales; p. 96.

¹⁰² Cfr. LAJE ANAYA. JUSTO; Comentario al Código Penal; Vol. II; p. 392.

nalgas, etc. con una persona que aparentemente goza de plena salud mental cuando en realidad ella padece de una grave anomalía psíquica (art. 176 tercer párrafo) o creer erróneamente que la persona con quien se mantienen los contactos sexuales no está sometida a una situación de autoridad, vigilancia o custodia.

Por su parte, nos enfrentaremos a un error de prohibición cuando el autor cree que la conducta que realiza no tiene contenido sexual o no se encuentra abarcada por la prohibición penal. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso de que el autor considere que su conducta de frotar o rozar su pene en la vestimenta de una mujer desmayada o por los pies de ésta no es ilícita.

E. TENTATIVA Y CONSUMACION

Se plantea en este extremo la problemática de si el delito de los actos contrarios al pudor constituye un delito de simple actividad o un delito de resultado. En la doctrina penal comparada un sector estima (comentando las figuras típicas semejantes al tipo que aquí se analiza) que en estos casos estamos frente a un delito de simple actividad en el que bastaría la verificación de la conducta "lúbrica"¹⁰³ opinión que se seguimos para la tipificación penal del hostigamiento sexual contra menores, tanto más aún si esta figura no admite la tentativa. Por su lado, otro sector de la doctrina penal plantea que nos encontramos frente a un delito de resultados¹⁰⁴, dado que es posible separar espacio-temporalmente la acción y el resultado.

Creemos que el delito de actos contrarios al pudor es un delito de resultado, toda vez que no solo se requiere una acción realizada por el autor del hecho como, por

¹⁰³ De este modo, Suárez Rodríguez, Carlos; El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación; p. 357; Carmona Salgado, Concepción; Los delitos de abusos deshonestos; p. 191; Orts Berenguer, Enrique; Delitos contra la Libertad Sexual; p. 174. En la doctrina penal argentina Creus, Carlos; Derecho Penal [PE]; T.I; p. 234. En el Perú Salinas Siccha, Ramiro; Curso de Derecho Penal Peruano; Vol II, p. 417.

¹⁰⁴ Así, Núñez, Ricardo; Derecho Penal Argentino; T.IV; p. 317; Fontán Balestra, Carlos; frotado de Derecho Penal, T. V, p. 124.

ejemplo, el empleo de la violencia o la grave amenaza o el abuso sino que dicha acción ha de recaer necesariamente en la estructura somática –especialmente en los casos de autoría directa– pues por algo la doctrina es unánime en exigir contactos o tocamientos corporales, los cuales no aparecen de repente o por generación espontánea sino luego de una conducta previa. En efecto, para que exista un tocamiento o contacto corporal (resultado) es imprescindible que previamente exista una conducta del autor dirigida hacia dicho fin y de la que es posible separar espacio-temporalmente. Si el delito en comentario fuera un delito de simple actividad la consumación del mismo y la acción típica deberían descansar no en la exigencia de contacto corporal (que en todo caso sería un plus) sino en la sola punición de la conducta dirigida a realizar un contacto o tocamiento sexual.

El delito de actos contrarios al pudor es un delito de resultado instantáneo que se consuma cuando la acción desplegada por el autor toca o logra el contacto corporal de naturaleza sexual con la víctima. No se requiere de varios o un número plural de contactos. Es suficiente un primer o único tocamiento de índole sexual¹⁰⁵.

La consideración de la infracción como un delito de resultado arroja como consecuencia la posibilidad de admitir sin mayor duda la tentativa¹⁰⁶; cosa que no pasaría o habría muchas dudas al respecto si el delito se reputa como de simple actividad. El principio de ejecución surgirá cuando (en el caso del primer párrafo del art. 176) se comienza a golpear o inferir las primeras lesiones o maltratos a la víctima. Incluso, puede haber tentativa luego de existir un contacto corporal (no

¹⁰⁵

Cfr. SALINAS SICCHA, RAMIRO; Curso de Derecho Penal Peruano; Vol. II; p. 410.

¹⁰⁶

Cfr. VILLA STEIN, JAVIER; Derecho Penal [PE.]; Lima; Edit. San Marcos; 1998; T.I-B; p. 201; BRAMONT ARIAS - TORRES, LUIS - GARCÍA CANTIZANO, MARÍA DEL CARMEN; Manual de Derecho Penal [P.E.]; p. 258, aunque no deja de ser sorprendente que afirmando la posibilidad de la tentativa en los actos contrarios al pudor recogidos en el art. 176, lo nieguen al comentar los actos contrarios al pudor recogidos en el art. 176-A; a pesar de que en ambos casos la acción típica es la misma. No vemos razón ni fundamento alguno para plantear un tratamiento distinto a los casos de tentativa del art. 176 y art. 176-A cuando el comportamiento incriminado es el mismo en ambos casos; y solo existe una variación en cuanto a los límites de edad: de catorce años en el art. 176 y menor de catorce años en el art. 176-A. El mismo planteamiento lo reproduce Salinas Siccha, Ramiro; Curst) de Derecho 1'4'1: El Peruano; Vol. II; p. 417.

sexual) entre los intervinientes en el delito. Esto pasa cuando, por ejemplo, el autor toma del cuello al sujeto pasivo antes de tocarle sus genitales o sus senos; o blandiendo un filudo cuchillo le conmina a quitarse la ropa.

F. AUTORIA Y PARTICIPACION

Considerando que los delitos contra la libertad sexual y en concreto los actos contrarios al pudor son delitos comunes, no habrá mayor inconveniente para aceptar y admitir cualquier forma de autoría: sea autoría directa, autoría mediata o coautoría. Como se expuso los casos de autoría directa implican la realización de contactos corporales de índole sexual entre el autor y el sujeto pasivo, ya sea que la acción del autor recaiga sobre la estructura somática de la víctima o se obligue a ésta a desarrollar un comportamiento sexual en el cuerpo del autor. Por su parte, la autoría mediata aparece cuando el autor obliga a la víctima a realizar la acción sexual sobre su propio cuerpo o le obliga a ejecutar la acción sexual con un tercero o que soporte una conducta sexual de éste. La coautoría se manifiesta cuando existe una distribución de roles y funciones y hay de por medio (como en toda forma de autoría) un dominio o un control del hecho por parte de todos los intervinientes. Un caso paradigmático de coautoría lo da el hecho en el que la acción sexual es realizada por un sujeto y el empleo de la violencia o la grave amenaza por otro. En los casos de coautoría es indispensable que exista un aporte esencial a nivel de los actos ejecutivos.

También es posible aquí admitir las formas de participación: complicidad e instigación. Hay instigación cuando existe un influjo psíquico sobre el autor del delito para que ejecute una acción sexual determinada distinta al acto sexual u otro análogo. Si el autor ha sido instigado a realizar un acto contrario al pudor pero termina ejecutando una violación sexual el instigador solo responderá según su intención o el alcance de su dolo si es que no se quiere vulnerar el principio de responsabilidad subjetiva.

Si el cómplice solo quiere o cree que interviene en la comisión de un acto contrario al pudor pero el autor termina cometiendo una violación sexual su responsabilidad penal (por el principio de responsabilidad subjetiva) no puede ir más allá de su dolo. No debe cargar ni ser acusado por la violación cometida. Solo responderá por un acto contrario al pudor.

2.18. LA COACCIÓN ILEGAL

La coacción ilegal constituye un delito caracterizado por la violencia física (*vis corporalis*), grave amenaza (*vis compulsiva*) o reducción que ejerce el sujeto activo, por cualquier medio, para vencer la capacidad de resistencia de la víctima, obligándola, bajo esa coacción, a no hacer lo que la ley permite o a hacer lo que ésta no ordena.

HUNGRIA, define la *vis corporalis* como “...el empleo de fuerza física para vencer una resistencia. Es todo medio físico apropiado para disminuir, en otra persona, la facultad de actuar según la propia voluntad”¹⁰⁷) El mismo autor, define la *vis compulsiva*, como “la violencia moral, la intimidación, la manifestación (por palabras, escrito, gestos, medios simbólicos) del propósito de causar a alguien un mal relevante, directa o indirectamente, en el momento actual o en el futuro”

No obstante, el sujeto activo puede utilizar otros medios aptos e idóneos para reducir la capacidad de la víctima, como la aplicación de narcóticos, drogas, hipnosis, anestésicos, alcohol, etc.¹⁰⁸

El elemento subjetivo de este delito está constituido por la voluntad y la conciencia del agente de estar coaccionando a la víctima a hacer o dejar de hacer alguna cosa. Para **CEZAR ROBERTO BITENCOURT** “la conciencia implica la ilegitimidad de la acción, de los medios escogidos, (violencia o grave amenaza) y la relación de

¹⁰⁷ HUNGRIA: Comentários ao Código Penal, Vol. VI, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 153. Citado por Rômulo de Andrade Moreira en El nuevo delito de acoso sexual en Brasil, www.revistapersona.com.ar/Persona10/10Moreira.htm

¹⁰⁸ DA COSTA, PAULO JOSÉ Jr., Comentários ao Código Penal, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 435

causalidad entre la coacción y la acción u omisión del sujeto pasivo, siendo irrelevantes los motivos determinantes, con excepción de aquellos que excluyen la antijuridicidad de la conducta.”¹⁰⁹

2.19.ASPECTOS PROCESALES DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL

El hostigamiento sexual, como la forma más grave del acoso sexual, en una eventual penalización, resultaría compleja en lo que respecta a su acreditación, especialmente por la naturaleza de las acciones que se supone subjetivas, íntimamente ligadas a la visión personal de la víctima; sin embargo superado de alguna forma por el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 (**Ver Anexo N° 02**)

Otro problema lo constituye la ausencia casi completa de testigos que corroboren el cargo, muchas veces por temor a verse comprometidos con el presunto victimario, en el entorno laboral o de estudios de la víctima.

A ello debe agregarse que, a la hora de evaluar la conducta en los casos de delitos sexuales cometidos por docentes, la coacción resulta no sólo insuficiente, sino también comprende un concepto vago e impreciso como elemento valorativo de la conducta, cuyas características corresponden a un tipo necesario de ser incorporado al Código Penal. Por esta razón, resulta incomprensible que la sanción del hostigamiento sexual contra menores se mantenga en el ámbito administrativo.

2.19.1 INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO

El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en la Campaña Interagencial contra la Violencia hacia las Mujeres y las Niñas, con respecto al sistema penal sobre la violencia sexual, señaló que “...*actúa sobre las manifestaciones y no sobre las causas ni sobre las consecuencias del delito; siendo el delincuente objeto de atención e intervención, no así las víctimas*

¹⁰⁹ BITENCOURT, CEZAR ROBERTO: Manual de Direito Penal, Vol. II, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 419.

que son frecuentemente mujeres y niñas/os. No existe una política estatal para la prevención de la violencia sexual ni para la atención y el tratamiento de las víctimas dentro y fuera del proceso penal. Tampoco existe un registro estadístico confiable que permita tener un conocimiento sobre las dimensiones reales del problema.”

Con respecto al procedimiento penal, en los casos de delitos sexuales contra menores, dice **CÉSAR SAN MARTÍN**¹⁰: *“En el curso del año 1999 el procedimiento por delitos sexuales fue objeto de singulares cambios a partir de dos leyes muy significativas. La Ley N° 27055, de 22 de enero, y la Ley N° 27115, de 17 de mayo.*

La primera ley se circunscribe a la protección del niño y del adolescente víctima de violencia sexual, modificando tanto el Código del Niño y del Adolescente cuanto el Código de Procedimientos Penales. En el primer caso establece lo siguiente:

- a. Que el niño o el adolescente víctima de violencia sexual, al igual que el que sufre maltrato físico o mental, será objeto de atención integral mediante programas que promuevan su recuperación física y psicológica. Estos programas incluirán a su familia.*
- b. Que el Estado asume la obligación de garantizar el respeto de los derechos de la víctima en todos los procedimientos policiales y judiciales, así como establecer y/o promover programas preventivos de protección a menores.*
- c. Que compete al Fiscal de Familia intervenir de oficio y desde la etapa inicial, en toda clase de procedimientos policiales y judiciales en resguardo y protección de los derechos del niño y del adolescente, siendo obligatoria su presencia en las declaraciones que se actúen en casos de violencia sexual contra ellos, ante la Policía, bajo sanción de nulidad y responsabilidad funcional.*

¹⁰ SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR E.: El procedimiento penal por delitos sexuales en el Perú. Anuario de Derecho Penal Número 1999-2000, p. 302 y 303.

- d. *Que en las investigaciones preliminares por violencia sexual contra niños y adolescentes debe ordenar una evaluación clínica psicológica de la víctima por personal especializado. Concluida la investigación preliminar, debe remitir al Fiscal Provincial Penal las actuaciones, incluidas las evaluaciones periciales y el acta que contiene el interrogatorio de la víctima.*
- e. *Que durante la declaración de la víctima podrá participar cualquiera de los padres o el tutor, siempre que no fueran ellos los denunciados. Es posible que intervenga en la diligencia una persona designada por aquéllos si es que no pueden hacerlo personalmente.*
- f. *Que el Estado proveerá, en caso de violencia sexual a niños y adolescentes, asistencia de abogados de oficio de modo integral y gratuito, asistencia que comprenderá obligatoriamente al agraviado y a su familia.”*

Los abusos sexuales contra menores, como sabemos, son demasiado frecuentes y ocurren en diversos ámbitos. A pesar de ello, su abordaje y sanción a los culpables tropieza con diversos obstáculos, siendo el principal el silencio por parte de la víctima y, en no raras ocasiones de los familiares.

Ello, puede conllevar a que muchas niñas sean víctimas silenciosas de los abusos sexuales sin necesidad de forzarlas con violencia, y permanecen en silencio largo años, culpándose a si mismas de su estado, mezclándose sentimientos de vergüenza y remordimientos que las atemorizan, por lo que no se atreven a contar a nadie los abusos sexuales que sufren.

“Entre las hipótesis de abusos sexuales se encuentran aquellos en los que la víctima es menor de trece años, donde la Ley, ... parece presumir iuris et de iure la imposibilidad de que éstos presten un consentimiento válido, con independencia de si el desarrollo

psicológico del menor permite sostener que posee madurez suficiente para consentir libremente el contacto sexual”¹¹

Los niños abusados manifiestan conductas fuera de lo común, tales como:

- a. Agresiones del niño contra sí mismo. Ej: Arrancarse el pelo, morderse las uñas, o hacerse cortes. “El ataque es la mejor defensa”
- b. Trastornos del sueño; dificultades para conciliar el sueño, y también pesadillas, el miedo a ser sorprendido por la noche.
- c. Trastornos en la alimentación; detrás de la bulimia o de la anorexia puede esconderse el deseo de la víctima de hacer que su cuerpo le resulte poco atractivo al agresor.
- d. Regresión del comportamiento; cuando los niños vuelven a orinarse, o se aferran de repente a una madre y no quieren quedarse nunca solos.
- e. Comportamientos sobre sexualidad que no se corresponden con la edad del niño.
- f. Comportamientos obsesivos.
- g. Aislamiento de amigos y familiares por temor a que los demás se den cuenta de lo sucedido.
- h. Docilidad externa; el aparente desinterés por dar su opinión puede reflejar el deseo de no llamar (todavía mas) la atención. También puede indicar la pérdida de autoestima.
- i. Alteraciones en el rendimiento escolar.
- j. Pérdida de motivación.
- k. Intento de suicidio.
- l. Torpeza motora.
- m. Comportamientos extraños.
- n. Trastornos en el habla.
- o. Miedo.

¹¹ GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. Derecho penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-04, p. 04:1-04:35. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-04.pdf>

El funcionamiento del sistema de administración de justicia penal requiere de la organización de órganos que permitan respuestas rápidas y efectivas a las legítimas demandas que las víctimas, especialmente cuando se trata de menores de edad, así como a sus familiares.

En nuestro país, el sistema está organizado como sigue:

- 2 Policía Nacional del Perú.- Comisarías y divisiones especializadas,
- 3 Poder Judicial.- Juzgados y salas penales
- 4 Ministerio Público.- Fiscales penales y el Instituto de Medicina Legal
- 5 Ministerio de Justicia.- Defensores de oficio.

1. Policía Nacional del Perú

La función policial está regulada por las siguientes disposiciones:

- A. Constitución Política: artículo 166°, establece como funciones de la Policía Nacional del Perú, entre otras, la prevención, investigación y combate de la delincuencia.
- B. Ley N° 27238, Ley Orgánica de la Policía Nacional y Reglamento, el Decreto Supremo N° 0008-2000-IN: le asignan las funciones de prevenir, combatir e investigar los delitos y las faltas perseguibles de oficio previstas en el Código Penal y demás leyes, pudiendo detener al presunto autor del hecho delictivo, sin que medie mandato judicial, en situaciones de flagrante delito o en momentos inmediatamente posteriores a la comisión del hecho (acápites f) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución e inciso 8) del artículo 1° de la Ley N° 27934 - Ley que regula la intervención de la PNP y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito).
- C. Artículo 9° de la Ley Orgánica de la Policía Nacional, que precisa las facultades específicas que posee en el ámbito de la investigación del delito.

- D. Inciso 3) del artículo 37° de la misma Ley Orgánica establece el cumplimiento de funciones con imparcialidad, responsabilidad, diligencia, eficacia y prontitud dentro de la ética profesional.
- E. Estando establecido por el artículo 159° inciso 4 de la Constitución que corresponde al Ministerio Público la conducción de la investigación del delito, la Policía Nacional del Perú, está subordinada funcionalmente a este órgano, lo que no impide a ésta realizar excepcionalmente diligencias urgentes con cargo a dar cuenta de estas al fiscal provincial, según lo previsto en la Ley N° 27934, Ley que regula la intervención de la policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar.
- F. Además de ello, la Policía Nacional, durante el desarrollo de la investigación judicial, actúa en tareas periciales, aseguramiento de la concurrencia de los procesados en el proceso, y ejecución de las medidas de coerción.
- G. Manual de Procedimientos Policiales Operativos en la Intervención con Familia, aprobado mediante Resolución Directoral N° 1724-2006-DGPNP/EMG-PNP, de fecha 17 de agosto del 2006, una de cuyas finalidades, es optimizar los procedimientos policiales operativos en la intervención con niños, niñas y adolescentes y por violencia familiar.
Asigna a los miembros de la Policía Especializada de la Familia, las funciones de prevención, así como acoger, tramitar e investigar las denuncias de casos en los que se encuentren involucrados niños, niñas y adolescentes, además de la prevención e investigación del comercio y explotación sexual de estos, para lo que debe realizar actividades prioritarias de prevención, asistenciales y periciales.

“Si bien este último texto contiene recomendaciones que contribuyen a la eficacia de la investigación de estos delitos,

preocupa que en el apartado B del Capítulo IV¹¹² se califique como simples conductas de abuso sexual no constitutivas de delitos sexuales a actos que importan verdaderos delitos de actos contra el pudor, sancionados en los artículos 176° y 176°-A del Código Penal, o de acoso sexual, previstos en la Ley N° 27942¹¹³.

2. Ministerio Público

La Constitución Política otorga al Ministerio Público la calidad de órgano autónomo, asignándole como primordial función la de requiriente, es decir, la de pedir que se realice la función jurisdiccional de acuerdo con la legalidad vigente (inciso 1) del artículo 159)¹¹⁴

Al entrar en vigencia la Ley N° 27115, que estableció el ejercicio público de la acción penal en todos los supuestos de delitos sexuales, sea cual sea la edad de la víctima y las condiciones de su perpetración, el Ministerio Público se convierte en el titular de la acción penal y en el responsable de la carga de la prueba, lo que quiere decir que tiene plena capacidad procesal y de postulación.¹¹⁵

El Fiscal de Familia, obligatoriamente presente durante la investigación policial de delitos sexuales en agravio de niños, niñas y adolescentes en las declaraciones que aquellos presten, bajo sanción de nulidad, debiendo ordenar la evaluación clínica y psicológica de la víctima, de acuerdo a lo

¹¹² Textualmente señala que: *"Existe más o menos acuerdo en denominar abuso sexual a todo acercamiento de claro contenido sexual por parte de una persona mayor (adulto, adolescente) a niñas, niños o adolescentes, haciendo uso de su poder para obtener placer o beneficio sexual a través de palabras insinuantes, caricias, besos, tocamientos disimulados de los genitales u otras partes del cuerpo y observar a solas y a escondidas el desnudo de la niña, niño o adolescente. Puede haber ocurrido una sola vez, varias veces al año o durante años, y muchas veces los padres o responsables ni siquiera lo sospecharon"*

¹¹³ Defensoría del Pueblo: *La aplicación de la justicia penal ante casos de violencia sexual perpetrados contra niñas, niños y adolescentes*. Informe Defensorial N° 126. Adjuntía para la Niñez y la Adolescencia. Lima. Noviembre de 2007. P. 86.

¹¹⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, p. 233

¹¹⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Op. cit.*, p. 236.

establecido en el inciso b) del artículo 144° del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes.

Por disposición del artículo 94° de la Ley Orgánica del Ministerio Público y artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, finalizada dicha evaluación, el Fiscal de Familia deberá remitir al Fiscal Provincial Penal un informe, el acta que contiene el interrogatorio de la víctima y los resultados de la evaluación, quien realizará una evaluación respecto de la existencia de *indicios suficientes* de comisión de delito, así como de otros requisitos formales que permitan la formalización o no de la denuncia penal o la ampliación de las investigaciones policiales.

Como se aprecia, la actuación del representante del Ministerio Público, en este caso el Fiscal de Familia, no sólo se justifica en orden a garantizar la legitimidad y la corrección de la actuación policial, sino básicamente en el deber de resguardar y proteger los derechos de los niños/as y adolescentes víctimas de estos delitos.

3. Instituto de Medicina Legal

Órgano especializado dependiente del Ministerio Público, brinda consultoría y asesoría científica especializada a los órganos fiscal y judicial. Para ello, practica exámenes forenses físicos y de salud mental, así como estudia muestras y realiza los exámenes auxiliares de ayuda al diagnóstico e identificación.

El médico forense y el médico psiquiatra tienen, entre otras funciones, las de realizar el examen clínico y psiquiátrico integral de la víctima y del procesado, describiendo las lesiones y las patologías encontradas.

Los peritos tienen la obligación de concurrir a la ratificación pericial en el caso que lo acuerde el órgano jurisdiccional en el acto de la instrucción o del Juicio Oral.

Según lo establece el artículo 3º de la Ley N° 27055, excepcionalmente, los exámenes médicos pueden ser realizados en los establecimientos del Ministerio de Salud y centros médicos autorizados.

4. Poder Judicial

La potestad de administrar justicia está asignada constitucionalmente al Poder Judicial, a través de los órganos jurisdiccionales (juzgados y salas especializadas) De esta manera, los justiciables obtienen la tutela ordinaria de sus derechos por parte de los órganos jurisdiccionales.¹¹⁶

SÁNCHEZ VELARDE, dice que el Juez Penal tiene como funciones instrumentales básicas las siguientes:¹¹⁷

.2 **Dirección de la instrucción:** Organización y desarrollo del procedimiento, correspondiéndole dirigir y actuar todas las diligencias en las etapas de investigación preliminar y decisorias (intermedia y juzgamiento) del proceso penal.

.3 **Adopción de las medidas cautelares y de protección a las víctimas y testigos:** Las medidas cautelares tiene como objetivo asegurar la presencia del imputado en el proceso y su finalidad, las cuales pueden ser tanto personales (detención, comparecencia simple o restringida, incomunicación) como patrimoniales o reales (embargo, exhibición de documentos, secuestro de documento, lectura de documentos y recojo y conservación de objetos).

Las medidas de protección a las víctimas de delitos sexuales¹¹⁸ y a testigos, cumple el objetivo de garantizar su integridad y lograr la

¹⁶ HURTADO REYES, Martín. *Tutela jurisdiccional efectiva*. Lima, 2006, p. 39.

¹⁷ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima, 2006, pp. 126-128.

¹⁸ El art. 26º de la Ley de Violencia Familiar (Ley N° 26260) faculta a los jueces penales a otorgar medidas de protección a favor de las víctimas de violencia familiar, que incluye la violencia sexual.

consecución de los fines del proceso. En los delitos sexuales, la víctima generalmente es la fuente de prueba más importante para el esclarecimiento de los hechos por lo que debe ser protegida frente a amenazas a su seguridad.

- .4 **Decisión sobre la situación jurídica del imputado y agraviado.** Implican resoluciones que atañen a la situación de los procesados o agraviados, como la declaración de ausencia, la constitución de parte civil, etc.
- .5 **Ejecución de las resoluciones judiciales emanadas de la instancia superior.** Disponiendo el acatamiento de las decisiones emitidas por las instancias superiores en el caso concreto, como internamiento, libertad, captura, devolución de bienes, etc.

5. Defensorías de Oficio

El Sistema Nacional de Defensa de Oficio, dependiente de la Dirección Nacional de Justicia del Ministerio de Justicia, fue creado por Ley N° 27019 del 23 de diciembre de 1998. Este sistema, tiene como objetivo *“proveer el derecho a la defensa gratuita a personas de escasos recursos económicos, así como en los casos en que las leyes procesales lo determinen”*

Este servicio se brinda en sede policial, fiscal y judicial y en todas las especialidades.

El Reglamento de la Ley N° 27019, el Decreto Supremo N° 005-99-JUS, reconoce el derecho de los/as menores de edad agraviados en los delitos contra la libertad sexual a contar de manera obligatoria con un abogado de oficio.

6. El proceso penal en los delitos sexuales contra menores de edad

La investigación y juzgamiento de los delitos sexuales en agravio de menores de edad está conformado por las etapas de investigación preliminar o policial y judicial. El inicio de la investigación preliminar puede darse de oficio, en las situaciones en las que la PNP toma conocimiento de la comisión de un delito, sea por sus propios medios, o por la interposición de denuncias por parte de las víctimas, familiares o terceros.

Durante la investigación preliminar procura la individualización del presunto autor y la determinación de la realidad de los hechos delictivos. El atestado o parte policial, que presenta el resultado de las diligencias y pesquisas realizadas, es remitido al Fiscal Penal para que evalúe la pertinencia o no de formalizar la denuncia penal correspondiente.

Si se formaliza la denuncia, el Juez Penal emite el auto de apertura de instrucción o de no apertura de ésta, según lo establece el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales. Con el auto de apertura de instrucción se da inicio a la fase judicial.

Si se trata de las conductas previstas en el artículo 173° (violación sexual de menor de 14 años), el procedimiento será el ordinario y, si se trata de conductas previstas en el artículo 170° (violación sexual de menor entre 14 y 18 años de edad) o 176°-A (actos contra el pudor), el procedimiento será sumario.

Las diferencias entre uno y otro tipo de procedimiento se establecen con relación a las etapas intermedia y de enjuiciamiento, pues respecto de la fase de instrucción, más allá de los diferentes plazos, no se aprecia diferencia alguna.¹¹⁹

¹¹⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Lima, 2003, p. 1249

El esquema del proceso penal ordinario en los delitos de violación de la libertad sexual, comprende¹²⁰:

3. Denuncia formalizada por el Fiscal Provincial ante el Juez Penal de turno.
4. El Juez Penal abre instrucción (el plazo de la investigación es de 4 meses)
5. La prórroga de la instrucción es por no más de 60 días adicionales (a pedido del Fiscal Provincial, o cuando el Juez lo considere necesario).
6. Concluida la instrucción, el Fiscal Provincial emitirá su dictamen. Aunque la Defensoría señala que no tiene plazo, según lo establece el Artículo 4º del Decreto Legislativo N° 124, del 15 de junio de 1981, el plazo para emitir dictamen es de diez días de concluida la instrucción.
7. Informe del Juez Penal en el término de los 8 días siguientes al dictamen, si hay reo en cárcel, o de 20 si no la hay.
8. Se ponen los autos a disposición de los interesados en el Despacho del Juez por el término de 3 días.
9. Se elevan los autos a la Sala Penal de la Corte Superior.
10. Vista del Fiscal Superior cuyo pronunciamiento se emitirá dentro de 8 días naturales, si hay reo en cárcel y 20 si no la hay.
11. La Sala Penal de la Corte Superior dicta Auto Superior de Enjuiciamiento dentro de los 3 días de recibido el escrito de acusación (con lo cual señala fecha y hora de audiencia, debiendo señalarse el días más próximo posible, después del décimo, contados desde que se dictó dicha resolución.
12. El juicio oral (audiencia)
13. Sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior
14. Recurso de nulidad, lo podrán interponer ese mismo día de la lectura de la Sentencia el Fiscal Superior o el acusado en forma oral o sino al

²⁰ Defensoría del Pueblo: Violencia sexual contra menores de edad en Arequipa. Informe Defensorial N° 52, pág. 49.

día siguiente y sólo por escrito. La parte civil y al día siguiente de leída la sentencia solamente por escrito y únicamente en cuanto al monto de la reparación civil, salvo que se trate de una sentencia absolutoria (arts. 289 y 290 C.P.P)

15. Ejecutoria de la Corte Suprema.

El esquema del proceso penal sumario en los delitos de violación de la libertad sexual, comprende en cambio¹²¹:

1. Denuncia formalizada por el Fiscal Provincial ante el Juez Penal de Turno.
2. El Juez Penal abre instrucción (el plazo de la investigación es de 60 días)
3. La prórroga de la investigación es por no más de 30 días (a pedido del Fiscal Provincial, o cuando el Juez lo considere necesario)
4. El Fiscal Provincial emite dictamen dentro de los 10 días siguientes de concluida la instrucción.
5. Los autos se ponen de manifiesto en la Secretaría del Juzgado por el término de 10 días, plazo común para que los Abogados Defensores presenten los informes escritos que correspondan.
6. Vencido los 10 días, el Juez dictará sentencia con el término de 15 días. (si es condenatoria deberá ser leída en acto público, con citación del Fiscal Provincial, del acusado y su defensor, así como de la parte civil; si es absolutoria simplemente se notificará)
7. Apelación de la Sentencia en el acto mismo de la lectura o en el término de 3 días.
8. Vista del Fiscal Superior cuyo dictamen se emitirá en el término de 8 días si hay reo en cárcel y de 20 días si no la hay.
9. Resolución de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia dentro de los 15 días siguientes del dictamen formulado por el Fiscal Superior.

¹ Defensoría del Pueblo: Op. Cit. pág. 50.

10. Dicha resolución emitida por la Sala Penal de la Corte Superior constituye última instancia, ya que es improcedente el recurso de nulidad en las causas sujetas al procedimiento sumario (D. Leg. 124)

No obstante que las leyes N° 27055 y N° 27115, establecen diversas medidas para que los órganos jurisdiccionales eviten que las víctimas menores de edad de delitos sexuales sean expuestas a un proceso de victimización secundaria durante la actuación probatoria, la intervención de los menores en determinadas actuaciones probatorias puede conllevar la agudización de la aflicción psicológica sufrida con el delito, ya sea mediante el recuerdo reiterado de los hechos o la confrontación con el agresor, entre otras razones.¹²²

Según **CÉSAR SAN MARTÍN**, tales medidas tratan de “*evitar la reiteración de declaraciones de la víctima, que puede redundar en su salud psicológica, sin perjuicio de garantizar una especialización para la realización de dicha diligencia*”.¹²³

La confrontación con el agresor se dará únicamente si la víctima lo solicita, siendo indispensable no solo la presencia del abogado defensor, sino de los padres o familiares del menor. Ello, tiene como fundamento la naturaleza de la diligencia de debate y enfrentamiento entre dos partes en el proceso, momento en la cual el menor se encuentra en situación de vulnerabilidad, por su corto desarrollo físico y psíquico y, además, porque frente a su agresor puede inhibirse la manifestación de voluntad, lo que debe ser adecuadamente valorado por el juez.

²² Defensoría del Pueblo: *La aplicación de la justicia penal ante casos de violencia sexual perpetrados contra niñas, niños y adolescentes*. Informe Defensorial N° 126, Adjuntía para la Niñez y la Adolescencia. Lima. Noviembre de 2007. Págs. 109 y 110.

²³ SAN MARTÍN CASTRO, César. “El procedimiento penal por delitos sexuales en el Perú”, en: *Anuario de Derecho Penal*, N° 1999-2000, Lima, 2001, p. 310.

El artículo 218° del CPP y el numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27115 disponen, sin excepción alguna, la reserva absoluta de las actuaciones judiciales en todas las etapas del proceso, con la finalidad de evitar los efectos de una victimización secundaria, en especial la estigmatización de las víctimas de este delito. Por esta medida, deben reservarse no sólo los nombres, sino también los demás datos que hagan posible determinar su identidad personal. Sin embargo, en atención al derecho de defensa, dicha reserva no surte efectos respecto al imputado.

El artículo 3.2 de la Ley N° 27115, establece que el examen médico legal de la víctima de violación sexual se practicará, previo consentimiento de ésta, por el médico del servicio con la asistencia de un profesional auxiliar, por la injerencia en el cuerpo y partes íntimas de las/los agraviados que implica.

No obstante, en el caso de las niñas, los niños y los adolescentes, es obligatorio para el Fiscal de Familia ordenar la evaluación tanto clínica como psicológica de la víctima.

2.19.2 LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA PALABRA DE LA VÍCTIMA

En cuanto a la valoración de la prueba existen dos modelos¹²⁴:

- a. Modelo de la teoría legal (o formal) que se cifra en las disposiciones procesales que prescriben las reglas para valorar las pruebas, que aparecen consignadas en los textos legislativos.
- b. Modelo de la teoría de libre valoración, también llamado de la íntima convicción del juez, donde los requisitos de aceptación de las pruebas no aparecen estipulados en disposiciones legales

¹²⁴ IGARTUA SALAVERRIA, JUAN: *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, ed. Tirant lo blanch, Valencia 1995, p. 32.

Las pruebas suministradas por el acusador deben ser adecuadamente valoradas por el Juez Penal, quien debe llegar a la certeza libremente, además de indagar de oficio, en las etapas de instrucción como en el juicio oral.

En materia procesal penal, la actividad probatoria es de tres tipos:

- a) Sistema Inquisitivo.- Cuando está confiada a una sola persona,
- b) Sistema Acusatorio.- Cuando está confiada a órganos distintos y separados, y
- c) Sistema Mixto.- Cuando ambos Sistemas se combinan.

Conforme al artículo 14° del Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, *“Sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejercite, así como en los casos de faltas disciplinarias que denuncie. Los jueces y demás funcionarios públicos, sin perjuicio de las atribuciones que al respecto les otorga la ley, citarán oportunamente, bajo responsabilidad, al Fiscal que actúe en el proceso de que conocen a sus diligencias fundamentales y a las de actuación de pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes u ordenadas de oficio. También será notificado dicho Fiscal con las resoluciones que se expidan en el proceso, bajo pena de nulidad.”*

Corresponde al Juez Especializado en lo Penal la facultad para ordenar la actuación de pruebas que considere necesarias para el mejor esclarecimiento de los hechos. Asimismo, en la etapa de Juzgamiento, la Sala puede disponer la actuación de algunas pruebas, del mismo modo en que las partes pueden ofrecer la declaración de nuevos testigos o solicitar una nueva pericia hasta 3 días antes de la iniciación del Juicio Oral.

Dice **BORREL**¹²⁵, “*Los delitos sexuales pueden demandar diversos tipos de pericias y suponen una profunda interacción entre ellas. Pero una característica de la mayoría de los casos de delitos sexuales es que no existe evidencia física ni tampoco la presencia de testigos, por lo que las pericias tanto psicológicas como psiquiátricas adquieren un valor significativo.*”

Entre las pericias físicas o corporales debemos, este autor señala:

- Análisis de sangre, grupo sanguíneo
- Bioquímico (ADN, espermiograma, fosfatasa ácida)
- Pericias de sexología forense, lesionología y laboratorio forense (ETS)

Agrega que las Pericias Psicológicas y Psiquiátricas, tiene como finalidad obtener suficiente calidad y cantidad de información como para conjeturar o refutar una teoría de caso, respecto a:

1. Evaluar aspectos relevantes del funcionamiento psicológico de la víctima que guarden relación de sentido con el delito.
 - Presencia de trastornos psicológicos de base
 - Análisis de personalidad
 - Valoración de la terapéutica y del pronóstico
 - Desarrollo neuropsicológico/cognitivo
2. Evaluar credibilidad y validez del testimonio
3. Evaluar la(s) consecuencia(s) (o secuela) psicológica(s) asociada(s) al hecho denunciado (Evaluación de daño)

La imagen del niño como testigo o víctima atraviesa una particular problemática, debido a que tradicionalmente su testimonio se ha considerado poco creíble por su tendencia a la fantasía, a las posibilidades de sugestionabilidad, su dificultad para distinguir entre lo real y lo ficticio y, por tanto, con tendencia intencionada o ingenua a la falsedad en su declaración, llegando incluso a sostener la posibilidad de una mitomanía infantil justificada por el hecho de llamar la atención de los adultos, además de

¹²⁵ BORRELL, RAÚL: El Testimonio en el Proceso Laboral, <http://www.fide.com.pe/PaneldeAdministracion2/Programas/AdminContenidos/Descargas/ MLEG1.pdf>

atribuirse poca credibilidad al niño porque su inteligencia y memoria se encuentran en proceso de maduración, siendo por ello cognoscitivamente incompetente para declarar, posturas que han contribuido para que el sistema judicial minusvalore el testimonio infantil.

Sin embargo, un estudio llevado a cabo por **BUSSEY** y **GRIMBEEK** (2000) ha establecido que desde los 4 años, los niños comprenden la diferencia entre la mentira y la verdad y poseen suficiente capacidad para participar efectivamente en el sistema legal, lo cual ha contribuido a aumentar la credibilidad de los menores en el testimonio infantil.

TRANKEL, fue el primero en brindar dos claves por las que se debería evaluar la credibilidad del testimonio: el criterio de realidad (las declaraciones reales tiene un mayor número de detalles periféricos que las falsas) y el criterio de secuencia (declaraciones verdaderas presentan modificaciones en aspectos periféricos como momento del día y la duración del incidente)

La Psicología ha desarrollado el Análisis de Contenido Basado en Criterios (Criteria-Based Content Análisis - CBCA), que es un instrumento que busca evaluar el grado de credibilidad de los testimonios de niños y niñas víctimas de abuso sexual, y tiene su antecedente teórico en las proposiciones de **ARNE TRANKEL** y en lo que se ha llamado hipótesis de **UNDEUTSCH**.

La técnica parte del principio del análisis de declaraciones basado en criterios es que *“...aquellas basadas en observaciones de sucesos reales (experimentados) se diferencian, en cuanto a la calidad, de las declaraciones que no están basadas en la experiencia directa sino que son el producto de la fantasía y la invención. Los criterios de realidad*

*o de contenido reflejan características específicas que diferencian los testimonios verdaderos de los inventados.”*¹²⁶

La técnica comprende cinco categorías principales con 19 criterios individuales:

- **Criterio 1. Estructura lógica:** Los testimonios se evalúan teniendo en cuenta su consistencia lógica y/o homogeneidad contextual (coherencia contextual), los detalles contextuales pueden combinarse como un todo, sin ninguna discrepancia o inconsistencia, con una coherencia organizada e integrada en la que los contenidos del testimonio son también consistentes.
- **Criterio 2. Elaboración inestructurada:** Este criterio tiene sentido, sólo cuando se trabaja con declaraciones en las que el testigo ha ofrecido un relato libre del suceso, sin la interferencia de excesiva estructura inducida por el interrogatorio directo del entrevistador. Un estilo expresivo sin barreras y que produce una presentación inestructurada se considera signo de validez de un relato. No obstante, si la declaración muestra inconsistencias que no pueden resolverse en el contexto de la declaración global, viola la estructura lógica (criterio 1), que indica la falta de credibilidad de la declaración.
- **Criterio 3. Cantidad de detalles:** Un gran número de detalles en una declaración es una indicación de credibilidad porque es imposible para la mayoría de los testigos adornar un testimonio falso con numerosos detalles. Se evalúan partes específicas del testimonio en cuanto a la presencia y fuerza de ciertos tipos de descripciones.
- **Criterio 4. Engranaje contextual:** Los sucesos reales deben tener una base temporal y espacial.

¹²⁶

TAPIAS , ÁNGELA - AGUIRRE, OLGA LUCIA - MONCADA, ANDREA - TORRES, ALEJANDRA: Validación de la técnica "Análisis de Contenido Basado en Criterios" para evaluar la credibilidad del testimonio en menores presuntas víctimas de delitos sexuales, que asisten a la Unidad Local de Atención al Menor (ULAM) del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en Bogotá.

- ***Criterio 5. Descripción de interacciones:*** Cadena de acciones mutuas y reacciones del testigo y de la persona a quienes refiere el testimonio, principalmente en aquellos actos y discusiones que son mutuamente dependientes y que se relatan con fluidez. Es suficiente que el niño describa las interacciones, incluso en forma torpe o extraña.
- ***Criterio 6. Reproducción de la conversación:*** Se cumple especialmente cuando el relato incluye el vocabulario y el lenguaje del autor del delito, el cual generalmente es atípico para la edad del testigo. El relato debe crear la impresión de que el testigo volvió a experimentar el contexto verbal de la situación al hacer la declaración.
- ***Criterio 6. Reproducción de la conversación:*** Se cumple especialmente cuando el relato incluye el vocabulario y el lenguaje del autor del delito, el cual generalmente es atípico para la edad del testigo. El relato debe crear la impresión de que el testigo volvió a experimentar el contexto verbal de la situación al hacer la declaración.
- ***Criterio 7. Complicaciones inesperadas durante el incidente:*** El ámbito de estas complicaciones puede incluir, bien una interrupción imprevista, o bien alguna dificultad para la finalización espontánea del suceso antes de su terminación lógica. Se tratan ejemplos concretos de una declaración, los cuales aumentan la calidad de su contenido y que pueden encontrarse en distintas partes de la declaración.
- ***Criterio 8. Detalles inusuales:*** Una declaración puede ser concreta y vívida por el relato de detalles inusuales o únicos, como la aparición de detalles extraños que no son claramente reales. Los detalles inusuales tienen baja probabilidad de ocurrencia, y no se espera que aparezcan en acusaciones inventadas.
- ***Criterio 9. Detalles superfluos:*** Los detalles que no son esenciales para la acusación pero que el testigo describe en conexión con las alegaciones, pueden considerarse signos de la validez de una declaración.
- ***Criterio 10. Incomprensión de detalles relatados con precisión:*** Este criterio se cumple si el niño relata acciones u ofrece detalles que él no comprende pero el entrevistador sí.

- **Criterio 11. Asociaciones externas relacionadas:** Una asociación externa relacionada está presente cuando el testigo relata conversaciones que se refieren a otros sucesos, de tal modo que cada uno de los relatos dados contiene un engranamiento traslapado de al menos dos relaciones.
- **Criterio 12. Relatos del estado mental subjetivo:** Este criterio incluye la descripción de sentimientos, como miedo o asco, y de cogniciones, como pensar en escapar mientras el suceso ocurría. Destaca también el valor de los relatos sobre la evaluación de las emociones y sus cambios durante el curso de los acontecimientos.
- **Criterio 13. Atribución del estado mental del autor del delito:** Los estados mentales y motivos que el narrador atribuye al supuesto autor son signos de credibilidad de un relato, así como las descripciones de reacciones afectivas y estados fisiológicos del autor del delito como criterio de realidad. Se refiere a la motivación del niño para hacer una declaración o una alegación. Esta información ofrece la oportunidad de concluir sobre la posible motivación del niño para hacer una acusación falsa.
- **Criterio 14. Correcciones espontáneas:** Corregirse a uno mismo de forma espontánea durante una entrevista u ofrecer recursos nuevos o aclaratorios, se considera una característica a favor de la credibilidad de una declaración o al menos cuestionan un relato completamente ficticio o uno influenciado por una tercera persona.
- **Criterio 15. Admitir falta de memoria:** Se supone que las personas que dan testimonios falsos de forma deliberada responderán a las preguntas, antes que admitir una falta de memoria de ciertos detalles. Admitirlo se considera signo de credibilidad.
- **Criterio 16. Plantear dudas sobre el propio testimonio:** El plantear objeciones a la corrección del propio testimonio es también un indicio de la credibilidad de la declaración. Puede suponerse que una persona que está intentando parecer creíble cuando hace una declaración falsa, no se inclinará a plantear dudas sobre la veracidad de su alegación.
- **Criterio 17. Auto - desaprobación:** La auto-acusación del testigo debido a una actitud autocrítica sobre su propia conducta frente al delito y/o agresor

favorece la credibilidad de éste. Esta confesión de conducta inapropiada o errónea no se espera en el testimonio engañoso que pretende incriminar falsamente al acusado.

- ***Criterio 18. Perdón al autor del delito:*** Si una declaración tiende a favorecer al acusado, o si el testigo no hace uso de posibilidades para otras incriminaciones, se considera una indicación de la veracidad del relato. Los elementos del relato que no se relacionan con la vivencia general de la declaración, pero que normalmente sí lo hacen con el crimen deben evaluarse específicamente.
- ***Criterio 19. Detalles característicos de la ofensa:*** Este criterio está basado en hallazgos empíricos criminológicos sobre el curso típico y características de crímenes sexuales específicos. El acuerdo entre el testimonio y las características conocidas de las ofensas se toma como indicador de la veracidad del relato.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La investigación es de tipo explicativo. Es básica porque pretende aclarar conceptos y dogmas que rodean al bien jurídico de la indemnidad sexual. Pretende ser aplicada porque persigue ser útil a la sociedad. El método es Histórico porque se basa en hechos ya producidos y es causal porque la variable independiente es causa de la variable dependiente.

3.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño empleado se da a través de la operacionalización de variables:

VARIABLE INDEPENDIENTE	VARIABLE DEPENDIENTE
Hostigamiento Sexual contra Menores	Tipificación Penal

H = Hipótesis: Necesidad de tipificación penal del hostigamiento sexual contra menores

VI = Variable Independiente

VD = Variable Dependiente

p = Menores de catorce años

q = Sometimiento de la víctima a hostigamiento

Donde:

VI \rightarrow VD

Siendo que:

VI = p + q

Entonces:

p + q \rightarrow VD

Operacionalización:

menores de catorce años + sometimiento de la víctima \rightarrow necesidad de tipificación

penal

(+) p + q → (+) VD

Operacionalización:

mayor cantidad de niños menores de 14 años + sometimiento de la víctima → mayor necesidad de tipificación penal.

3.3. POBLACION Y MUESTRA

3.3.1. POBLACIÓN

La población está compuesta por la totalidad de Magistrados de los Juzgados Penales y de Familia, de las Salas Penales, de las Fiscalías Provinciales Penales y de Familia, y Fiscalías Superiores Penales y de Familia del Distrito Judicial de Lima.

3.3.2. MUESTRA

La muestra fue elegida aleatoriamente de la totalidad de la población en una ratio constante de dos a uno.

Para la selección de la muestra, cada instancia fue considerada como un estrato, de los cuales se tomó una muestra de ciento cuarenta y cuatro (144) Magistrados, de modo que tenemos:

N_1 = Jueces Penales y de Familia del Distrito Judicial de Lima.

N_2 = Vocales Superiores del Distrito Judicial de Lima.

N_3 = Fiscales Provinciales y Adjuntos Penales y de Familia del Distrito Judicial de Lima

N_4 = Fiscales Superiores Penales y de Familia del Distrito Judicial de Lima

Para efectos de la muestra (n):

n_1 = Muestra de Jueces Penales y de Familia del Distrito Judicial de Lima (Estrato 1)

n_2 = Muestra de Vocales Superiores Penales del Distrito Judicial de Lima (Estrato 2)

n_3 = Muestra de Fiscales Provinciales y Adjuntos, Penales y de Familia del Distrito Judicial de Lima (Estrato 3)

n_4 = Muestra de Fiscales Superiores Penales y de Familia del Distrito Judicial de Lima (Estrato 4)

El tamaño de la muestra (n), entonces, está compuesto por:

$$n_1 + n_2 + n_3 + n_4$$

Para la obtención de la muestra, utilizamos la siguiente fórmula:

$$\frac{n}{N} = \frac{x}{N_1}$$

Donde:

N = Población

n = Tamaño de la muestra

N_1, N_2, N_3, N_4 = Población de cada uno de los estratos

Aplicando la fórmula, obtenemos que la muestra estará constituida de la siguiente manera:

Jueces Penales y de Familia	100	=	x	=	7800	=	
	200	=	78	=	200	=	39
Vocales Superiores	100	=	x	=	3000	=	
	200	=	30	=	200	=	15
Fiscales Provinciales y Adjuntos	100	=	x	=	15600	=	
	200	=	156	=	200	=	78
Fiscales Superiores y Adjuntos	100	=	x	=	2400	=	
	200	=	24	=	20	=	12
TOTAL DE LA MUESTRA							144

Es decir:

Muestra de Jueces Penales y de Familia

de la Corte Superior de Lima (n ₁)	=	39
Muestra de Vocales Superiores		
de la Corte Superior de Lima (n ₂)	=	15
Muestra de Fiscales Provinciales y Adjuntos,		
Penales y de Familia del Distrito Judicial de Lima (n ₃)	=	78
Muestra de Fiscales Superiores y Adjuntos,		
Penales y de Familia del Distrito Judicial de Lima (n ₄)	=	12

TOTAL **144**

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS EN LA RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN

- Se ha recurrido a la técnica de encuestas para obtener información de la concepción jurídica de los magistrados. También se ha utilizado la técnica de Análisis de Datos jurisprudenciales, doctrinales y legales.
- Los instrumentos utilizados fueron los cuestionarios de las encuestas, las sentencias judiciales, libros, páginas virtuales y los cuadros estadísticos.

3.5. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

A. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Campaña Interagencial contra la Violencia hacia las Mujeres y las Niñas (UNIFEM - PNUD - UNICEF - FNUAP - CEPAL - ACNUR - ONU-SIDA - UNHCHR) Proyecto Regional RLA/97/014, Informes Nacionales sobre la Situación de la Violencia de Género contra las Mujeres. INFORME NACIONAL PERU, JUNIO 1999.

El objetivo general de este proyecto del PNUD consiste en la preparación de una serie de Informes Nacionales que recopilen, sistematicen, analicen y ofrezcan información actualizada sobre la situación de la violencia de género contra las mujeres en los diversos países, de manera tal, que oriente futuras acciones en este campo. Los objetivos específicos del proyecto son:

- a. Sistematizar la información disponible sobre la situación de violencia de género contra las mujeres en los diferentes países de la región, de acuerdo a un conjunto de indicadores y un formato diseñado por la Coordinación del Proyecto, de tal forma, que sea posible, con posterioridad, contar con una visión regional a partir de información nacional homologable.
 - b. Colaborar con el mandato de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la Violencia contra las Mujeres, en la recopilación de información relevante sobre la materia.
 - c. Brindar información actualizada que permita conocer los avances logrados en los diferentes países en el cumplimiento de la Plataforma de Acción acordada en Beijing (1995).
 - d. Visibilizar los vacíos y limitaciones en las respuestas institucionales y sociales al problema de la violencia de género contra las mujeres, detectados a partir del análisis de las experiencias en marcha en los países.
 - e. Brindar orientaciones propositivas concretas para futuras acciones para la prevención, atención y erradicación de la violencia de género contra las mujeres en cada país y a nivel regional.
 - f. Documentar buenas prácticas o experiencias exitosas (actitudes, procedimientos, metodologías y acciones personales e institucionales adecuadas) en el abordaje del tema de la violencia de género contra las mujeres.
- B. Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, Hostigamiento sexual. Marco nacional e internacional, diciembre de 2003.
- C. Delitos contra el pudor, la integridad y la libertad sexual, Módulo 3, http://www.aeci.es/genero/4iberoamerica/listados/panama/modulo_III.pdf
- D. Módulo instruccional elaborado como parte del desarrollo del proyecto denominado “Agilización de Procesos Judiciales y Administrativos para víctimas de violencia doméstica, maltrato y abuso sexual y para menores infractores” en la república de Panamá.
- E. En Lima, según el Movimiento Manuela Ramos, se registraron en 1996 un promedio de 38 denuncias mensuales por delitos de violación contra la libertad sexual de las cuales el 58.8% fueron cometidos contra niños y niñas entre los 7 y

14 años. El 45.6% de esas agresiones se produjo en la casa de la víctima y el 30.6% en casa del agresor.

- F. Según la primera Encuesta de Hogares sobre Victimización en Lima Metropolitana, realizada sobre 8.000 personas entre los 12 y más años, la violación representa la segunda causa de agresión más frecuente con un 75.9% seguida del intento de abuso sexual con un 65.1%.
- G. Según datos proporcionados por el Ministerio Público en 1997 se registraron 758 casos por delito de violación a la libertad sexual, 20.9% más que en 1996, cuando se registraron 599 casos. En 1998, en el periodo de enero a octubre, se registraron 528 casos, aproximadamente 53 registros por mes.
Estudios nacionales revelan que el 90% de las niñas madres entre 12 y 16 años de edad han sido violadas por parte de algún miembro de su propia familia.
- H. Proyecto de Investigación-Acción Prevención del Hostigamiento Sexual En La Universidad De Costa Rica (investigación), [http:// www. ciem. ucr. ac. cr/ docs/ PROYECTO%20PREVENCION%20DEL%20HOSTIGAMIENTO%20SEXU
AL.doc](http://www.ciem.ucr.ac.cr/docs/PROYECTO%20PREVENCION%20DEL%20HOSTIGAMIENTO%20SEXUAL.doc)

Objetivo General:

Determinar cuantitativa y cualitativamente cuáles son los conocimientos, actitudes y prácticas de la comunidad universitaria sobre el hostigamiento sexual como fenómeno social, y sus implicaciones para la vida universitaria.

Objetivos Específicos:

- a. Diagnosticar y analizar conocimientos, actitudes y prácticas relativas al hostigamiento sexual como fenómeno social en la Universidad, así como las políticas para su oportuna y eficaz prevención.
- b. Diseñar perfiles de las personas agresoras y sobrevivientes por ámbitos y condiciones en los que ocurre el acoso sexual.
- c. Detectar las necesidades de información, asesoría y orientación integral y asistencia técnica de la población y unidades universitarias, para prevenir eficaz y oportunamente los problemas de acoso sexual en el empleo, la docencia, la investigación y la acción social.

- d. Concientizar a la comunidad universitaria sobre la importancia de reconocer, denunciar y enfrentar el acoso sexual como un problema de violencia y discriminación por género.
-
- I. Monitoreo Global de las acciones en contra de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, Guatemala. Informe con la asistencia económica de la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (SIDA) y del Ministerio de Relaciones Exteriores del Gran Ducado de Luxemburgo, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Francia, Groupe Développement y ECPAT Luxemburgo.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

RESULTADOS DE LA ENCUESTA A MAGISTRADOS. TRATAMIENTO ESTADÍSTICO

1.1.- OPINIÓN DE LOS JUECES PENALES Y DE FAMILIA

ENCUESTA N° 01

N°	AFIRMACIONES	T.A.	D.A.	E.D.	T.D.	TOT.
1	Existen diferencias valorativas entre el hostigamiento sexual dirigido a adultos frente al que se produce contra menores de edad.	50%	50%	0%	0%	100%
2	El hostigamiento sexual contra menores es una conducta típica, antijurídica y culpable.	12%	46%	21%	21%	100%
3	El hostigamiento sexual dirigido contra menores, debe excluirse de la ley de la materia e incorporarse en el Código Penal como delito autónomo.	12%	56%	26%	6%	100%
4	El uso de términos de naturaleza o connotación sexual (escritos o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima, deben penalizarse cuando se dirigen contra menores.	38%	53%	9%	0%	100%
5	La sanción administrativa impuesta a docentes hostigadores sexuales dificulta la sanción penal cuando se produce el proceso penal.	6%	56%	38%	0%	100%
6	Existe una sobre abundancia normativa de índole administrativa en materia sexual contra menores.	6%	67%	18%	9%	100%
7	Existe escasa posibilidad de sanción penal para un docente ya sancionado en la vía administrativa por hostigamiento sexual contra menores.	9%	56%	29%	6%	100%
8	La acción penal debe llevarse a cabo en todo acto que lesione la indemnidad sexual contra menores.	9%	85%	6%	0%	100%
9	Existen vacíos en la legislación penal que imposibilitan, o por lo menos dificultan, la sanción a hostigadores sexuales contra menores.	12%	82%	6%	0%	100%

Nº	AFIRMACIONES	T.A.	D.A.	E.D.	T.D.	TOT.
10	El hostigamiento sexual contra menores no puede considerarse como falta grave de carácter disciplinario, sino como delito cuya calificación corresponde al Ministerio Público.	38%	56%	6%	0%	100%
11	De sancionarse en la vía penal a los hostigadores sexuales contra menores, las penas deben ser severas.	29%	65%	6%	0%	100%
12	El juzgamiento de delitos exige por parte del magistrado la aplicación de criterios de los que carecen los funcionarios administrativos para evaluar adecuadamente y sancionar el llamado hostigamiento sexual contra menores.	44%	56%	0%	0%	100%
13	Deben derogarse y/o limitarse las disposiciones administrativas que intentan sancionar actos que lesionan bienes jurídicos protegidos de niños y adolescentes.	18%	61%	21%	0%	100%
14	Las disposiciones administrativas que pretenden sancionar actos contra la indemnidad sexual de menores, sólo contribuyen a hacer más confuso el panorama para su debida sanción.	18%	64%	18%	0%	100%
15	Las sanciones administrativas a los hostigadores sexuales no sólo no son oportunas, sino que tampoco guardan relación con la gravedad del hecho.	21%	70%	6%	3%	100%
16	Las sanciones administrativas violan diversos principios procesales, como los de: legalidad, debido proceso y proporcionalidad.	6%	79%	12%	3%	100%
17	La sanción administrativa del llamado hostigamiento sexual contra menores, muchas veces ignora el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.	21%	76%	3%	0%	100%
18	El hostigamiento sexual contra menores, constituye en realidad un ultraje violento contra la indemnidad sexual de niños y adolescentes.	21%	76%	3%	0%	100%
19	El hostigamiento sexual contra menores, al igual que el abuso sexual, deja huellas en la personalidad de niños y adolescentes que afectan su estabilidad emocional y vida futura.	26%	74%	0%	0%	100%
20	El hostigamiento sexual contra menores, casi siempre, se caracteriza por propuestas de favores con significado sexual.	9%	82%	9%	0%	100%
21	Los hostigadores sexuales tienden a repetir sus conductas lesivas ya sea con el mismo sujeto o con otros si no son detenidos a tiempo.	15%	85%	0%	0%	100%
22	Las sanciones impuestas a docentes hostigadores, en su mayoría, quedan en la vía administrativa, siendo pocas las denuncias que llegan al Ministerio Público y, por ende, al Poder Judicial.	26%	65%	9%	0%	100%
23	El hostigamiento sexual contra menores, tal como se describe en la ley de la materia contiene elementos típicos establecidos en el Código Penal.	21%	49%	24%	6%	100%

LEYENDA:

T.A. = Totalmente de Acuerdo

D.A.= De Acuerdo

E.D.= En Desacuerdo

T.D.= En Total Desacuerdo

ENCUESTA N° 1

TABLA N° 1

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES DEBE CONSIDERARSE COMO DELITO CUYA CALIFICACION CORRESPONDE AL MINISTERIO PUBLICO

OPINIONES	%
DE ACUERDO	50%
TOTALMENTE DE ACUERDO	50%
EN DESACUERDO	0%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

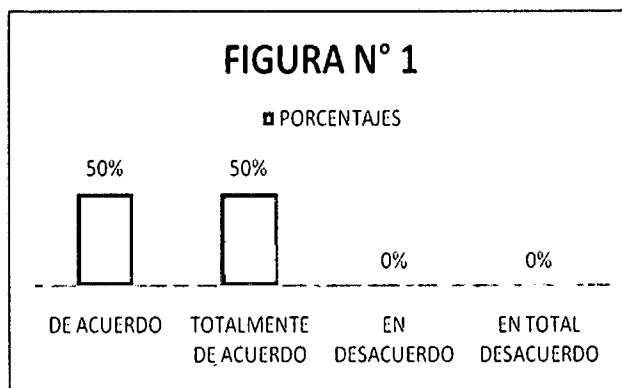


TABLA N° 2

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES ES UNA CONDUCTA TIPICA ANTIJURIDICA Y CULPABLE

OPINIONES	%
DE ACUERDO	46%
TOTALMENTE DE ACUERDO	12%
EN DESACUERDO	21%
EN TOTAL DESACUERDO	21%
TOTAL	100%

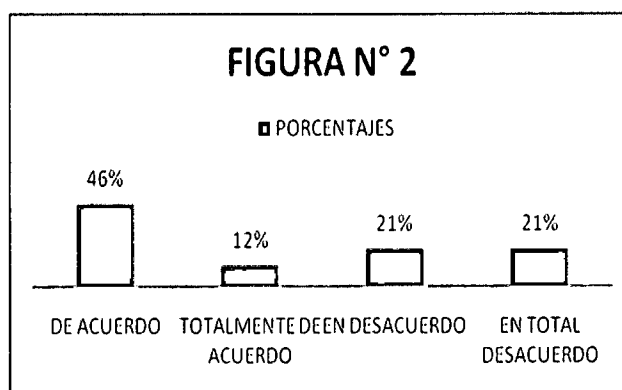


TABLA N° 3

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL DIRIGIDO CONTRA MENORES, DEBE EXCLUIRSE DE LA LEY DE LA MATERIA E INCORPORARSE EN EL CODIGO PENAL COMO DELITO AUTONOMO

OPINIONES	%
DE ACUERDO	56%
TOTALMENTE DE ACUERDO	12%
EN DESACUERDO	26%
EN TOTAL DESACUERDO	6%
TOTAL	100%

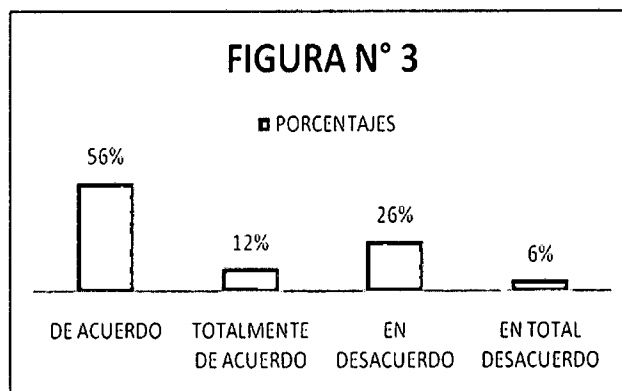


TABLA N° 4

EL USO DE TERMINOS DE NATURALEZA O CONNOTACION SEXUAL QUE RESULTEN INSOPORTABLES, HOSTILES, HUMILLANTES U OFENSIVOS PARA LA VICTIMA, DEBEN PENALIZARSE CUANDO SE DIRIGEN CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	53%
TOTALMENTE DE ACUERDO	38%
EN DESACUERDO	9%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

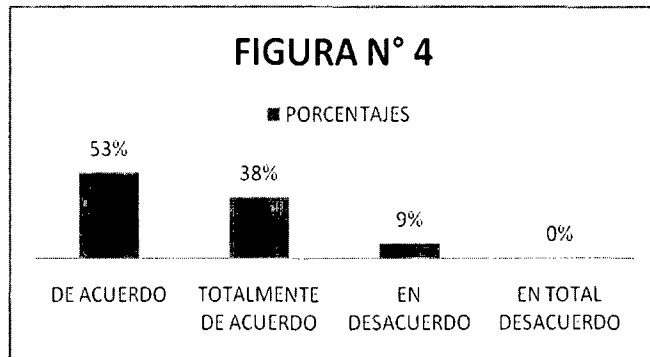


TABLA N° 5

LA SANCION ADMINISTRATIVA IMPUESTA A DOCENTES HOSTIGADORES SEXUALES DIFICULTA LA SANCION PENAL CUANDO SE PRODUCE EL PROCESO PENAL

OPINIONES	%
DE ACUERDO	56%
TOTALMENTE DE ACUERDO	6%
EN DESACUERDO	38%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

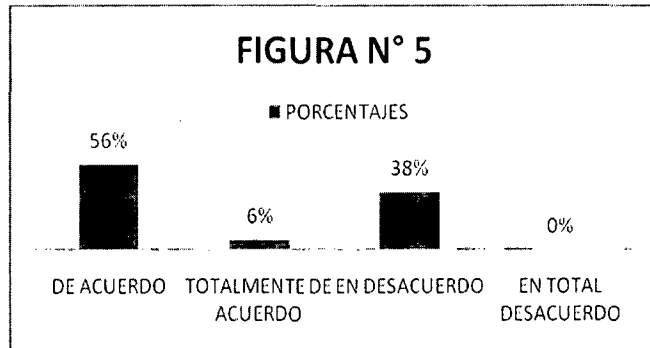


TABLA N° 6

SOBRE ABUNDANCIA NORMATIVA DE INDOLE ADMINISTRATIVA EN MATERIA SEXUAL CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	67%
TOTALMENTE DE ACUERDO	6%
EN DESACUERDO	18%
EN TOTAL DESACUERDO	9%
TOTAL	100%

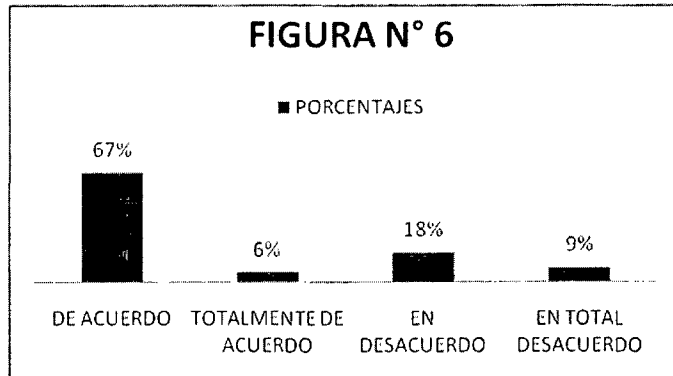


TABLA N° 7

ESCASA POSIBILIDAD DE SANCION PENAL PARA UN DOCENTE YA SANCIONADO EN LA VIA ADMINISTRATIVA POR HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	56%
TOTALMENTE DE ACUERDO	9%
EN DESACUERDO	29%
EN TOTAL DESACUERDO	6%
TOTAL	100%

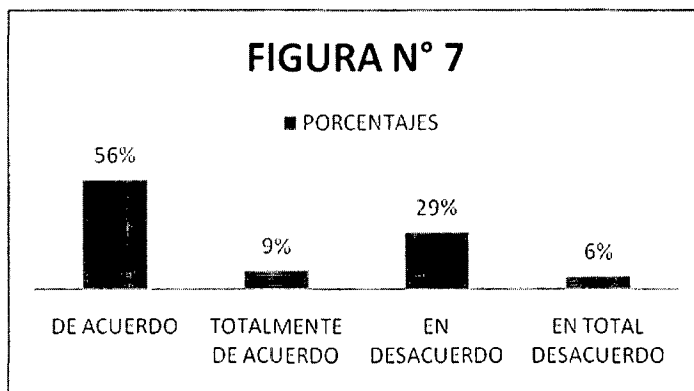


TABLA N° 8

LA ACCION PENAL DEBE LLEVARSE A CABO EN TODO ACTO QUE LESIONE LA INDEMNIDAD SEXUAL CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	85%
TOTALMENTE DE ACUERDO	9%
EN DESACUERDO	6%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

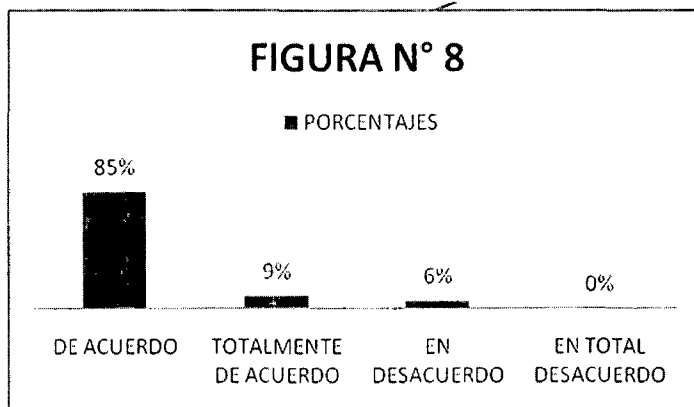


TABLA N° 9

EXISTEN VACIOS EN LA LEGISLACION PENAL QUE IMPOSIBILITAN, O POR LO MENOS DIFICULTAN, LA SANCION A HOSTIGADORES SEXUALES CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	82%
TOTALMENTE DE ACUERDO	12%
EN DESACUERDO	6%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

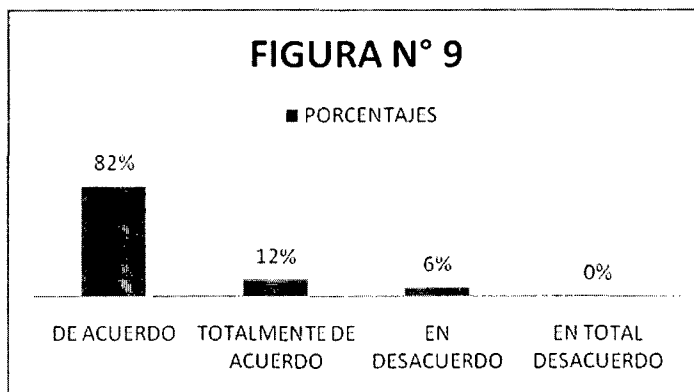


TABLA N° 10
EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES NO PUEDE CONSIDERARSE COMO FALTA GRAVE DE CARÁCTER DISCIPLINARIO, SINO COMO DELITO CUYA CALIFICACION CORRESPONDE AL MINISTERIO PUBLICO

OPINIONES	%
DE ACUERDO	56%
TOTALMENTE DE ACUERDO	38%
EN DESACUERDO	6%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

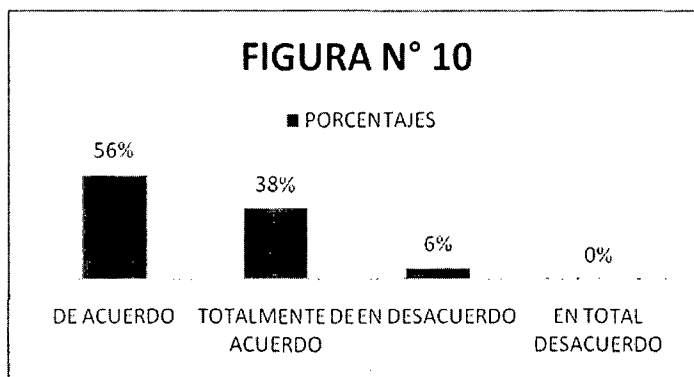


TABLA N° 11
DE SANCIONARSE EN LA VIA PENAL A LOS HOSTIGADORES SEXUALES CONTRA MENORES, LAS PENAS DEBEN SER SEVERAS

OPINIONES	%
DE ACUERDO	65%
TOTALMENTE DE ACUERDO	29%
EN DESACUERDO	6%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

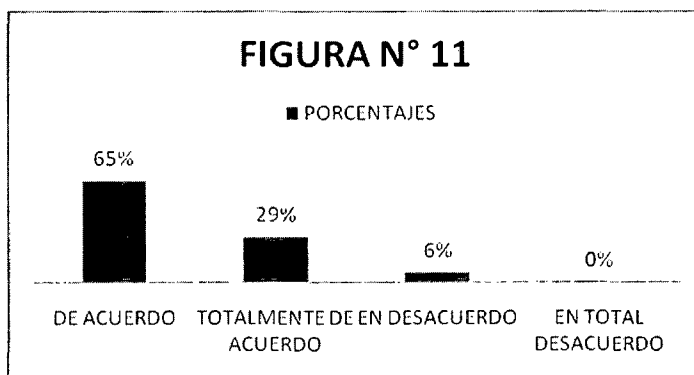


TABLA N° 12
EL JUZGAMIENTO DE DELITOS EXIGE POR PARTE DEL MAGISTRADO LA APLICACIÓN DE CRITERIOS DE LOS QUE CARECEN LOS FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS PARA EVALUAR ADECUADAMENTE Y SANCIONAR EL LLAMADO HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	56%
TOTALMENTE DE ACUERDO	44%
EN DESACUERDO	0%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

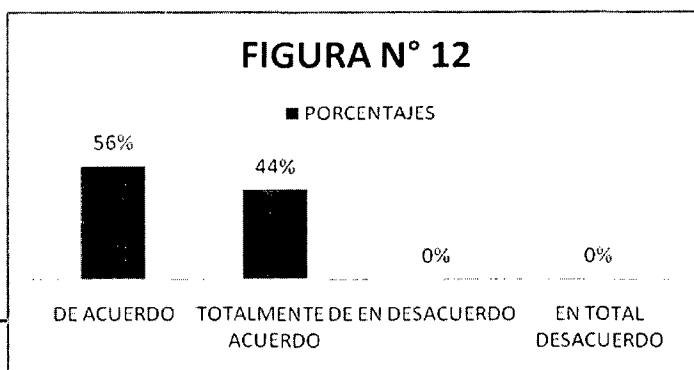


TABLA N° 13

DEBEN DEROGARSE Y/O LIMITARSE LAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS QUE INTENTAN SANCIONAR ACTOS QUE LESIONAN BIENES JURIDICOS PROTEGIDOS DE NIÑO Y ADOLESCENTES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	61%
TOTALMENTE DE ACUERDO	18%
EN DESACUERDO	21%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

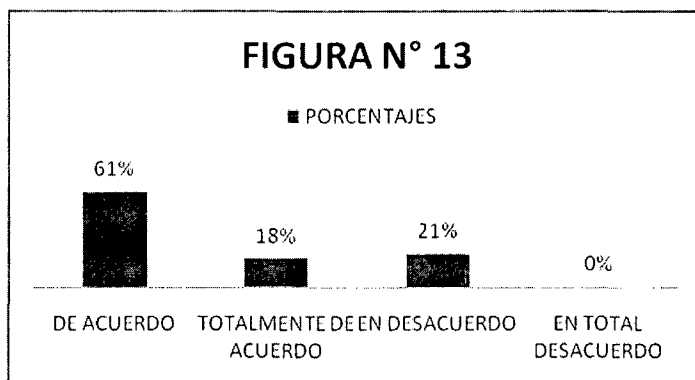


TABLA N° 14

LAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS QUE PRETENDEN SANCIONAR ACTOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL DE MENORES, SOLO CONTRIBUYE A HACER MAS CONFUSO EL PANORAMA PARA SU DEBIDA SANCION

OPINIONES	%
DE ACUERDO	64%
TOTALMENTE DE ACUERDO	18%
EN DESACUERDO	18%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

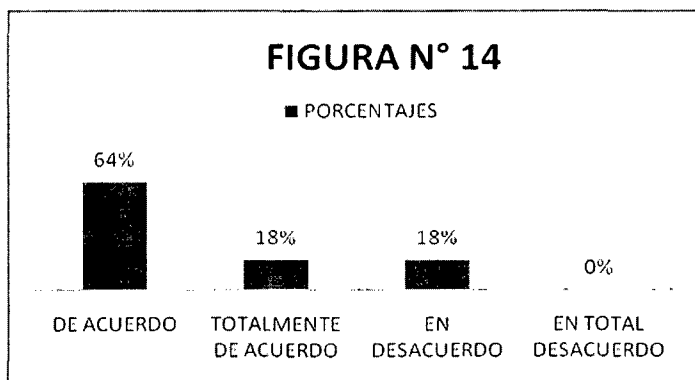


TABLA N° 15

LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS A LOS HOSTIGADORES SEXUALES NO SOLO SON OPORTUNAS, SINO QUE TAMPOCO GUARDAN RELACION CON LA GRAVEDAD DEL HECHO

OPINIONES	%
DE ACUERDO	70%
TOTALMENTE DE ACUERDO	21%
EN DESACUERDO	6%
EN TOTAL DESACUERDO	3%
TOTAL	100%

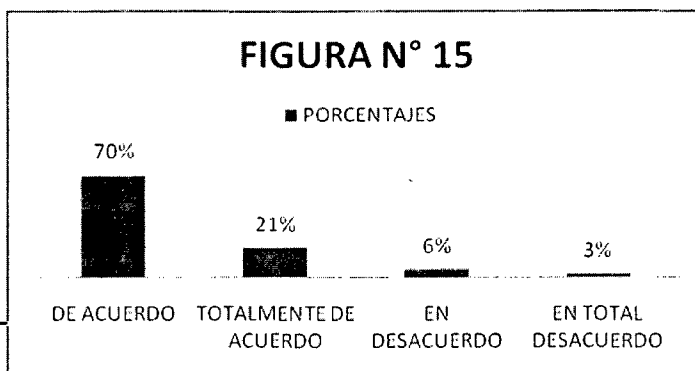


TABLA N° 16
LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS VIOLAN DIVERSOS PRINCIPIOS PROCESALES, COMO LOS DE LEGALIDAD, DEBIDO PROCESO Y PROPORCIONALIDAD

OPINIONES	%
DE ACUERDO	79%
TOTALMENTE DE ACUERDO	6%
EN DESACUERDO	12%
EN TOTAL DESACUERDO	3%
TOTAL	100%

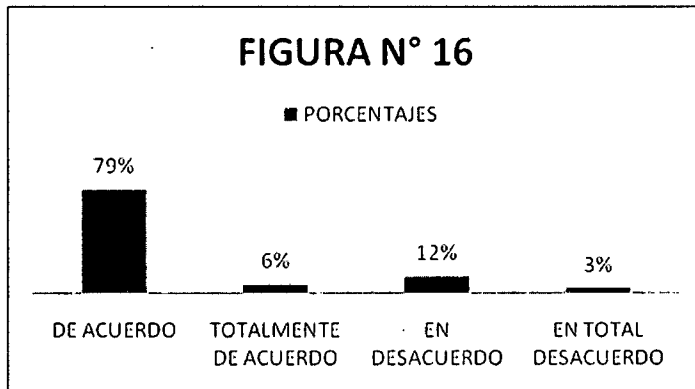


TABLA N° 17
LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS DEL LLAMADO HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES, MUCHAS VECES IGNORA EL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE Y EL RESPETO A SUS DERECHOS

OPINIONES	%
DE ACUERDO	76%
TOTALMENTE DE ACUERDO	21%
EN DESACUERDO	3%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

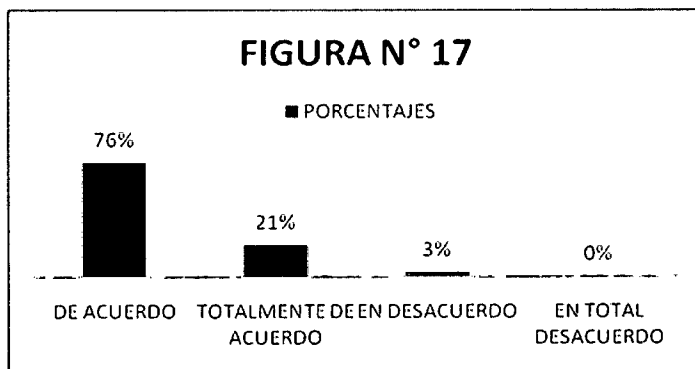


TABLA N° 18

OPINIONES	%
DE ACUERDO	76%
TOTALMENTE DE ACUERDO	21%
EN DESACUERDO	3%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

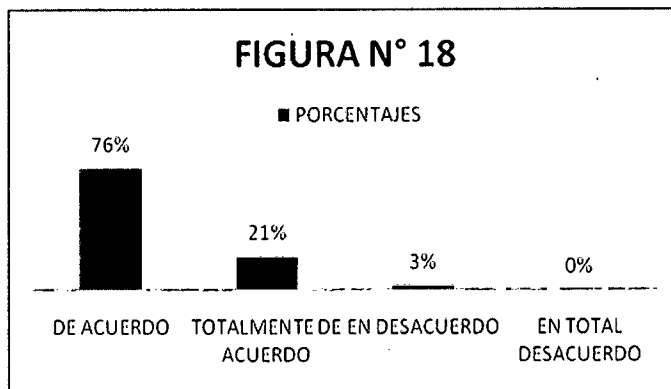


TABLA N° 19

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES, AL IGUAL QUE EL ABUSO SEXUAL, DEJA HUELLAS EN LA PERSONALIDAD DE NIÑOS Y ADOLESCENTES QUE AFECTEN SU ESTABILIDAD EMOCIONAL Y VIDA FUTURA

OPINIONES	%
DE ACUERDO	74%
TOTALMENTE DE ACUERDO	26%
EN DESACUERDO	0%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

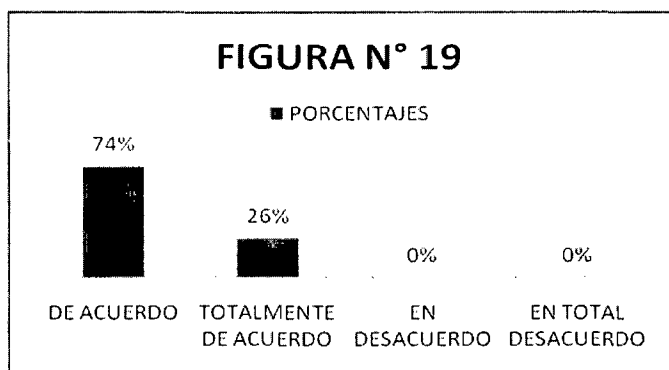


TABLA N° 20

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES, CASI SIEMPRE, SE CARACTERIZA POR PROPUESTAS DE FAVORES CON SIGNIFICADO SEXUAL

OPINIONES	%
DE ACUERDO	82%
TOTALMENTE DE ACUERDO	9%
EN DESACUERDO	9%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

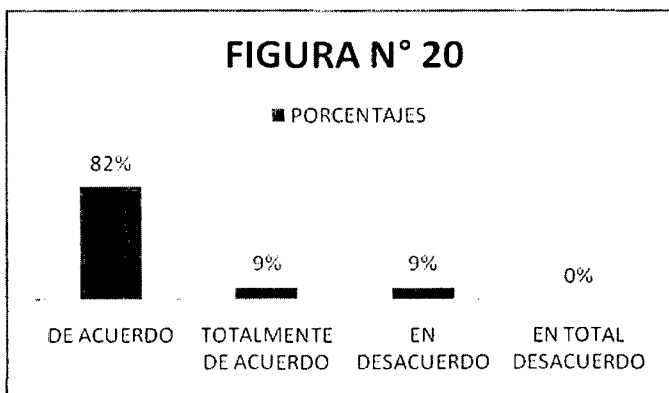


TABLA N° 21

LOS HOSTIGADORES SEXUALES TIENDEN A REPETIR SUS CONDUCTAS LESIVAS YA SEA CON EL MISMO SUJETO O CON OTROS SI NO SON DETENIDOS A TIEMPO

OPINIONES	%
DE ACUERDO	85%
TOTALMENTE DE ACUERDO	15%
EN DESACUERDO	0%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

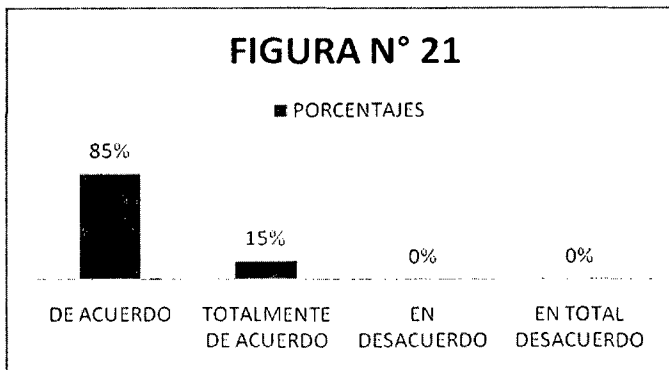


TABLA N° 22

LAS SANCIONES IMPUESTAS A DOCENTES HOSTIGADORES, EN SU MAYORIA, QUEDAN EN LA VIA ADMINISTRATIVA, SIENDO POCAS LAS DENUNCIAS QUE LLEGAN AL MINISTERIO PUBLICO Y, POR ENDE, AL PODER JUDICIAL

OPINIONES	%
DE ACUERDO	65%
TOTALMENTE DE ACUERDO	26%
EN DESACUERDO	9%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

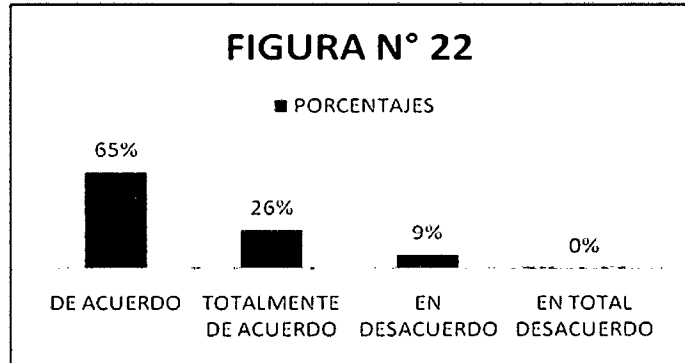
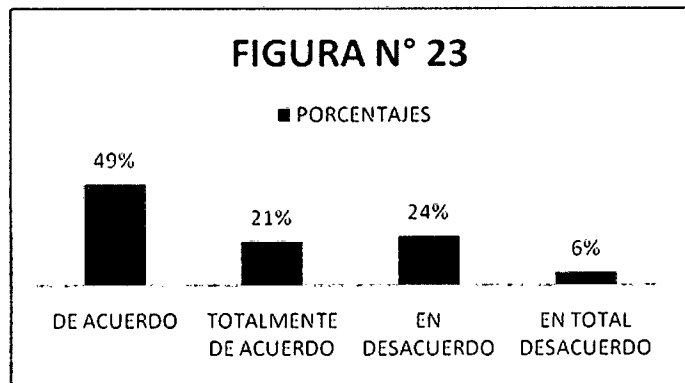


TABLA N° 23

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES, TAL COMO SE DESCRIBE EN LA LEY DE LA MATERIA CONTIENE ELEMENTOS TIPICOS ESTABLECIDOS EN EL CODIGO PENAL

OPINIONES	%
DE ACUERDO	49%
TOTALMENTE DE ACUERDO	21%
EN DESACUERDO	24%
EN TOTAL DESACUERDO	6%
TOTAL	100%



4.2.- OPINIÓN DE LOS VOCALES SUPERIORES

ENCUESTA N° 02

N°	AFIRMACIONES	T.A.	D.A.	E.D.	T.D.	TOT.
1	Existen diferencias valorativas entre el hostigamiento sexual dirigido a adultos frente al que se produce contra menores de edad.	30	50	20	0	100
2	El hostigamiento sexual contra menores es una conducta típica, antijurídica y culpable.	15	45	35	5	100
3	El hostigamiento sexual dirigido contra menores, debe excluirse de la ley de la materia e incorporarse en el Código Penal como delito autónomo.	10	55	35	0	100
4	El uso de términos de naturaleza o connotación sexual (escritos o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima, deben penalizarse cuando se dirigen contra menores.	40	50	5	5	100
5	La sanción administrativa impuesta a docentes hostigadores sexuales dificulta la sanción penal cuando se produce el proceso penal.	20	50	20	10	100
6	Existe una sobre abundancia normativa de índole administrativa en materia sexual contra menores.	10	50	25	15	100
7	Existe escasa posibilidad de sanción penal para un docente ya sancionado en la vía administrativa por hostigamiento sexual contra menores.	20	55	25	0	100
8	La acción penal debe llevarse a cabo en todo acto que lesione la indemnidad sexual contra menores.	10	80	5	5	100
9	Existen vacíos en la legislación penal que imposibilitan, o por lo menos dificultan, la sanción a hostigadores sexuales contra menores.	10	85	5	0	100
10	El hostigamiento sexual contra menores no puede considerarse como falta grave de carácter disciplinario, sino como delito cuya calificación corresponde al Ministerio Público.	25	65	5	5	100
11	De sancionarse en la vía penal a los hostigadores sexuales contra menores, las penas deben ser severas.	10	80	10	0	100
12	El juzgamiento de delitos exige por parte del magistrado la aplicación de criterios de los que carecen los funcionarios administrativos para evaluar adecuadamente y sancionar el llamado hostigamiento sexual contra menores.	20	75	5	0	100
13	Deben derogarse y/o limitarse las disposiciones administrativas que intentan sancionar actos que lesionan bienes jurídicos protegidos de niños y adolescentes.	10	65	25	0	100
14	Las disposiciones administrativas que pretenden sancionar actos contra la indemnidad sexual de menores, sólo contribuyen a hacer más confuso el panorama para su debida sanción.	20	60	20	0	100
15	Las sanciones administrativas a los hostigadores sexuales no sólo no son oportunas, sino que tampoco guardan relación con la gravedad del hecho.	10	60	15	15	100
N°	AFIRMACIONES	TA	DA	ED	TD	TOT

16	Las sanciones administrativas violan diversos principios procesales, como los de: legalidad, debido proceso y proporcionalidad.	15	70	10	5	100
17	La sanción administrativa del llamado hostigamiento sexual contra menores, muchas veces ignora el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.	10	60	20	10	100
18	El hostigamiento sexual contra menores, constituye en realidad un ultraje violento contra la indemnidad sexual de niños y adolescentes.	15	65	20	0	100
19	El hostigamiento sexual contra menores, al igual que el abuso sexual, deja huellas en la personalidad de niños y adolescentes que afectan su estabilidad emocional y vida futura.	10	60	30	0	100
20	El hostigamiento sexual contra menores, casi siempre, se caracteriza por propuestas de favores con significado sexual.	5	75	20	0	100
21	Los hostigadores sexuales tienden a repetir sus conductas lesivas ya sea con el mismo sujeto o con otros si no son detenidos a tiempo.	15	70	10	5	100
22	Las sanciones impuestas a docentes hostigadores, en su mayoría, quedan en la vía administrativa, siendo pocas las denuncias que llegan al Ministerio Público y, por ende, al Poder Judicial.	10	80	5	5	100
23	El hostigamiento sexual contra menores, tal como se describe en la ley de la materia contiene elementos típicos establecidos en el Código Penal.	15	55	30	0	100

LEYENDA:

T.A. = Totalmente de Acuerdo

D.A.= De Acuerdo

E.D.= En Desacuerdo

T.D.= En Total Desacuerdo

ENCUESTA N° 2

TABLA N° 1

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES ES UNA CONDUCTA TIPICA, ANTIJURIDICA Y CULPABLE

OPINIONES	%
DE ACUERDO	50%
TOTALMENTE DE ACUERDO	30%
EN DESACUERDO	20%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

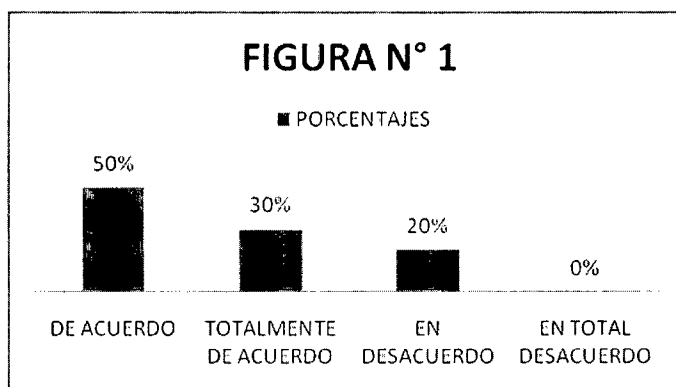


TABLA N° 2

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES ES UNA CONDUCTA TIPICA, ANTIJURIDICA Y CULPABLE

OPINIONES	%
DE ACUERDO	45%
TOTALMENTE DE ACUERDO	15%
EN DESACUERDO	35%
EN TOTAL DESACUERDO	5%
TOTAL	100%

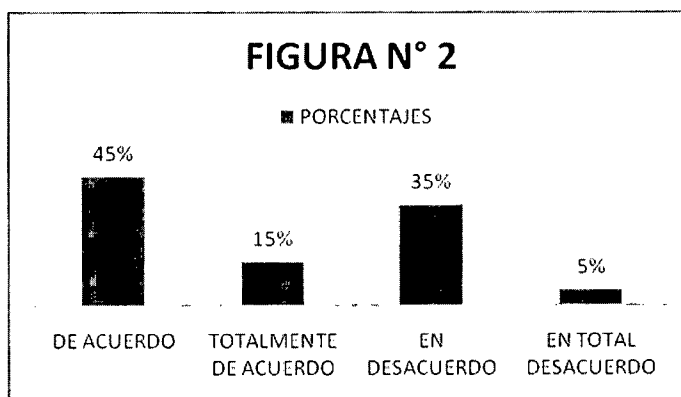


TABLA N° 3

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL DIRIGIDO CONTRA MENORES, DEBE EXCLUIRSE DE LA LEY DE LA MATERIA E INCORPORARSE EN EL CODIGO PENAL COMO DELITO AUTONOMO

OPINIONES	%
DE ACUERDO	55%
TOTALMENTE DE ACUERDO	10%
EN DESACUERDO	35%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

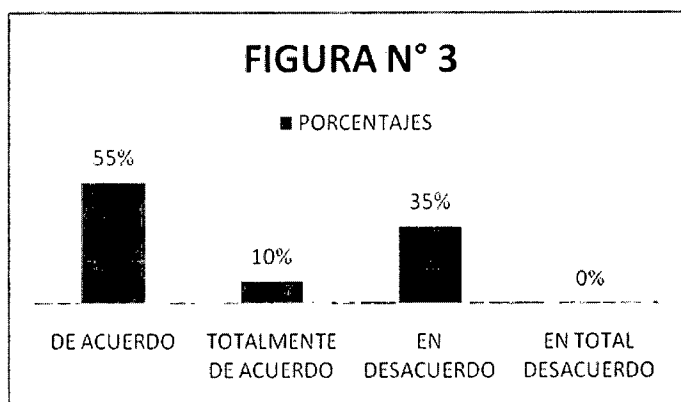


TABLA N° 4

EL USO DE TRMINOS DE NATURALEZA O CONNOTACION SEXUAL (ESCRITO O VERBALES), INSINUACIONES SEXUALES, GESTOS OBSCENOS QUE RESULTEN INSOPORTABLES, HOSTILES, HUMILLANTES U OFENSIVOS PARA LA VICTIMA, DEBEN PENALIZARSE CUANDO SE DIRIGE CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	50%
TOTALMENTE DE ACUERDO	40%
EN DESACUERDO	5%
EN TOTAL DESACUERDO	5%
TOTAL	100%

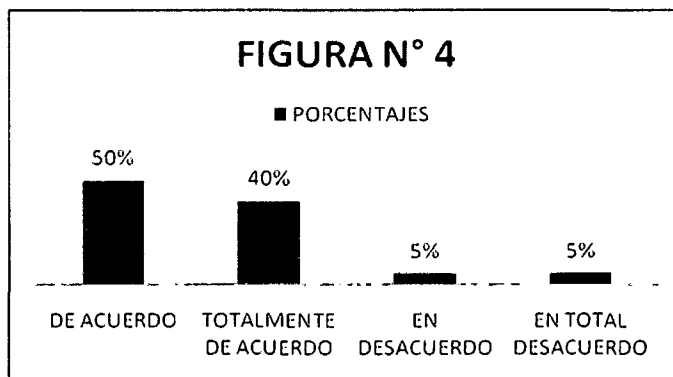


TABLA N° 5

LA SANCION ADMINISTRATIVA IMPUESTA A DOCENTES HOSTIGADORES SEXUALES DIFICULTA LA SANCION PENAL CUANDO SE PRODUCE EL PROCESO PENAL

OPINIONES	%
DE ACUERDO	50%
TOTALMENTE DE ACUERDO	20%
EN DESACUERDO	20%
EN TOTAL DESACUERDO	10%
TOTAL	100%

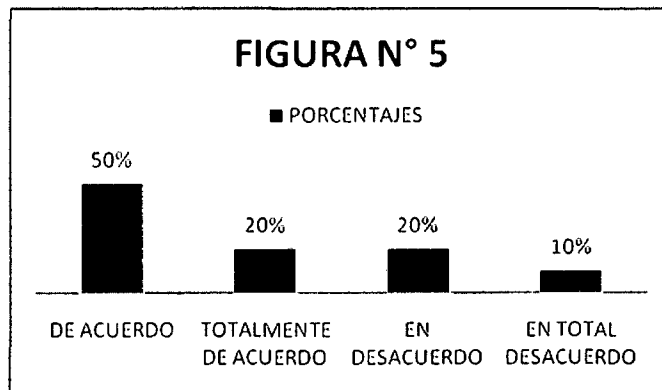


TABLA N° 6

EXISTE UNA SOBRE ABUNDANCIA NORMATIVA DE INDOLE ADMINISTRATIVA EN MATERIA SEXUAL CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	50%
TOTALMENTE DE ACUERDO	10%
EN DESACUERDO	25%
EN TOTAL DESACUERDO	15%
TOTAL	100%

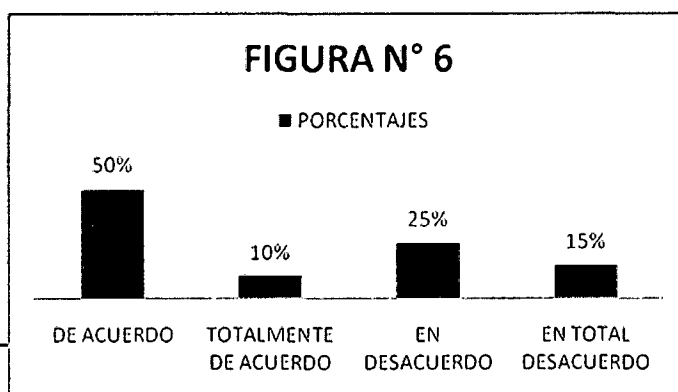


TABLA N° 7

EXISTE ESCASA POSIBILIDAD DE SANCION PENAL PARA UN DOCENTE YA SANCIONADO EN LA VIA ADMINISTRATIVA POR HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	55%
TOTALMENTE DE ACUERDO	20%
EN DESACUERDO	25%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

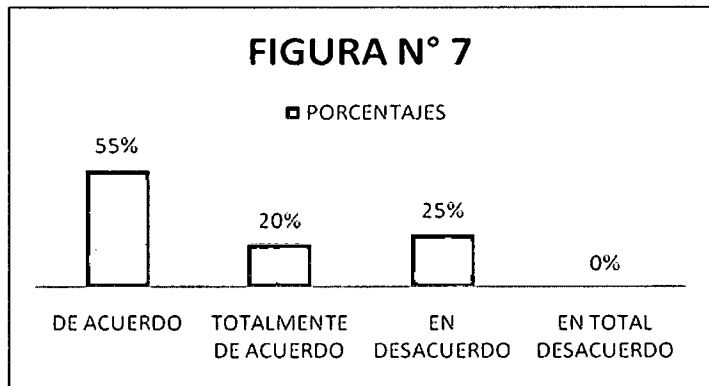


TABLA N° 8

LA ACCION PENAL DEBE LLEVARSE A CABO EN TODO ACTO QUE LESIONE LA INDEMNIDAD SEXUAL CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	80%
TOTALMENTE DE ACUERDO	10%
EN DESACUERDO	5%
EN TOTAL DESACUERDO	5%
TOTAL	100%

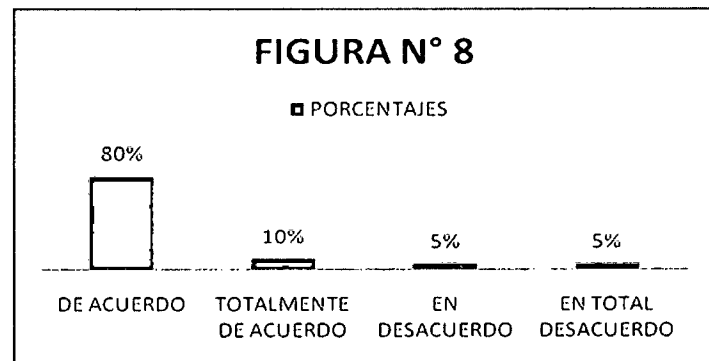


TABLA N° 9

EXISTEN VACIOS EN LA LEGISLACION PENAL QUE IMPOSIBILITAN, O POR LO MENOS DIFICULTAN, LA SANCION A HOSTIGADORES SEXUALES CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	85%
TOTALMENTE DE ACUERDO	10%
EN DESACUERDO	5%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

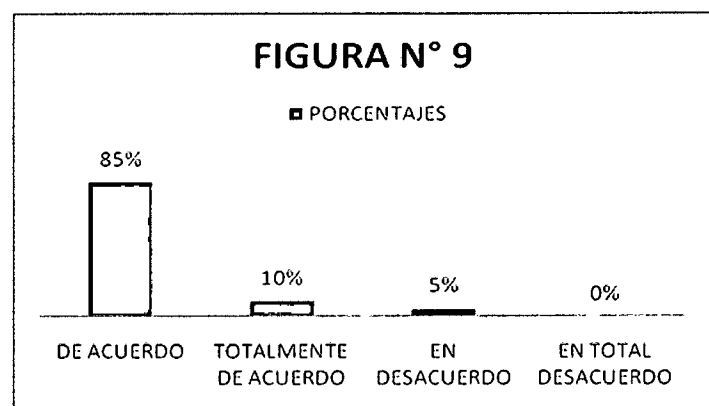


TABLA N° 10

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES NO PUEDE CONSIDERARSE COMO FALTA GRAVE DE CARÁCTER DISCIPLINARIO, SINO COMO DELITO CUYA CALIFICACION CORRESPONDE AL MINISTERIO PUBLICO

OPINIONES	%
DE ACUERDO	65%
TOTALMENTE DE ACUERDO	25%
EN DESACUERDO	5%
EN TOTAL DESACUERDO	5%
TOTAL	100%

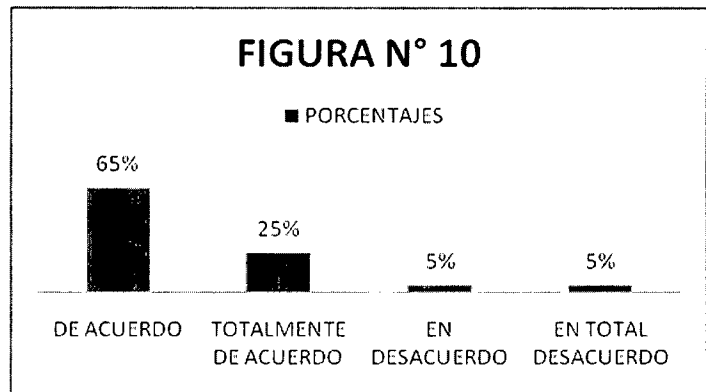


TABLA N° 11

DE SANCIONARSE EN LA VIA PENAL A LOS HOSTIGADORES SEXUALES CONTRA MENORES, LAS PENAS DEBEN SER SEVERAS

OPINIONES	%
DE ACUERDO	80%
TOTALMENTE DE ACUERDO	10%
EN DESACUERDO	10%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

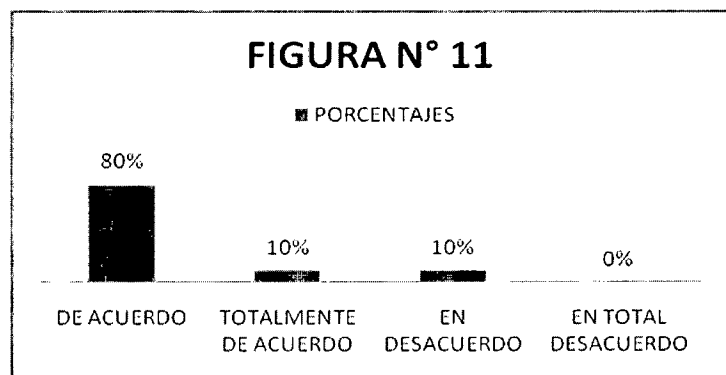


TABLA N° 12

EL JUZGAMIENTO DE DELITOS EXIGE POR PARTE DEL MAGISTRADO LA APLICACIÓN DE CRITERIOS DE LOS QUE CARECEN LOS FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS PARA EVALUAR ADECUADAMENTE Y SANCIONAR EL LLAMADO HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	75%
TOTALMENTE DE ACUERDO	20%
EN DESACUERDO	5%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

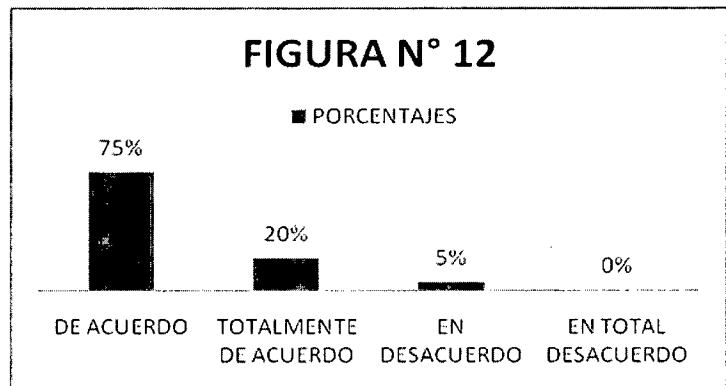


TABLA N° 13

DEBEN DEROGARSE Y/O LIMITARSE LAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS QUE INTENTAN SANCIONAR ACTOS QUE LESIONAN BIENES JURIDICOS PROTEGIDOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	65%
TOTALMENTE DE ACUERDO	10%
EN DESACUERDO	25%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

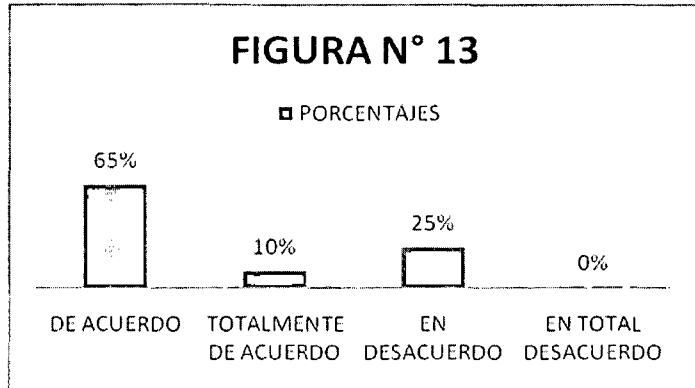


TABLA N° 14

LAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS QUE PRETENDEN SANCIONAR ACTOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL DE MENORES, SOLO CONTRIBUYEN A HACER MAS CONFUSO EL PANORAMA PARA SU DEBIDA SANCION

OPINIONES	%
DE ACUERDO	60%
TOTALMENTE DE ACUERDO	20%
EN DESACUERDO	20%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

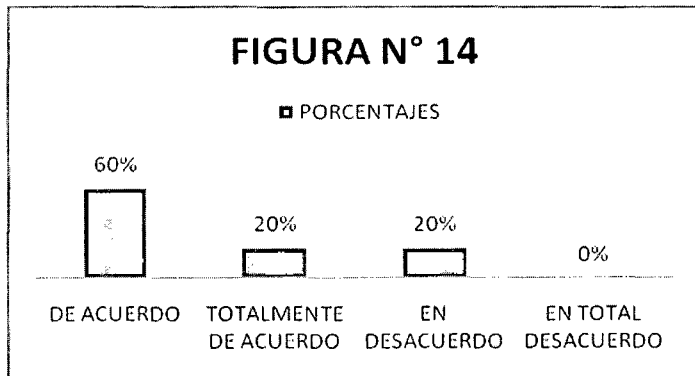


TABLA N° 15

LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS A LOS HOSTIGADORES SEXUALES NO SOLO SON OPORTUNAS, SINO QUE TAMPOCO GUARDAN RELACION CON LA GRAVEDAD DEL HECHO

OPINIONES	%
DE ACUERDO	60%
TOTALMENTE DE ACUERDO	10%
EN DESACUERDO	15%
EN TOTAL DESACUERDO	15%
TOTAL	100%

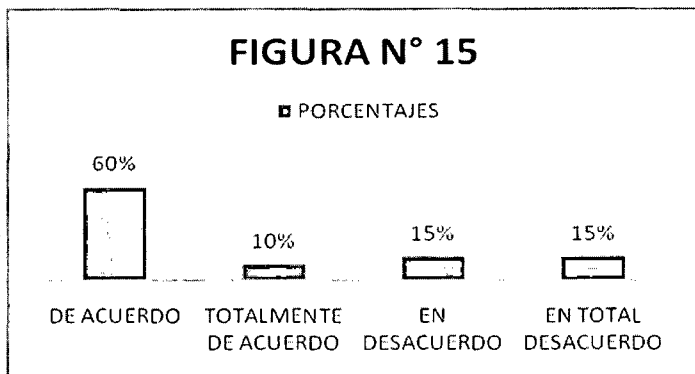


TABLA N° 16
LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS VIOLAN DIVERSOS PRINCIPIOS PROCESALES, COMO LOS DE: LEGALIDAD, DEBIDO PROCESO Y PROPORCIONALIDAD

OPINIONES	%
DE ACUERDO	70%
TOTALMENTE DE ACUERDO	15%
EN DESACUERDO	10%
EN TOTAL DESACUERDO	5%
TOTAL	100%

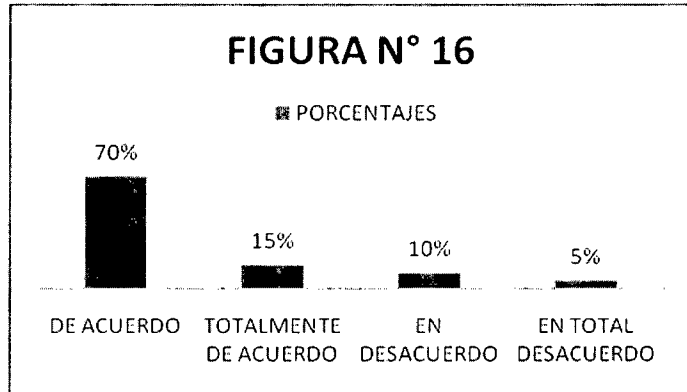


TABLA N° 17
LA SANCION ADMINISTRATIVA DEL LLAMADO HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES, MUCHAS VECES IGNORA EL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE Y EL RESPETO A SUS DERECHOS

OPINIONES	%
DE ACUERDO	60%
TOTALMENTE DE ACUERDO	10%
EN DESACUERDO	20%
EN TOTAL DESACUERDO	10%
TOTAL	100%

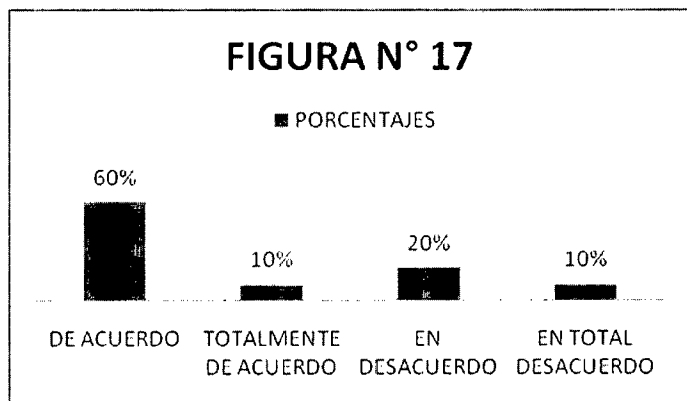


TABLA N° 18
EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES, CONSTITUYE EN REALIDAD UN ULTRAJE VIOLENTO CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL DE NIÑO Y ADOLESCENTES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	65%
TOTALMENTE DE ACUERDO	15%
EN DESACUERDO	20%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

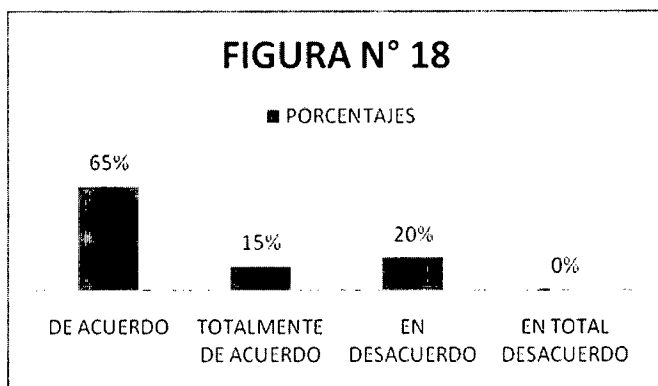


TABLA N° 19

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES, AL IGUAL QUE EL ABUSO SEXUAL, DEJA HUELLAS EN LA PERSONALIDAD DE NIÑOS Y ADOLESCENTES QUE AFECTAN SU ESTABILIDAD EMOCIONAL Y VIDA FUTURA

OPINIONES	%
DE ACUERDO	60%
TOTALMENTE DE ACUERDO	10%
EN DESACUERDO	30%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

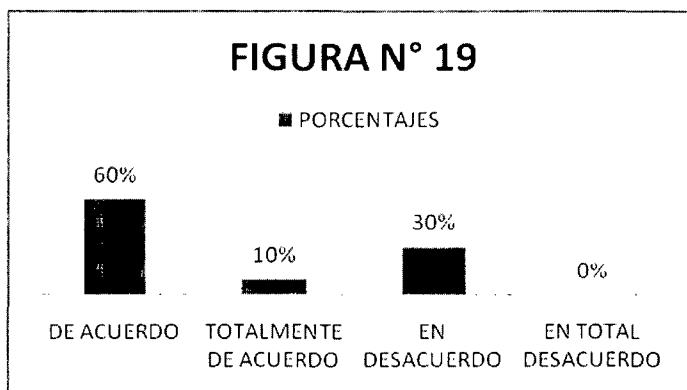


TABLA N° 20

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES, CASI SIEMPRE, SE CARACTERIZA POR PROPUESTAS DE FAVORES CON SIGNIFICADO SEXUAL

OPINIONES	%
DE ACUERDO	75%
TOTALMENTE DE ACUERDO	5%
EN DESACUERDO	20%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

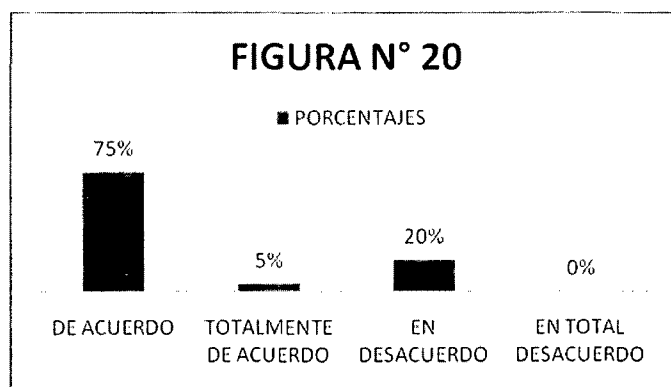


TABLA N° 21

LOS HOSTIGADORES SEXUALES TIENDEN A REPETIR SUS CONDUCTAS LESIVAS YA SEA CON EL MISMO SUJETO O CON OTROS SI NO SON DETENIDOS A TIEMPO

OPINIONES	%
DE ACUERDO	70%
TOTALMENTE DE ACUERDO	15%
EN DESACUERDO	10%
EN TOTAL DESACUERDO	5%
TOTAL	100%

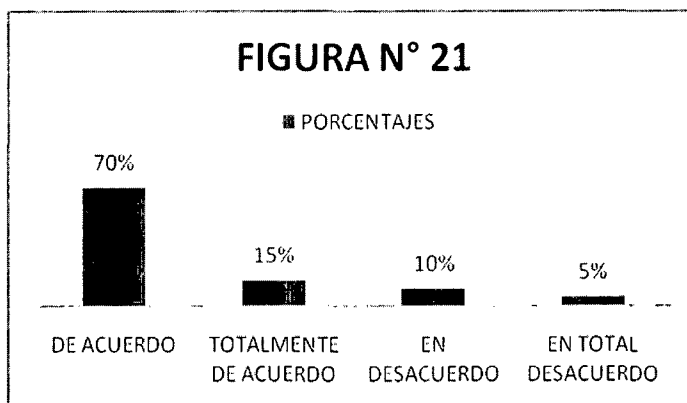


TABLA N° 22

LAS SANCIONES IMPUESTAS A DOCENTES HOSTIGADORES, EN SU MAYORIA, QUEDAN EN LA VIA ADMINISTRATIVA, SIENDO POCAS LAS DENUNCIAS QUE LLEGAN AL MINISTERIO PUBLICO Y, POR ENDE, AL PODER JUDICIAL

OPINIONES	%
DE ACUERDO	80%
TOTALMENTE DE ACUERDO	10%
EN DESACUERDO	5%
EN TOTAL DESACUERDO	5%
TOTAL	100%

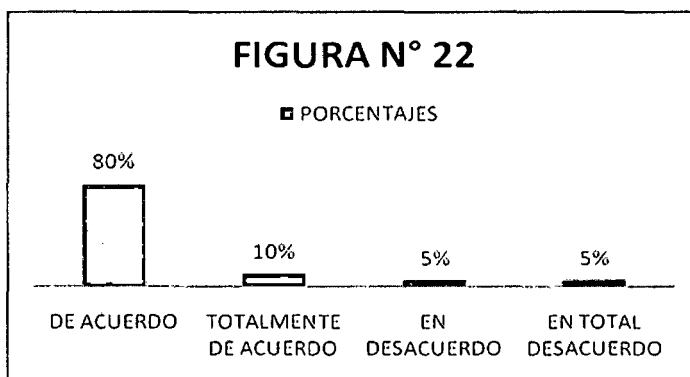
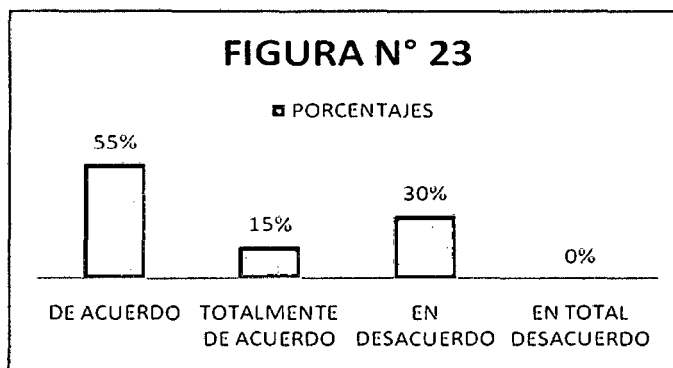


TABLA N° 23

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES, TAL COMO SE DESCRIBE EN LA LEY DE LA MATERIA CONTIENE ELEMENTOS TIPICOS ESTABLECIDOS EN EL CODIGO PENAL

OPINIONES	%
DE ACUERDO	55%
TOTALMENTE DE ACUERDO	15%
EN DESACUERDO	30%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%



4.3.- OPINIÓN DE LOS FISCALES PROVINCIALES Y ADJUNTOS

ENCUESTA N° 03

N°	AFIRMACIONES	T.A.	D.A.	E.D.	T.D.	TOT.
1	Existen diferencias valorativas entre el hostigamiento sexual dirigido a adultos frente al que se produce contra menores de edad.	13	61	18	8	100
2	El hostigamiento sexual contra menores es una conducta típica, antijurídica y culpable.	11	60	16	13	100
3	El hostigamiento sexual dirigido contra menores, debe excluirse de la ley de la materia e incorporarse en el Código Penal como delito autónomo.	24	47	26	3	100
4	El uso de términos de naturaleza o connotación sexual (escritos o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima, deben penalizarse cuando se dirigen contra menores.	13	52	24	11	100
5	La sanción administrativa impuesta a docentes hostigadores sexuales dificulta la sanción penal cuando se produce el proceso penal.	11	63	21	5	100
6	Existe una sobre abundancia normativa de índole administrativa en materia sexual contra menores.	11	54	32	3	100
7	Existe escasa posibilidad de sanción penal para un docente ya sancionado en la vía administrativa por hostigamiento sexual contra menores.	5	79	13	3	100
8	La acción penal debe llevarse a cabo en todo acto que lesione la indemnidad sexual contra menores.	8	65	24	3	100
9	Existen vacíos en la legislación penal que imposibilitan, o por lo menos dificultan, la sanción a hostigadores sexuales contra menores.	13	56	26	5	100
10	El hostigamiento sexual contra menores no puede considerarse como falta grave de carácter disciplinario, sino como delito cuya calificación corresponde al Ministerio Público.	21	45	26	8	100
11	De sancionarse en la vía penal a los hostigadores sexuales contra menores, las penas deben ser severas.	11	68	18	3	100
12	El juzgamiento de delitos exige por parte del magistrado la aplicación de criterios de los que carecen los funcionarios administrativos para evaluar adecuadamente y sancionar el llamado hostigamiento sexual contra menores.	16	58	21	5	100
13	Deben derogarse y/o limitarse las disposiciones administrativas que intentan sancionar actos que lesionan bienes jurídicos protegidos de niños y adolescentes.	11	63	18	8	100
14	Las disposiciones administrativas que pretenden sancionar actos contra la indemnidad sexual de menores, sólo contribuyen a hacer más confuso el panorama para su debida sanción.	21	45	34	0	100
15	Las sanciones administrativas a los hostigadores sexuales no sólo no son oportunas, sino que tampoco guardan relación con la gravedad del hecho.	11	60	26	3	100
16	Las sanciones administrativas violan diversos principios procesales, como los de: legalidad, debido proceso y proporcionalidad.	11	78	8	3	100



244

Nº	AFIRMACIONES	T.A.	D.A.	E.D.	T.D.	TOT.
17	La sanción administrativa del llamado hostigamiento sexual contra menores, muchas veces ignora el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.	8	76	11	5	100
18	El hostigamiento sexual contra menores, constituye en realidad un ultraje violento contra la indemnidad sexual de niños y adolescentes.	3	70	24	3	100
19	El hostigamiento sexual contra menores, al igual que el abuso sexual, deja huellas en la personalidad de niños y adolescentes que afectan su estabilidad emocional y vida futura.	11	49	32	8	100
20	El hostigamiento sexual contra menores, casi siempre, se caracteriza por propuestas de favores con significado sexual.	18	61	21	0	100
21	Los hostigadores sexuales tienden a repetir sus conductas lesivas ya sea con el mismo sujeto o con otros si no son detenidos a tiempo.	8	71	18	3	100
22	Las sanciones impuestas a docentes hostigadores, en su mayoría, quedan en la vía administrativa, siendo pocas las denuncias que llegan al Ministerio Público y, por ende, al Poder Judicial.	3	66	26	5	100
23	El hostigamiento sexual contra menores, tal como se describe en la ley de la materia contiene elementos típicos establecidos en el Código Penal.	11	58	26	5	100

LEYENDA:

T.A. = Totalmente de Acuerdo

D.A.= De Acuerdo

E.D.= En Desacuerdo

T.D.= En Total Desacuerdo

ENCUESTA N° 3

TABLA N° 1

EXISTEN DIFERENCIAS VALORATIVAS ENTRE EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL DIRIGIDO A ADULTOS FRENTE AL QUE SE PRODUCE CONTRA MENORES DE EDAD

OPINIONES	%
DE ACUERDO	61%
TOTALMENTE DE ACUERDO	13%
EN DESACUERDO	18%
EN TOTAL DESACUERDO	8%
TOTAL	100%

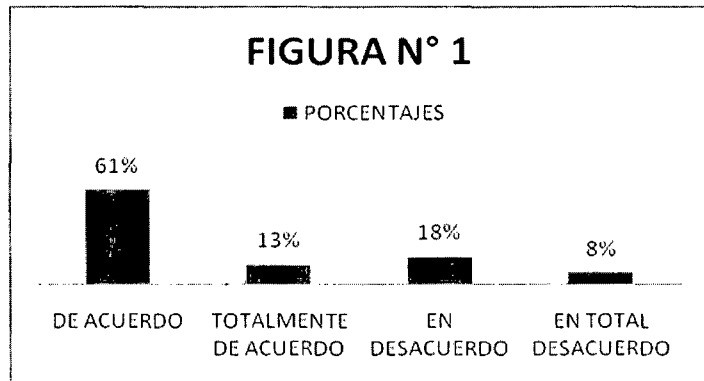


TABLA N° 2

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES ES UNA CONDUCTA TIPICA, ANTIJURIDICA Y CULPABLE

OPINIONES	%
DE ACUERDO	60%
TOTALMENTE DE ACUERDO	11%
EN DESACUERDO	16%
EN TOTAL DESACUERDO	13%
TOTAL	100%

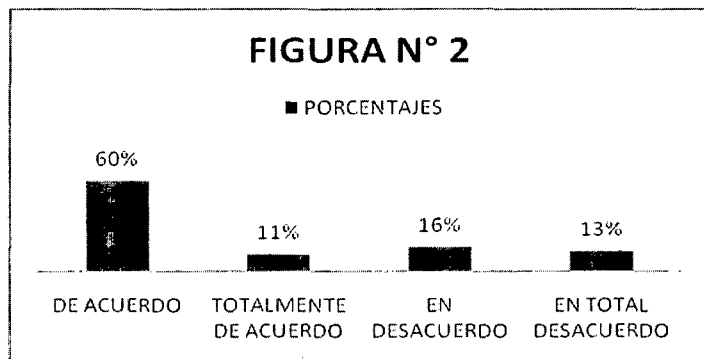


TABLA N° 3

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL DIRIGIDO CONTRA MENORES, DEBE EXCLUIRSE DE LA LEY DE LA MATERIA E INCORPORARSE EN EL CODIGO PENAL COMO DELITO AUTONOMO

OPINIONES	%
DE ACUERDO	47%
TOTALMENTE DE ACUERDO	24%
EN DESACUERDO	26%
EN TOTAL DESACUERDO	3%
TOTAL	100%

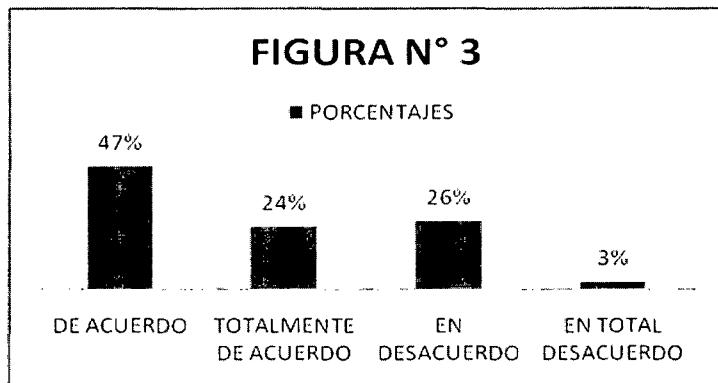


TABLA N° 4

EL USO DE TERMINOS DE NATURALEZA O CONNOTACION SEXUAL (ESCRITOS O VERBALES), INSINUACIONES SEXUALES, PROPORSIONES SEXUALES, GESTOS OBCENOS QUE RESULTEN INSOPORTABLES, HOSTILES, HUMILLANTES U OFENSIVOS PARA LA VICTIMA, DEBEN PENALIZARSE CUANDO SE DIRIGE CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	52%
TOTALMENTE DE ACUERDO	13%
EN DESACUERDO	24%
EN TOTAL DESACUERDO	11%
TOTAL	100%

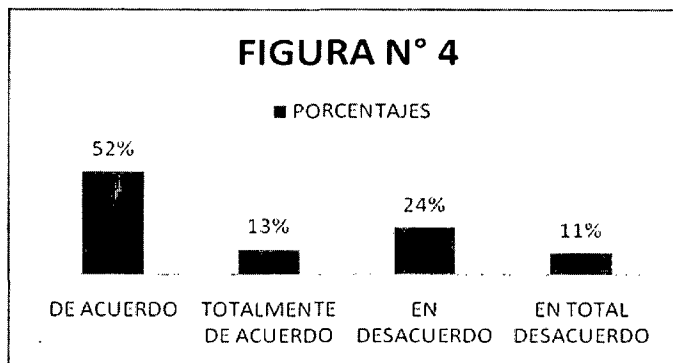


TABLA N° 5

LA SANCION ADMINISTRATIVA IMPUESTA A DOCENTES HOSTIGADORES SEXUALES DIFICULTA LA SANCION PENAL CUANDO SE PRODUCE EL PROCESO PENAL

OPINIONES	%
DE ACUERDO	63%
TOTALMENTE DE ACUERDO	11%
EN DESACUERDO	21%
EN TOTAL DESACUERDO	5%
TOTAL	100%

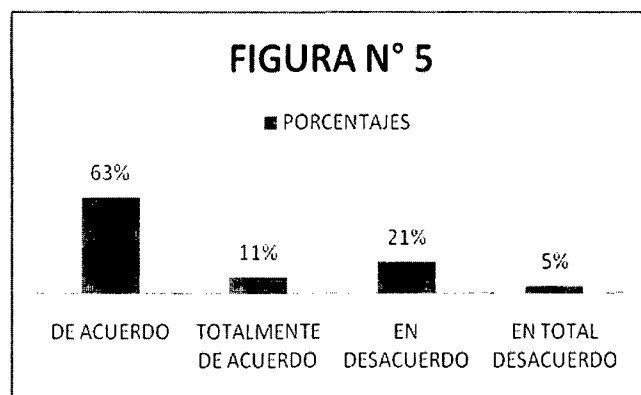


TABLA N° 6

EXISTE UNA SOBRE ABUNDANCIA NORMATIVA DE INDOLE ADMINISTRATIVA EN MATERIA SEXUAL CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	54%
TOTALMENTE DE ACUERDO	11%
EN DESACUERDO	32%
EN TOTAL DESACUERDO	3%
TOTAL	100%

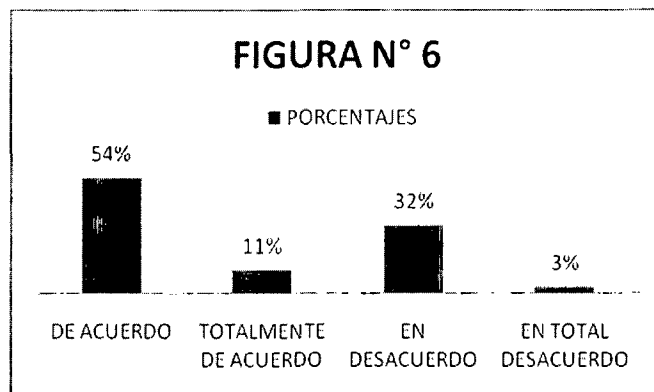


TABLA N° 7

EXISTE ESCASA POSIBILIDAD DE SANCION PENAL PARA UN DOCENTE YA SANCIONADO EN LA VIA ADMINISTRATIVA POR HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	79%
TOTALMENTE DE ACUERDO	5%
EN DESACUERDO	13%
EN TOTAL DESACUERDO	3%
TOTAL	100%

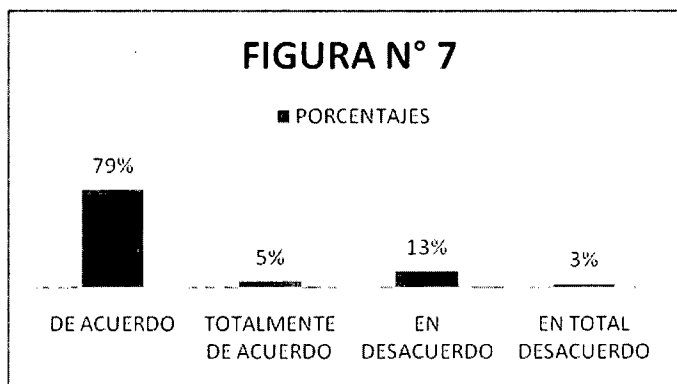


TABLA N° 8

LA ACCION PENAL DEBE LLEVARSE A CABO EN TODO ACTO QUE LESIONE LA INDEMNIDAD SEXUAL CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	65%
TOTALMENTE DE ACUERDO	8%
EN DESACUERDO	24%
EN TOTAL DESACUERDO	3%
TOTAL	100%

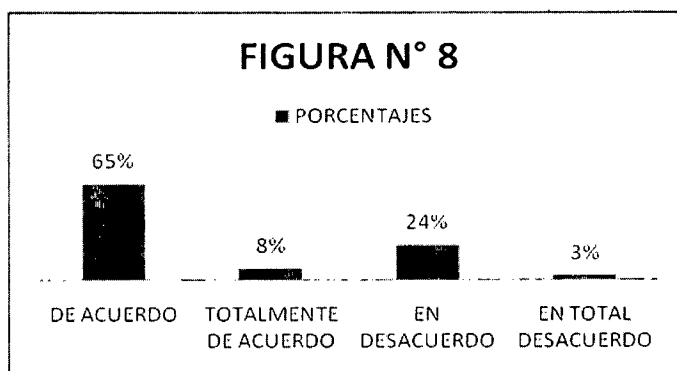


TABLA N° 9

EXISTEN VACIOS EN LA LEGISLACION PENAL QUE IMPOSIBILITAN, O POR LO MENOS DIFICULTAN, LA SANCION A HOSTIGADORES SEXUALES CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	56%
TOTALMENTE DE ACUERDO	13%
EN DESACUERDO	26%
EN TOTAL DESACUERDO	5%
TOTAL	100%

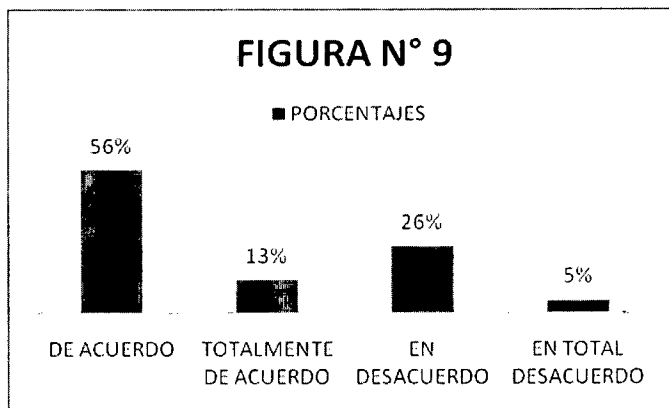


TABLA N° 10

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES NO PUEDE CONSIDERARSE COMO FALTA GRAVE DE CARÁCTER DISCIPLINARIO, SINO COMO DELITO CUYA CALIFICACION CORRESPONDE AL MINISTERIO PUBLICO

OPINIONES	%
DE ACUERDO	45%
TOTALMENTE DE ACUERDO	21%
EN DESACUERDO	16%
EN TOTAL DESACUERDO	8%
TOTAL	100%

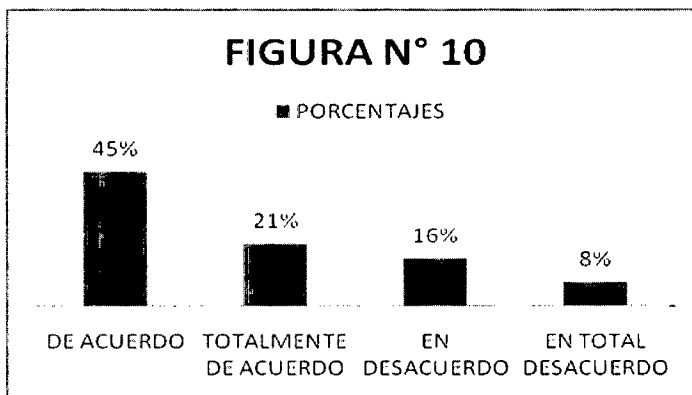


TABLA N° 11

DE SANCIONARSE EN LA VIA PENAL A LOS HOSTIGADORES SEXUALES CONTRA MENORES, LAS PENAS DEBEN SER SEVERAS

OPINIONES	%
DE ACUERDO	68%
TOTALMENTE DE ACUERDO	11%
EN DESACUERDO	18%
EN TOTAL DESACUERDO	3%
TOTAL	100%

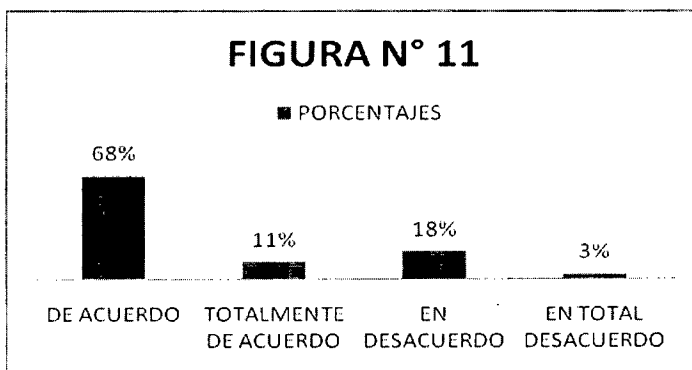


TABLA N° 12

EL JUZGAMIENTO DE DELITOS EXIGE POR PARTE DEL MAGISTRADO LA APLICACIÓN DE CRITERIOS DE LOS QUE CARECEN LOS FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS PARA EVALUAR ADECUADAMENTE Y SANCIONAR EL LLAMADO HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	58%
TOTALMENTE DE ACUERDO	16%
EN DESACUERDO	21%
EN TOTAL DESACUERDO	5%
TOTAL	100%

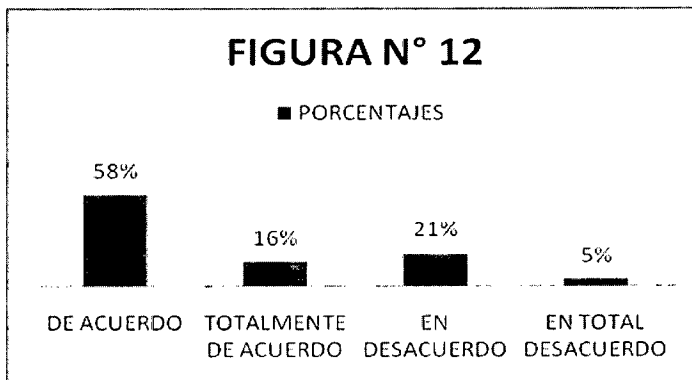


TABLA N° 13
DEBEN DEROGARSE Y/O LIMITARSE LAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS QUE INTENTAN SANCIONAR ACTOS QUE LESIONAN BIENES JURIDICOS PROTEGIDOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	63%
TOTALMENTE DE ACUERDO	11%
EN DESACUERDO	18%
EN TOTAL DESACUERDO	8%
TOTAL	100%

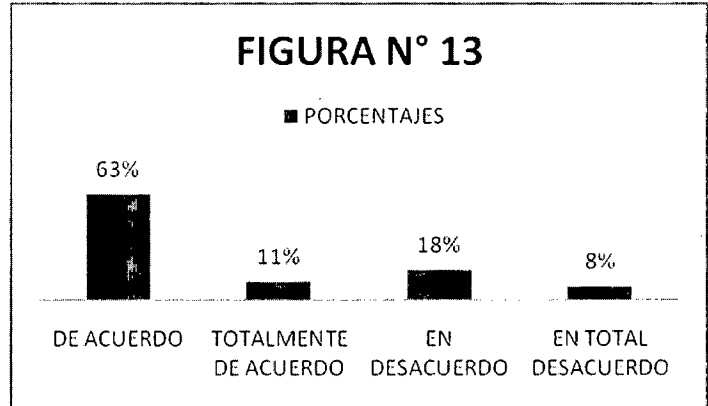


TABLA N° 14
LAS DISPOSICIONES ASMINISTRATIVAS QUE PRETENDEN SANCIONAR ACTOS CONTRA LA IDEMNIDAD SEXUAL DE MENORES, SÓLO CONTRIBUYE A HACER MAS CONFUSO EL PANORAMA PARA SU DEBIDA SANCION

OPINIONES	%
DE ACUERDO	45%
TOTALMENTE DE ACUERDO	21%
EN DESACUERDO	34%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

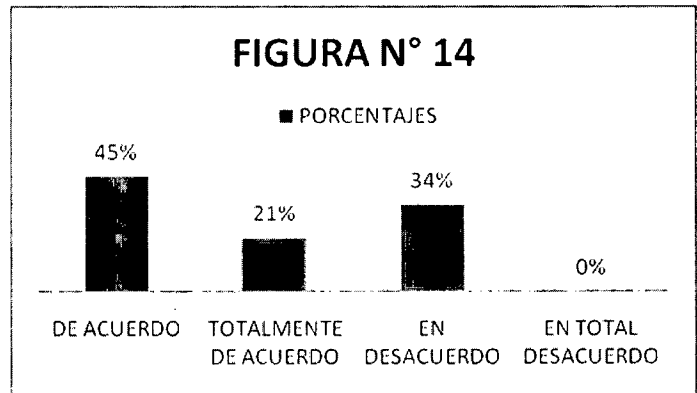


TABLA N° 15
LA SANCION ADMINISTRATIVA A LOS HOSTIGADORES SEXUALES NO SOLO NO SON OPORTUNAS, SINO QUE TAMPOCO GUARDAN RELACION CON LA GRAVEDAD DEL HECHO

OPINIONES	%
DE ACUERDO	60%
TOTALMENTE DE ACUERDO	11%
EN DESACUERDO	26%
EN TOTAL DESACUERDO	3%
TOTAL	100%

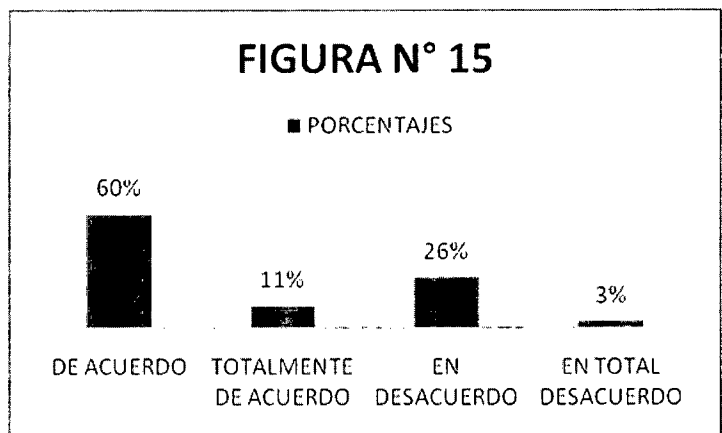


TABLA N° 16

LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS VIOLAN DIVERSOS PRINCIPIOS PROCESALES, COMO LOS DE: LEGALIDAD, DEBIDO PROCESO Y PROPORCIONALIDAD

OPINIONES	%
DE ACUERDO	78%
TOTALMENTE DE ACUERDO	11%
EN DESACUERDO	8%
EN TOTAL DESACUERDO	3%
TOTAL	100%

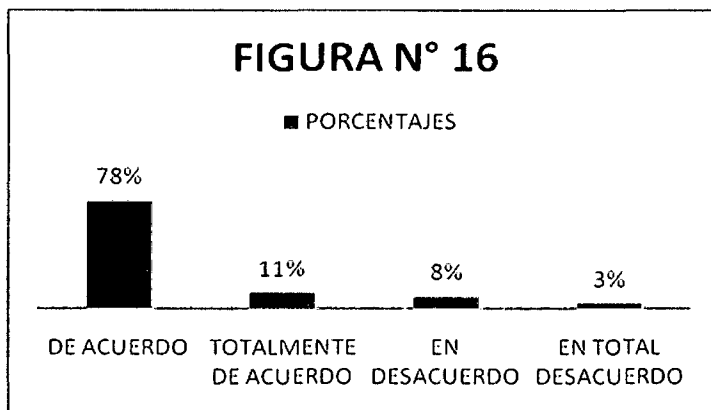


TABLA N° 17

LA SANCION ADMINISTRATIVA DEL LLAMADO HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES, MUCHAS VECES IGNORA PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE Y EL RESPETO A SUS DERECHOS

OPINIONES	%
DE ACUERDO	76%
TOTALMENTE DE ACUERDO	8%
EN DESACUERDO	11%
EN TOTAL DESACUERDO	5%
TOTAL	100%

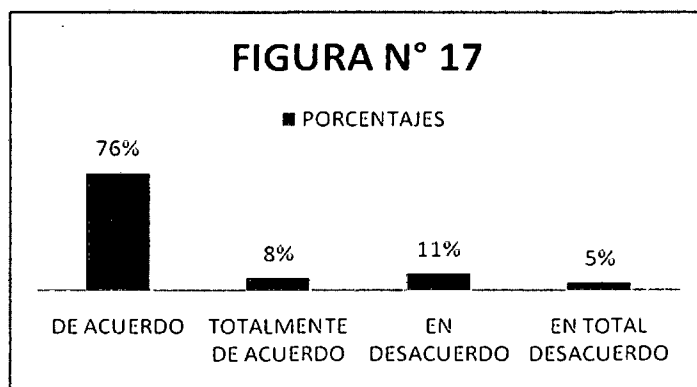


TABLA N° 18

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES, CONSTITUYE EN REALIDAD UN ULTRAJE VIOLENTO CONTRA LA IDEMNDIDAD SEXUAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	70%
TOTALMENTE DE ACUERDO	3%
EN DESACUERDO	24%
EN TOTAL DESACUERDO	3%
TOTAL	100%

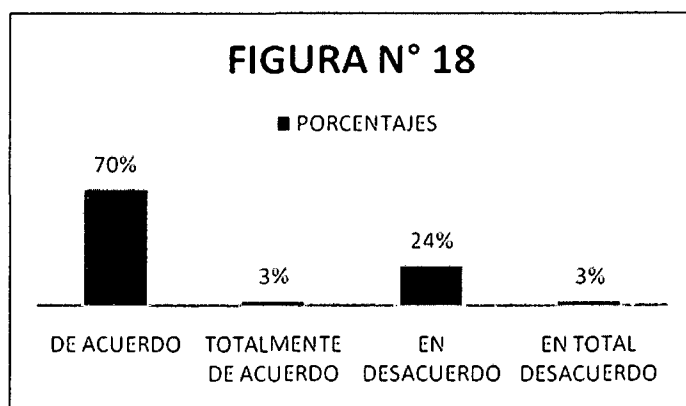


TABLA N° 19

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES, AL IGUAL QUE EL ABUSO SEXUAL, DEJA HUELLAS EN LA PERSONALIDAD DE NIÑOS Y ADOLESCENTES QUE AFECTAN SU ESTABILIDAD EMOSIONAL Y VIDA FUTURA

OPINIONES	%
DE ACUERDO	49%
TOTALMENTE DE ACUERDO	11%
EN DESACUERDO	32%
EN TOTAL DESACUERDO	8%
TOTAL	100%

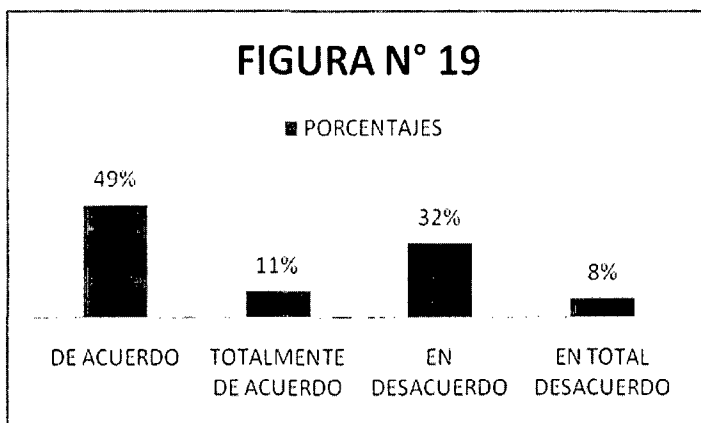


TABLA N° 20

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES, CASI SIEMPRE, SE CARACTERIZA POR PROPUESTAS DE FAVORES CON SIGNIFICADO SEXUAL

OPINIONES	%
DE ACUERDO	61%
TOTALMENTE DE ACUERDO	18%
EN DESACUERDO	21%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

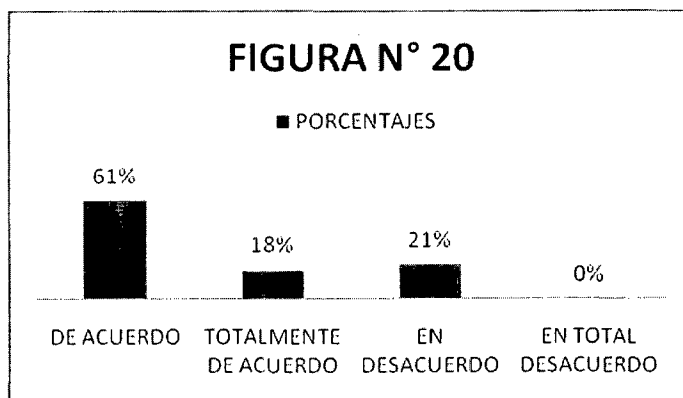


TABLA N° 21

LOS HOSTIGADORES SEXUALES TIENDEN A REPETIR SUS CONDUCTAS LESIVAS YA SEA CON EL MISMO SUJETO O CON OTRO SI NO SON DETENIDOS A TIEMPO

OPINIONES	%
DE ACUERDO	71%
TOTALMENTE DE ACUERDO	8%
EN DESACUERDO	18%
EN TOTAL DESACUERDO	3%
TOTAL	100%

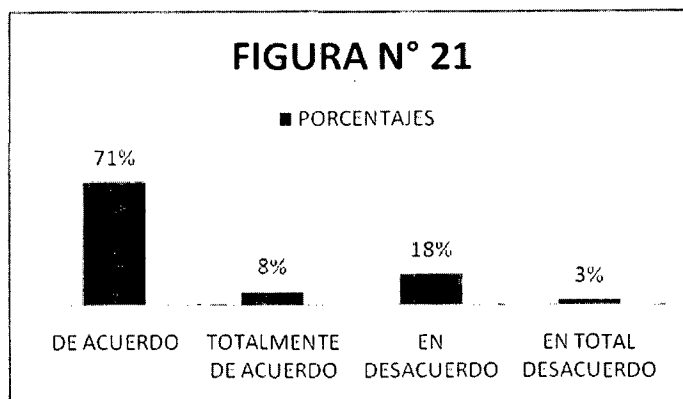


TABLA N° 22

LAS SANCIONES IMPUESTAS A DOCENTES HOSTIGADORES, EN SU MAYORÍA, QUEDAN EN LA VÍA ADMINISTRATIVA, SIENDO POCAS LAS DENUNCIAS QUE LLEGAN AL MINISTERIO PÚBLICO Y, POR ENDE, AL PODER JUDICIAL

OPINIONES	%
DE ACUERDO	66%
TOTALMENTE DE ACUERDO	3%
EN DESACUERDO	26%
EN TOTAL DESACUERDO	5%
TOTAL	100%

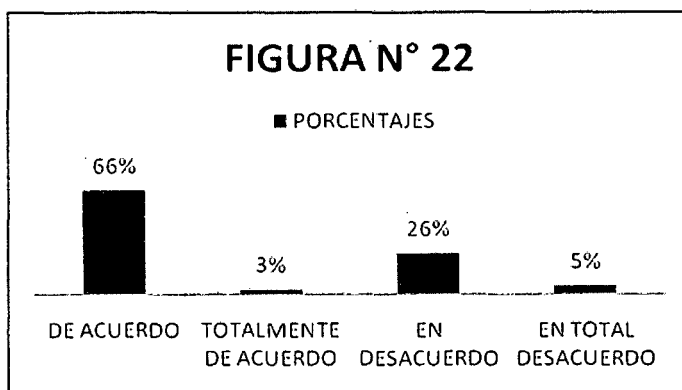
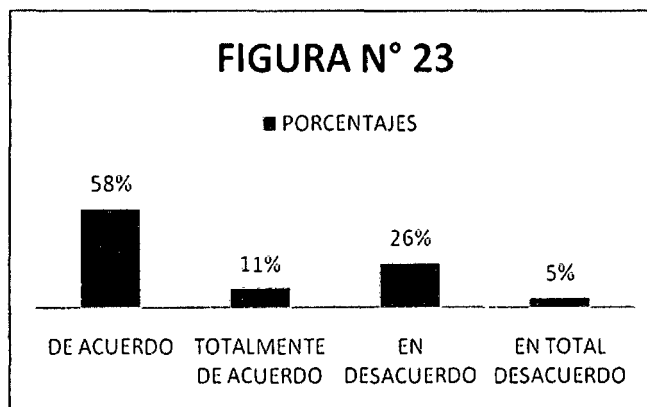


TABLA N° 23

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES, TAL COMO SE DESCRIBE EN LA LEY DE LA MATERIA CONTIENE ELEMENTOS TÍPICOS ESTABLECIDOS EN EL CÓDIGO PENAL

OPINIONES	%
DE ACUERDO	58%
TOTALMENTE DE ACUERDO	11%
EN DESACUERDO	26%
EN TOTAL DESACUERDO	5%
TOTAL	100%



4.4.- OPINIÓN DE LOS FISCALES SUPERIORES Y ADJUNTOS

ENCUESTA N° 04

N°	AFIRMACIONES	T.A.	D.A.	E.D.	T.D.	TOT.
1	Existen diferencias valorativas entre el hostigamiento sexual dirigido a adultos frente al que se produce contra menores de edad.	13	62	25	0	100
2	El hostigamiento sexual contra menores es una conducta típica, antijurídica y culpable.	13	87	0	0	100
3	El hostigamiento sexual dirigido contra menores, debe excluirse de la ley de la materia e incorporarse en el Código Penal como delito autónomo.	5	95	0	0	100
4	El uso de términos de naturaleza o connotación sexual (escritos o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima, deben penalizarse cuando se dirigen contra menores.	25	62	13	0	100
5	La sanción administrativa impuesta a docentes hostigadores sexuales dificulta la sanción penal cuando se produce el proceso penal.	25	75	0	0	100
6	Existe una sobre abundancia normativa de índole administrativa en materia sexual contra menores.	6	94	0	0	100
7	Existe escasa posibilidad de sanción penal para un docente ya sancionado en la vía administrativa por hostigamiento sexual contra menores.	25	75	0	0	100
8	La acción penal debe llevarse a cabo en todo acto que lesione la indemnidad sexual contra menores.	7	93	0	0	100
9	Existen vacíos en la legislación penal que imposibilitan, o por lo menos dificultan, la sanción a hostigadores sexuales contra menores.	13	87	0	0	100
10	El hostigamiento sexual contra menores no puede considerarse como falta grave de carácter disciplinario, sino como delito cuya calificación corresponde al Ministerio Público.	38	62	0	0	100
11	De sancionarse en la vía penal a los hostigadores sexuales contra menores, las penas deben ser severas.	92	8	0	0	100
12	El juzgamiento de delitos exige por parte del magistrado la aplicación de criterios de los que carecen los funcionarios administrativos para evaluar adecuadamente y sancionar el llamado hostigamiento sexual contra menores.	25	75	0	0	100
13	Deben derogarse y/o limitarse las disposiciones administrativas que intentan sancionar actos que lesionan bienes jurídicos protegidos de niños y adolescentes.	38	62	0	0	100
14	Las disposiciones administrativas que pretenden sancionar actos contra la indemnidad sexual de menores, sólo contribuyen a hacer más confuso el panorama para su debida sanción.	25	50	25	0	100
15	Las sanciones administrativas a los hostigadores sexuales no sólo no son oportunas, sino que tampoco guardan relación con la gravedad del hecho.	13	74	13	0	100
16	Las sanciones administrativas violan diversos principios procesales, como los de: legalidad, debido proceso y proporcionalidad.	13	87	0	0	100
17	La sanción administrativa del llamado hostigamiento sexual contra menores, muchas veces ignora el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.	9	91	0	0	100

Nº	AFIRMACIONES	TA	DA	ED	TD	TOT
18	El hostigamiento sexual contra menores, constituye en realidad un ultraje violento contra la indemnidad sexual de niños y adolescentes.	38	49	13	0	100
19	El hostigamiento sexual contra menores, al igual que el abuso sexual, deja huellas en la personalidad de niños y adolescentes que afectan su estabilidad emocional y vida futura.	13	62	25	0	100
20	El hostigamiento sexual contra menores, casi siempre, se caracteriza por propuestas de favores con significado sexual.	13	74	13	0	100
21	Los hostigadores sexuales tienden a repetir sus conductas lesivas ya sea con el mismo sujeto o con otros si no son detenidos a tiempo.	25	50	25	0	100
22	Las sanciones impuestas a docentes hostigadores, en su mayoría, quedan en la vía administrativa, siendo pocas las denuncias que llegan al Ministerio Público y, por ende, al Poder Judicial.	13	87	0	0	100
23	El hostigamiento sexual contra menores, tal como se describe en la ley de la materia contiene elementos típicos establecidos en el Código Penal.	14	86	0	0	100

LEYENDA:

T.A. = Totalmente de Acuerdo

D.A.= De Acuerdo

E.D.= En Desacuerdo

T.D.= En Total Desacuerdo

ENCUESTA N° 4

TABLA N° 1

EXISTEN DIFERENCIAS VALORATIVAS ENTRE EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL DIRIGIDO A ADULTOS FRENTE AL QUE SE PRODUCE CONTRA MENORES DE EDAD

OPINIONES	%
DE ACUERDO	62%
TOTALMENTE DE ACUERDO	13%
EN DESACUERDO	25%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

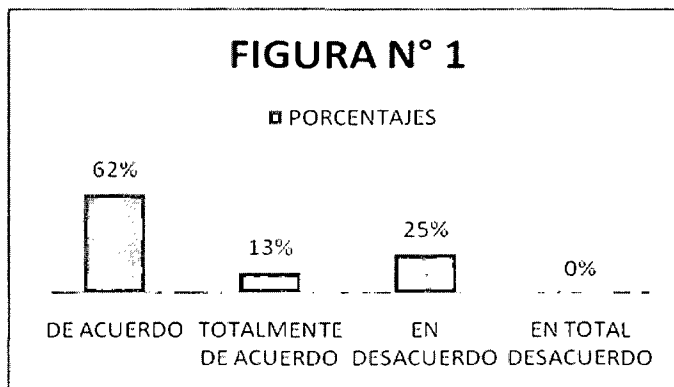


TABLA N° 2

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES ES UNA CONDUCTA TÍPICA, ANTIJURÍDICA Y CULPABLE

OPINIONES	%
DE ACUERDO	87%
TOTALMENTE DE ACUERDO	13%
EN DESACUERDO	0%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

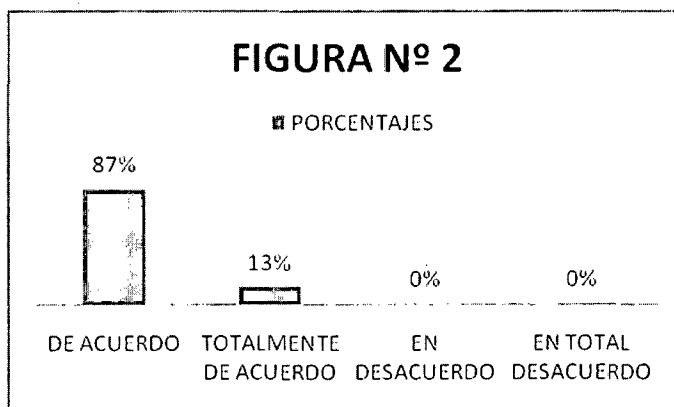


TABLA N° 3

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL DIRGIDO CONTRA MENORES, DEBE EXCLUIRSE DE LA LEY DE LA MATERIA E INCORPORARSE EN EL CÓDIGO PENAL COMO DELITO AUTÓNOMO

OPINIONES	%
DE ACUERDO	95%
TOTALMENTE DE ACUERDO	5%
EN DESACUERDO	0%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

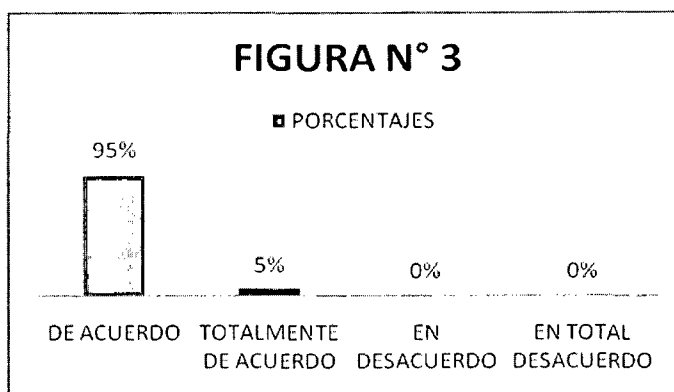


TABLA N° 4

EL USO DE TÉRMINOS DE NATURALEZA O CONNOTACIÓN SEXUAL (escritos o verbales), INSINUACIONES SEXUALES, PROPOSICIONES SEXUALES, GESTOS OBSCENOS QUE RESULTEN INSOPORTABLES, HOSTILES, HUMILLANTES U OFENSIVOS PARA LA VICTIMA, DEBEN PENALIZARSE CUANDO SE DIRIGEN CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	62%
TOTALMENTE DE ACUERDO	25%
EN DESACUERDO	13%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

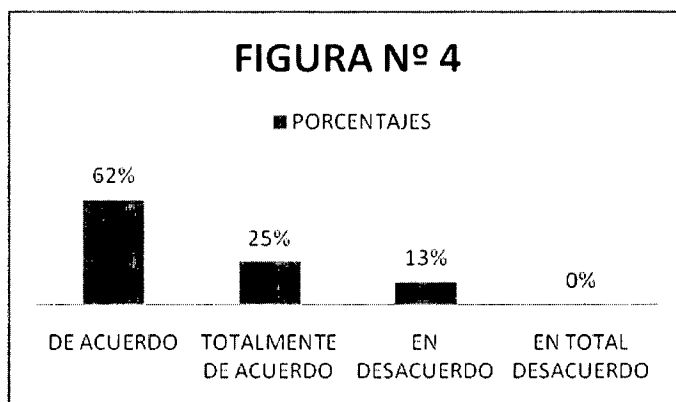


TABLA N° 5

LA SANCION ADMINISTRATIVA IMPUESTA A DOCENTES HOSTIGADORES SEXUALES DIFICULTA LA SANCIÓN PENAL CUANDO SE PRODUCE EL PROCESO PENAL

OPINIONES	%
DE ACUERDO	75%
TOTALMENTE DE ACUERDO	25%
EN DESACUERDO	0%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

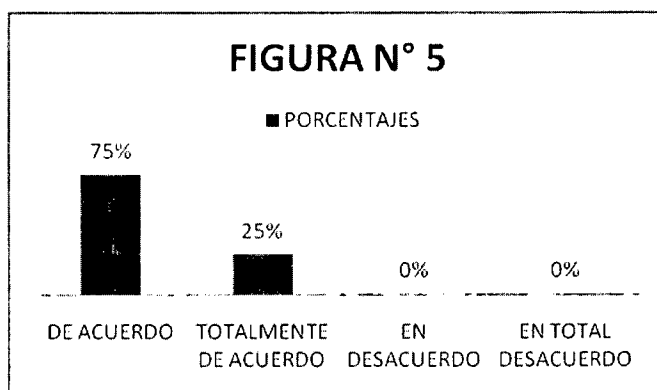


TABLA N° 6

EXISTE UNA SOBRE ABUNDANCIA NORMATIVA DE ÍNDOLE ADMINISTRATIVA EN MATERIA SEXUAL CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	94%
TOTALMENTE DE ACUERDO	6%
EN DESACUERDO	0%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

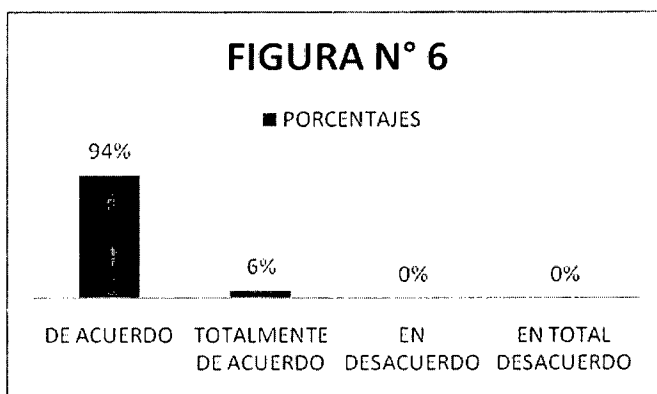


TABLA N° 7
EXISTE ESCASA POSIBILIDAD DE SANCIÓN PENAL PARA UN DOCENTE YA SANCIONADO EN LA VÍA ADMINISTRATIVA POR HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	75%
TOTALMENTE DE ACUERDO	25%
EN DESACUERDO	0%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

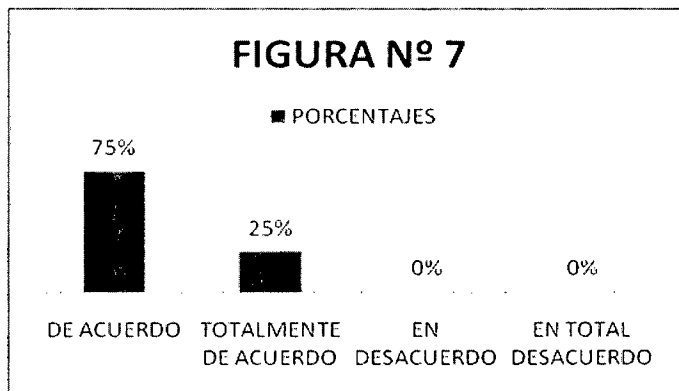


TABLA N° 8
LA SANCIÓN PENAL DEBE LLEVARSE A CABO EN TODO ACTO QUE LESIONE LA INDEMNIDAD SEXUAL CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	93%
TOTALMENTE DE ACUERDO	7%
EN DESACUERDO	0%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

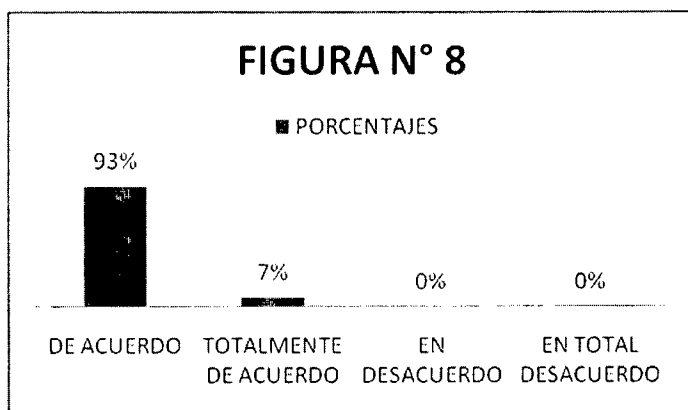


TABLA N° 9
EXISTEN VACÍOS EN LA LEGISLACIÓN PENAL QUE IMPOSIBILITAN, O POR LO MENOS DIFICULTAN, LA SANCIÓN A HOSTIGADORES CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	87%
TOTALMENTE DE ACUERDO	13%
EN DESACUERDO	0%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

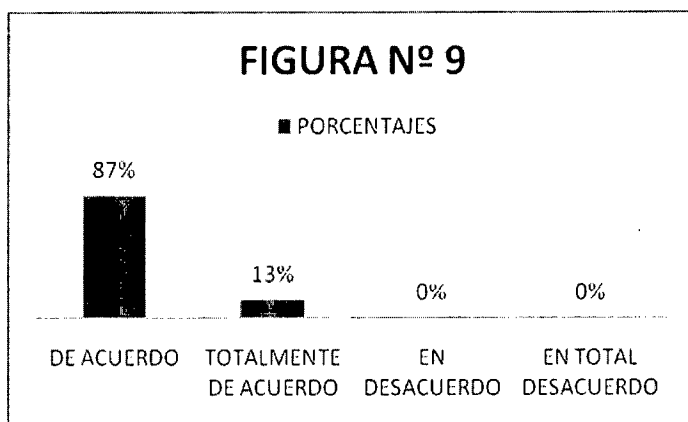


TABLA N° 10

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES NO PUEDE CONSIDERARSE COMO Falta GRAVE DE CARÁCTER DISCIPLINARIO, SINO COMO DELITO CUYA CALIFICACIÓN CORRESPONDE AL MINISTERIO PÚBLICO

OPINIONES	%
DE ACUERDO	62%
TOTALMENTE DE ACUERDO	38%
EN DESACUERDO	0%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

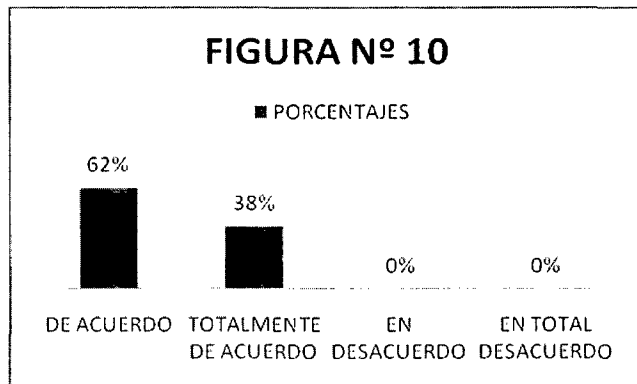


TABLA N° 11

DE SANCIONARSE EN LA VÍA PENAL A LOS HOSTIGADORES SEXUALES CONTRA MENORES, LAS PENAS DEBEN SER SEVERAS

OPINIONES	%
DE ACUERDO	8%
TOTALMENTE DE ACUERDO	92%
EN DESACUERDO	0%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

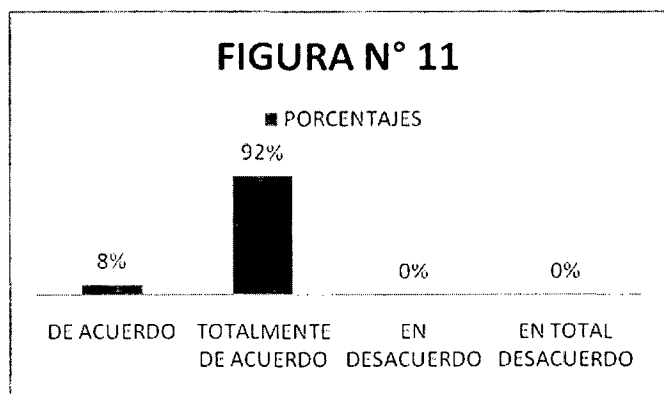


TABLA N° 12

EL JUZGAMIENTO DE DELITOS EXIGE POR PARTE DEL MAGISTRADO LA APLICACIÓN DE CRITERIOS DE LOS QUE CARECEN LOS FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS PARA EVALUAR ADECUADAMENTE Y SANCIONAR EL LLAMADO HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	75%
TOTALMENTE DE ACUERDO	25%
EN DESACUERDO	0%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

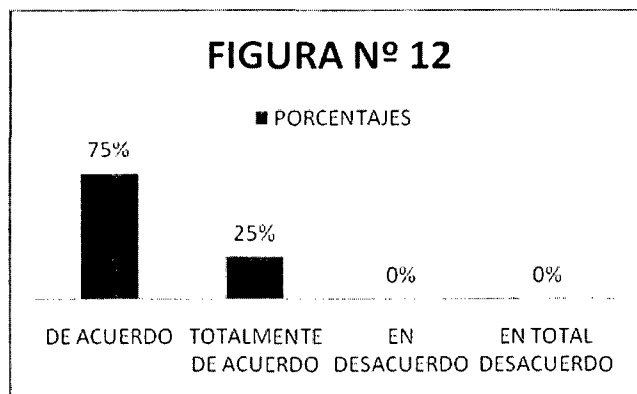


TABLA N° 13

DEBEN DEROGARSE Y/O LIMITARSE LAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS QUE INTENTAN SANCIONAR ACTOS QUE LESIONAN BIENES JURIDICOS PROTEGIDOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	62%
TOTALMENTE DE ACUERDO	38%
EN DESACUERDO	0%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

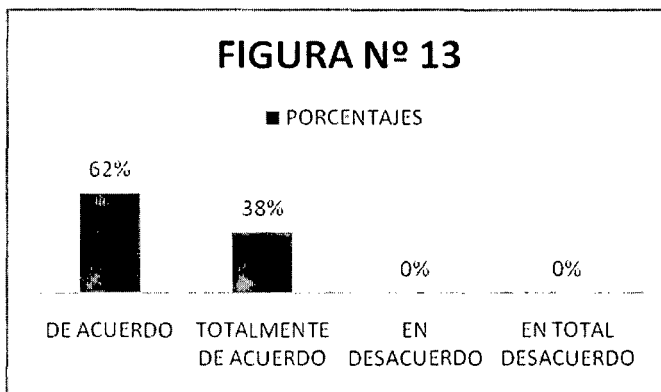


TABLA N° 14

LAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS QUE PRETENDEN SANCIONAR ACTOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL DE MENORES, SÓLO CONTRIBUYEN A HACER MÁS CONFUSO EL PANORAMA PARA SU DEBIDA SANCIÓN

OPINIONES	%
DE ACUERDO	50%
TOTALMENTE DE ACUERDO	25%
EN DESACUERDO	25%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

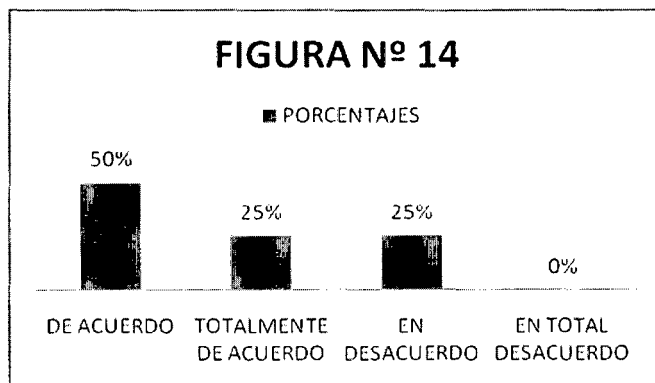


TABLA N° 15

LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS A LOS HOSTIGADORES SEXUALES NO SÓLO NO SON OPORTUNAS, SINO QUE TAMPOCO GUARDAN RELACIÓN CON LA GRAVEDAD DEL HECHO

OPINIONES	%
DE ACUERDO	74%
TOTALMENTE DE ACUERDO	13%
EN DESACUERDO	13%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

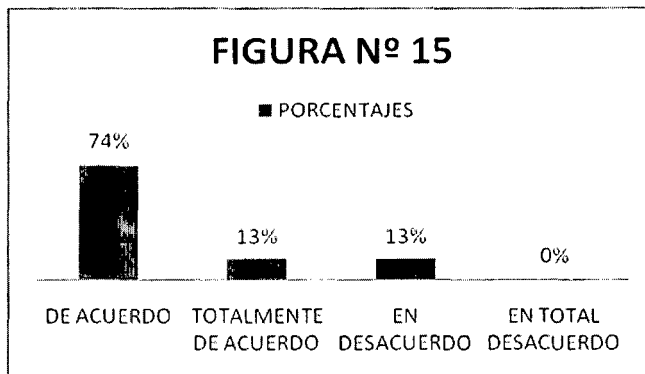


TABLA N° 16

LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS VIOLAN DIVERSOS PRINCIPIOS PROCESALES, COMO LOS DE: LEGALIDAD, DEBIDO PROCESO Y PROPORCIONALIDAD

OPINIONES	%
DE ACUERDO	87%
TOTALMENTE DE ACUERDO	13%
EN DESACUERDO	0%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

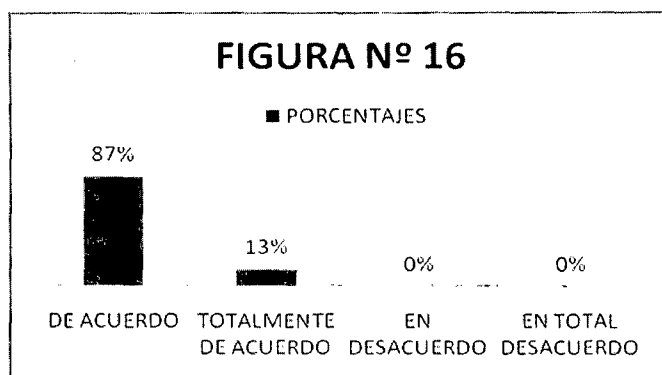


TABLA N° 17

LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA DEL LLAMADO HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES, MUCHAS VECES IGNORA EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE Y EL RESPETO A SUS DERECHOS

OPINIONES	%
DE ACUERDO	91%
TOTALMENTE DE ACUERDO	9%
EN DESACUERDO	0%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

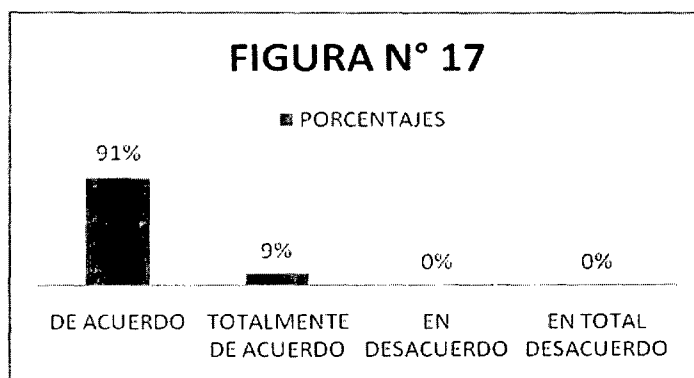


TABLA N° 18

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES, CONSTITUYE EN REALIDAD UN ULTRAJE VIOLENTO CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

OPINIONES	%
DE ACUERDO	49%
TOTALMENTE DE ACUERDO	38%
EN DESACUERDO	13%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

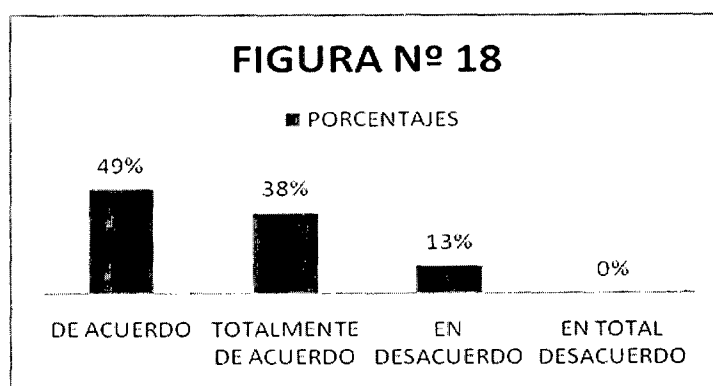


TABLA N° 19

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES, AL IGUAL QUE EL ABUSO SEXUAL, DEJA HUELLAS EN LA PERSONALIDAD DE NIÑOS Y ADOLESCENTES QUE AFECTAN SU ESTABILIDAD EMOCIONAL Y VIDA FUTURA

OPINIONES	%
DE ACUERDO	62%
TOTALMENTE DE ACUERDO	13%
EN DESACUERDO	25%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

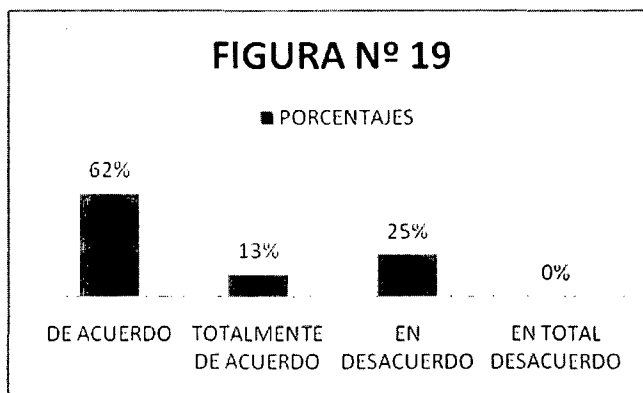


TABLA N° 20

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES, CASI SIEMPRE, SE CARACTERIZA POR PROPUESTAS DE FAVORES CON SIGNIFICADO SEXUAL

OPINIONES	%
DE ACUERDO	74%
TOTALMENTE DE ACUERDO	13%
EN DESACUERDO	13%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

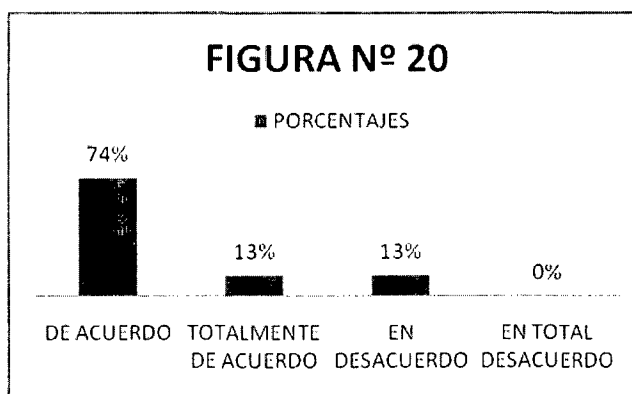


TABLA N° 21

LOS HOSTIGADORES SEXUALES TIENDEN A REPETIR SUS CONDUCTAS LESIVAS YA SEA CON EL MISMO SUJETO O CON OTROS SI NO SON DETENIDOS A TIEMPO

OPINIONES	%
DE ACUERDO	50%
TOTALMENTE DE ACUERDO	25%
EN DESACUERDO	25%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

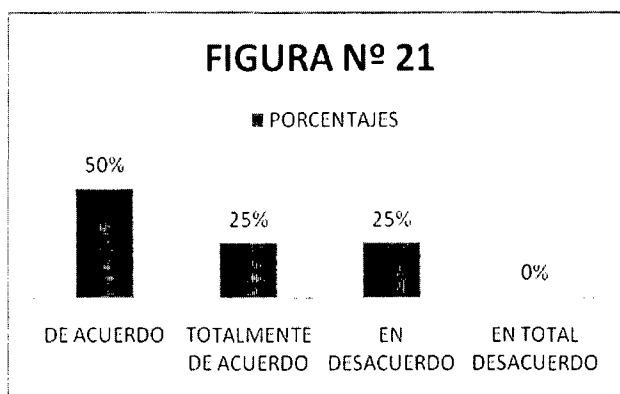


TABLA N° 22

LAS SANCIONES IMPUESTAS A DOCENTES HOSTIGADORES, EN SU MAYORÍA, QUEDAN EN LA VÍA ADMINISTRATIVA, SIENDO POCAS LAS DENUNCIAS QUE LLEGAN AL MINISTERIO PÚBLICO Y, POR ENDE, AL PODER JUDICIAL

OPINIONES	%
DE ACUERDO	87%
TOTALMENTE DE ACUERDO	13%
EN DESACUERDO	0%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%

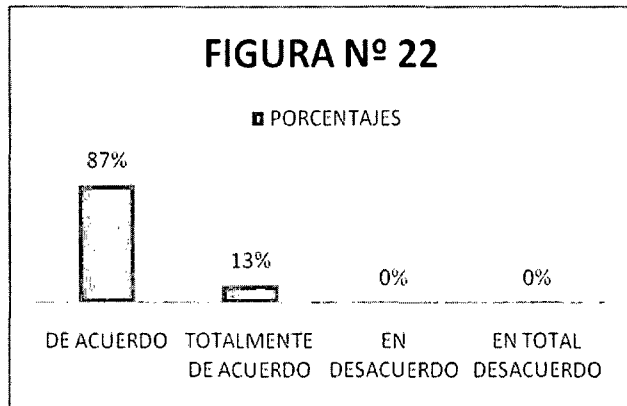
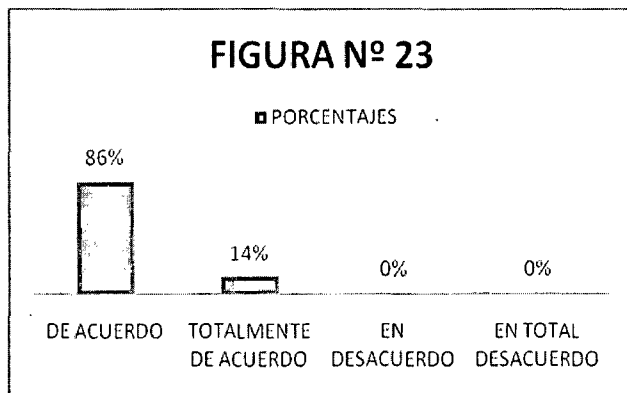


TABLA N° 23

EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONTRA MENORES, TAL COMO SE DESCRIBE EN LA LEY DE LA MATERIA CONTIENE ELEMENTOS TÍPICOS ESTABLECIDOS EN EL CÓDIGO PENAL

OPINIONES	%
DE ACUERDO	86%
TOTALMENTE DE ACUERDO	14%
EN DESACUERDO	0%
EN TOTAL DESACUERDO	0%
TOTAL	100%



CAPITULO V

DISCUSIÓN

5.1. ANÁLISIS DE LAS OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS

- 5.1.1 Existe acuerdo entre los magistrados acerca de la necesaria distinción de criterios a la hora de valorar el hostigamiento sexual contra adultos frente al que debe realizarse cuando dicha conducta está dirigida a menores de edad.
- 5.1.2 Los magistrados encuentran que el hostigamiento sexual contra menores, contiene elementos suficientes como para considerarla una conducta típica, antijurídica y culpable.
- 5.1.3 Existe opinión mayoritaria en el sentido que el hostigamiento sexual contra menores debe excluirse de la ley de la materia e incorporarse en el Código Penal como delito autónomo.
- 5.1.4 Con la misma orientación que la opinión anterior, se evidencia el acuerdo en el sentido que el uso de términos de naturaleza o connotación sexual (escrito o verbal), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima, deben penalizarse cuando se dirigen contra menores.
- 5.1.5 Habiéndose dado numerosos casos de hostigamiento sexual en centros educativos, (donde se concentran la mayoría de menores), en opinión de los magistrados, la sanción administrativa impuesta a docentes hostigadores sexuales dificulta la sanción penal cuando se produce el proceso penal.
- 5.1.6 Los magistrados consideran que existe una sobre abundancia normativa de índole administrativa en materia sexual contra menores.

- 5.1.7 Como consecuencia de lo anterior, están de acuerdo en que existe escasa posibilidad de sanción penal para un docente ya sancionado en la vía administrativa por hostigamiento sexual contra menores.
- 5.1.8 Dentro de la problemática escolar de hostigamiento sexual, los magistrados consideran que la acción penal debe llevarse a cabo en todo acto que lesione la indemnidad sexual contra menores, opinión que se corresponde con la facultad punitiva del Estado ante actos que afecten la indemnidad sexual de los menores de 14 años.
- 5.1.9 En la misma línea de pensamiento, están de acuerdo en que existen vacíos en la legislación penal que imposibilitan, o por lo menos dificultan, la sanción a hostigadores sexuales contra menores.
- 5.1.10 En un claro distanciamiento de las disposiciones administrativas, opinan que el hostigamiento sexual contra menores no puede considerarse como falta grave de carácter disciplinario, sino como delito cuya calificación corresponde al Ministerio Público.
- 5.1.11 De acuerdo a la nueva política criminal en materia de delitos sexuales, son de la opinión que, de sancionarse en la vía penal a los hostigadores sexuales contra menores, las penas deben ser severas.
- 5.1.12 Los encuestados están de acuerdo en que el juzgamiento de delitos exige por parte del magistrado la aplicación de criterios de los que carecen los funcionarios administrativos para evaluar adecuadamente y sancionar el llamado hostigamiento sexual contra menores.
- 5.1.13 Existe mayoritario acuerdo en deben derogarse y/o limitarse las disposiciones administrativas que intentan sancionar actos que lesionan bienes jurídicos protegidos de niños y adolescentes.

- 5.1.14 Asumiendo que el hostigamiento sexual contra menores atenta contra su indemnidad sexual, señalan que las disposiciones administrativas que pretenden sancionar dichos acto, sólo contribuyen a hacer más confuso el panorama para su debida sanción.
- 5.1.15 Aludiendo a los principios de oportunidad y de proporcionalidad, estiman que las sanciones administrativas a los hostigadores sexuales no sólo no son oportunas, sino que tampoco guardan relación con la gravedad del hecho.
- 5.1.16 Al mismo tiempo, y en igual sentido que la opinión anterior, confirman que las sanciones administrativas violan diversos principios procesales, como los de: legalidad, debido proceso y proporcionalidad.
- 5.1.17 En un análisis más profundo de la problemática planteada, están de acuerdo en que la sanción administrativa del llamado hostigamiento sexual contra menores, muchas veces ignora el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.
- 5.1.18 Desde el punto de vista conceptual, están de acuerdo en que el hostigamiento sexual contra menores, constituye en realidad un ultraje violento contra la indemnidad sexual de niños y adolescentes.
- 5.1.19 Desde el punto de vista valorativo de las consecuencias del hostigamiento sexual contra menores, al igual que el abuso sexual, considera que deja huellas en la personalidad de niños y adolescentes que afectan su estabilidad emocional y vida futura.
- 5.1.20 Existe acuerdo en cuanto a que el hostigamiento sexual contra menores, casi siempre, se caracteriza por propuestas de favores con significado sexual.



244

- 5.1.21 Poniendo en evidencia su apreciación de la peligrosidad de los hostigadores sexuales, están de acuerdo en que estos tienden a repetir sus conductas lesivas ya sea con el mismo sujeto o con otros si no son detenidos a tiempo.
- 5.1.22 Expresan su desconfianza en el tratamiento administrativo del hostigamiento sexual contra menores, al expresar que las sanciones impuestas a docentes hostigadores, en su mayoría, quedan en la vía administrativa, siendo pocas las denuncias que llegan al Ministerio Público y, por ende, al Poder Judicial.
- 5.1.23 Reiteran su acuerdo en cuanto a que el hostigamiento sexual contra menores, tal como se describe en la ley de la materia contiene elementos típicos establecidos en el Código Penal.

5.2. ANÁLISIS SITUACIONAL DE DOCENTES INCULPADOS EN DELITOS SEXUALES EN AGRAVIO DE SUS ESTUDIANTES

Durante el año 2007, setenta y siete (77) docentes de instituciones educativas fueron denunciados por acoso y hostigamiento sexual contra alumnos. Los nombres de estos docentes pasaron a un registro nacional para su identificación

““¿Te gusta?”, le preguntó Feliciano Isidro Anampa Velarde (41), a la pequeña L. R. E. L. mientras deslizaba su mano entre las piernas de la menor y le tocaba sus partes íntimas. También le tapaba la boca con su otra mano con olor a tiza cuando ella le decía que no y le suplicaba aterrorizada que la soltara. Durante semanas este sujeto la vejó, según consta en el certificado del médico legista, y le dijo que si le decía algo a "mami" la haría repetir el año.”¹²⁷

¹²⁷ MAGISTERIO PERUANO: El magisterio y la educación peruana. <http://magisteriooperu.blogspot.com/2007/05/denuncian-61-profesores-violadores.html>, 5/04/2007

No obstante, sólo cinco maestros han sido separados definitivamente del cargo, habiéndose dispuesto sólo suspensión por tres, dos, un año o seis meses. De acuerdo al Ministerio de Educación, los casos se han presentado según la siguiente frecuencia:

UGEL N° 2 del Rímac:	17 casos.
Provincia Constitucional del Callao:	11 casos
UGEL N° 4 de Comas:	10 casos
UGEL N° 1 de San Juan de Miraflores:	9 casos
UGEL N° 5 de San Juan de Lurigancho:	5 casos
UGEL N° 6 de Ate Vitarte:	5 casos
UGEL N° 3 de Lima	3 casos
UGEL N° 7 de San Borja:	1 caso

El Registro de docentes y personal administrativo sentenciado por el Poder Judicial por actos contra el pudor en agravio de sus alumnos, incluye a las siguientes personas, que se suman a los casos de Lima:

Nombre	Jurisdicción	Resolución
Montes Borjas, Carlos Alberto	UGEL 06 (LIMA)	R.D 03601-06
Pouis Racuay, Isaias	UGEL 15 (Lima Provincias)	R.D 0439-01
Aguirre Pardo, Papias León	UGEL HUARI (Lima Provincias)	R.D 00098-01
Herrera Yupanqui, Jesús	DRE PASCO	R.D 3781-02
Herrera Yupanqui, Marco Antonio	DRE PASCO	R.D 3781-02
Manrique Veliz, Rudy Elifo	UGEL 06 (LIMA)	R.D 043821-02
Valles Rengifo, Víctor Orlando	UGEL LORETO-NAUTA	R.D 0691-03-DUGE-LN-D
Quenaya Rojas, Ubaldo	DRE PUNO	R.D 3159-03
Jacinto Llamota, Héctor Germán	UGEL NAZCA (ICA)	R.D 828-03
Verde Cabrera, Emilio Luciano	UGEL OTUZCO (LA LIBERTAD)	R.D 567-03
Barrios Pachas, Oswaldo	UGEL CHINCHA (ICA)	R.D 01210-04

Curay Wilfredo	Alburqueque,	UGEL SULLANA (PIURA)	R.D 01707-04
Iparraguirre Terencio	Velásquez,	UGEL PATAZ (LA LIBERTAD)	R.D 0792-04
Gonzáles Alberto	Quispe, Raúl	DRE TACNA	R.D 0226-04
Juez Nampin, Manuel		DRE SAN MARTIN	R.D 0740-04
Cornejo Hinojosa, Lizandro		UGEL LA UNION (AREQUIPA)	R.D 0046-05
Fernández Soto, Maximiliano		UGEL LA UNION (AREQUIPA)	R.D 0047-05
Solano García, Dandy		UGEL PALLASCA (ANCASH)	R.D 01298-05
Valdivia Pizarro, Gregorio Manuel		UGEL SANTA (ANCASH)	R.D 00359-06
Misajel César	Chira, Valeriano	UGEL HUAYTARA (HUANCAVELICA)	R.D 0117-06
Saavedra Corrales, Abraham		UGEL PALLASCA (ANCASH)	R.D 00848-06
Rojas Varillas, Hernán Roy		DRE HUANUCO	R.D 0846-07
Huapalla Tarazona, Samuel		UGEL 01 (LIMA)	R.D 03837-04

En el caso de docentes sentenciados, las penas oscilan entre dos (02) y doce (12) años de pena privativa de libertad, habiendo sido impuesta esta última sanción penal a un solo docente, siendo de cuatro (04) años la mayoría de ellas.

5.3. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

HIPÓTESIS CENTRAL

El hostigamiento sexual contra menores de catorce años contiene elementos que hacen necesaria su sustracción del ámbito administrativo y su tipificación como delito autónomo contra la indemnidad sexual, implicando una reforma parcial del Código Penal.

La hipótesis central se encuentra respaldada por lo siguiente:

1. Las observaciones del Comité de los Derechos del Niño de fecha 22 de febrero de 2000, expresaron la preocupación de dicho organismo en el sentido que los abusos físicos y sexuales de los niños -dentro y fuera de la

familia- siguen siendo fenómenos difundidos en el Perú. Recomendó que el Perú siga adoptando medidas eficaces para prevenir y combatir el abuso y el maltrato de los niños dentro de la familia, en la escuela y en la sociedad en general.

2. La Convención Interamericana de Derechos Humanos, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, le reconoce al niño el derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.
3. La Convención Sobre los Derechos del Niño, señaló que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Asimismo, recomienda que los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial. Por otro lado compromete a los Estados Partes a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales.
4. El análisis conceptual del hostigamiento sexual, nos lleva a concluir que en dicha conducta, el chantaje constituye uno de sus elementos y, aunque el chantaje está tipificado en el artículo 201 del Código Penal y protege un bien jurídico diferente, incluye el elemento de coacción que también está presente en el hostigamiento sexual. En efecto, en el hostigamiento sexual

contra menores de catorce años, se dan como elementos una situación de coacción especial con orientación sexual y la posición dominante por parte del primero hacia el segundo. Esto lo reconoce la propia Ley contra el hostigamiento sexual, al considerar como manifestaciones las amenazas como exigencia, implícita o explícita, de una conducta no deseada por la víctima que atente o agravie su dignidad; los acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulten ofensivos y no deseados por la víctima; y el trato ofensivo u hostil por el rechazo de las conductas del agresor.

5. La Defensoría del Pueblo, ha señalado que “...se presenta la discusión sobre si el objeto de protección consiste únicamente en la libertad sexual o si esta debe complementarse con la indemnidad o intangibilidad sexual, básicamente en los casos de menores de edad o incapaces, debido a su falta de capacidad jurídica.” (cita a pie de página 22)
6. El Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337, crea la Defensoría del Niño y del Adolescente, una de cuyas funciones, vinculada a la indemnidad sexual de los niños y adolescentes, es intervenir cuando se encuentren amenazados o vulnerados sus derechos para hacer prevalecer el principio del interés superior; y denunciar ante las autoridades competentes las faltas y delitos cometidos en agravio de los niños y adolescentes.
7. En el derecho comparado, existe la tendencia a tipificar el acoso sexual como delito (Argentina, Brasil, España, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay)
8. De acuerdo a la doctrina, el acoso sexual comprende las modalidades del **quid pro quo o acoso sexual vertical o chantaje sexual propiamente u hostigamiento sexual**, en el que interesa, por su importancia, la protección del bien jurídico indemnidad sexual de los menores de catorce años. En el mismo sentido, el hostigamiento sexual, en buena cuenta es una forma de acoso sexual, pues en realidad está referido al acoso quid pro quo o acoso vertical o chantaje sexual, por eso muchos autores señalan que se trata de lo mismo.

9. Existe interpretación restrictiva del hostigamiento sexual que lo limita a comportamientos de carácter sexual que exijan al menos un contacto físico entre la persona acosada y el acosador o un tercero, constituyen el límite máximo los tocamientos realizados por la víctima sobre su propio cuerpo. (cita a pie de página 55)
10. También existe opinión en el sentido establecer algunas agravantes de la pena, en razón a circunstancias especiales de la víctima, como lo es, el hecho de que el delito sea cometido por un maestro en perjuicio de alguno de sus alumnos o por virtud de la corta edad de la víctima, haciendo una excepción para perseguirlo de oficio, por los probables perjuicios psicológicos, cuando se trate de menores de edad o enfermos mentales.
11. Hay opinión en el sentido de aceptar que la constitución del tipo se da por el hecho que el agente deberá aprovecharse de la condición de superior jerárquico o de su influencia, como en el caso de un profesor respecto a su alumno. (cita a pie de página 61)
12. Los Magistrados encuestados coinciden en que el hostigamiento sexual contra menores, contiene elementos suficientes como para considerarla una conducta típica, antijurídica y culpable, por lo que debe excluirse de la ley de la materia e incorporarse en el Código Penal como delito autónomo.

HIPÓTESIS SECUNDARIAS

1. *La legislación peruana resulta contradictoria, al calificar en una norma especial el hostigamiento sexual frente a menores como faltas administrativas denominadas “hostigamiento sexual”; cuando en realidad, la sanción efectiva sólo sería posible cuando esté contemplada como una conducta típica, antijurídica y culpable.*

La Ley N° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, tiene por objeto prevenir y sancionar administrativamente el hostigamiento sexual producido en las relaciones de autoridad o dependencia, cualquiera sea la forma jurídica de esta relación. La propia Ley, al señalar los elementos constitutivos del Hostigamiento Sexual, dice

que estos pueden caracterizarse ya sea por el sometimiento de la víctima según ésta acceda, mantenga o modifique su situación laboral, educativa, policial, militar, contractual o de otra índole. Para el efecto, se reconoce la manifestación de conductas tales como amenazas mediante las cuales se exija en forma implícita o explícita una conducta no deseada por la víctima que atente o agravie su dignidad; el uso de términos de naturaleza o connotación sexual (escritos o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima; acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulten ofensivos y no deseados por la víctima y trato ofensivo u hostil por el rechazo de las conductas, todas las cuales justificarían sustraerlas de dicha norma e incorporarlas al Código Penal. Esta disposición resulta insuficiente para proteger la indefinida sexual de los menores de catorce años.

2. *La normatividad administrativa contribuye a confundir a las autoridades y resulta protectora de los agresores contra menores.*

La legislación peruana resulta contradictoria, al calificar en una norma especial los delitos contra la indemnidad sexual de menores como faltas administrativas denominadas “hostigamiento sexual”. Junto a la Ley contra el hostigamiento sexual, existen otras, especialmente del Sector Educación, orientadas a sancionar administrativamente las conductas de docentes y personal administrativo lesivas de la indemnidad sexual de menores de catorce años. Como consecuencia de tales conductas, por un lado se apertura el respectivo proceso administrativo disciplinario, a la vez que se inicia el proceso penal. En lo administrativo, el proceso es largo y no regarantiza la sanción en caso de existir responsabilidad, pero al mismo tiempo, este proceso, de ser absuelto el procesado, redundará a favor de éste si en el proceso penal se encuentran indicios razonables de culpabilidad, con lo que a la postre el imputado resulta favorecido. De las penas impuestas a los docentes procesados por delitos sexuales en el Perú, se

aprecia la benevolencia con que han sido sancionados por el Poder Judicial y esto podría explicarse porque no existe penalidad para el hostigamiento sexual contra menores de catorce años, interpretándose la conducta como delitos contra el pudor.

En opinión de los magistrados encuestados, la sanción administrativa impuesta a docentes hostigadores sexuales dificulta la sanción penal cuando se produce el proceso penal, así como están de acuerdo en que existe escasa posibilidad de sanción penal para un docente ya sancionado en la vía administrativa por hostigamiento sexual contra menores. En la misma línea de pensamiento, asumiendo que el hostigamiento sexual contra menores atenta contra su indemnidad sexual, señalan que las disposiciones administrativas que pretenden sancionar dichos acto, sólo contribuyen a hacer más confuso el panorama para su debida sanción.

3. *La normatividad administrativa afecta el interés superior del niño, víctima del hostigamiento sexual por parte del personal de las instituciones educativas.*

La Ley N° 27337, Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, en su Artículo IX, declara el Interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad. Este interés superior figura también en la doctrina de la Protección Integral de la Convención de los Derechos de los Niños, de 1989, entendida como la prioridad que se deben dar a estos derechos por parte del Estado, pero además, la obligación de interpretar de manera conjunta e integral todos los derechos, con el fin de que ninguno de ellos interpretado o aplicado de manera aislada pueda desconocer otro.

El Comité de los Derechos del Niño, recomendó al Perú que se tomen más medidas para garantizar la aplicación del principio del "interés superior del niño", el cual también debe reflejarse en todas las políticas y los

programas relacionados con los niños,. Lo que evidencia que dicho interés no está debidamente garantizado en nuestro país.

Prueba de dicha falta de garantía se encuentra en la misma Ley Contra el Hostigamiento Sexual que se limita a señalar que *“Para el caso de niños, niñas y adolescentes se considerará para efectos de determinar la sanción correspondiente, cualquier acto de hostigamiento sexual como acto de hostigamiento sexual de la mayor gravedad.”*

Al respecto, la doctrina ya ha señalado que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. (cita a pie de página 102), más aún cuando el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de interés superior del niño constituye *“un parámetro o criterio de valoración de un derecho, relación jurídica o situación concreta o en la solución de un conflicto de derechos”*

4. *El hostigamiento sexual ambiental horizontal no institucional se encuentra fuera de los alcances de la norma administrativa y penal, por lo que es considerada atípica, escapando a todo forma de control estatal generando una cifra negra; por lo que sólo la tipificación penal permitirá su control.*

El hostigamiento sexual ambiental horizontal o no institucional es atípico por disposición del propio reglamento de la Ley N° 27942 - Decreto Supremo N° 010-2003-MIMDES, cuyo literal 1) del artículo 1, dispone: ***“Relación Ambiental Horizontal no Institucional.- Es aquella que por naturaleza no le corresponde una relación asimétrica de poder o verticalidad, y que las personas a que se refieren serán aquellas no comprendidas en las Instituciones a que alude la Ley, constituyendo actos de Hostigamiento Sexual atípicos, al no estar previa y expresamente descritos en la Ley.”*** Por otro lado, el hostigamiento sexual contra menores no está regulado por la Ley N° 27942 ni por su reglamento el Decreto Supremo N° 010-2003-MIMDES, pues esta última norma, en caso de menores de edad, nos remite al literal a) del artículo 18 de la Ley N° 27337 – Código de los Niños y Adolescentes, el mismo que al establecer los derechos económicos, sociales y culturales de los niños y de los

adolescentes, dispone “*Artículo 18.- Los Directores de los centros educativos comunicarán a la autoridad competente los casos de:*

- a) *Maltrato físico, psicológico, de acoso, abuso y violencia sexual en agravio de los alumnos...*”

Por otro lado, el mismo código en el artículo 69° hace alusión a las contravenciones a los derechos de los niños y adolescentes y los define como todas aquellas acciones u omisiones que atentan contra el ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes señalados en la ley y, si bien en su persecución intervienen la Fiscalía de Familia, la Defensoría del Niño y del Adolescente y el Juzgado de Familia, la finalidad es eminentemente tutelar a favor del menor agraviado y no así la sanción efectiva del agresor; más aún si el hostigamiento sexual ambiental horizontal no institucional es atípico. Por ello, decimos que existe una cifra negra y que el hostigamiento sexual contra menores de edad se encuentra amparado parcialmente y sólo en la versión ambiental vertical.

La estadística recogida por la **Red Peruana contra la Pornografía Infantil** publicada en el **Diario La República** – ANDINA, informó que según encuesta de carácter nacional realizada entre abril del 2007 y septiembre del 2008, el 56% de adolescentes del Perú han sido acosados u hostigados de diversas formas a través del Internet y el 71% ha visto fotos o videos pornográficos alguna vez en su vida. El hostigamiento de que son víctima los menores pueden ser desde los insultos, amenazas y chantajes, hasta la búsqueda de información y datos personales, todo a través del servicio de Hotmail, Hi5, Facebook, Messenger, entre otros. Pero estos actos provienen de terceros con quienes la víctima no tiene relación de verticalidad alguna y que por ser consideradas atípica están fuera del alcance tanto de la ley administrativa como penal. En este caso no sólo falla el sistema administrativo sino por el contrario, todo el sistema estatal, pues ignora es hecho y permite formas horribles de afectación de la indemnidad sexual de los menores de catorce años; por lo que la salida a efectos de una real protección es la penalización del hostigamiento sexual en sus dos versiones.

5. *La incorporación del hostigamiento sexual, tipificándolo como delito, en el ámbito penal, garantiza una auténtica protección a la indemnidad sexual de los menores.*

La indemnidad sexual es un bien jurídico relevante, merecedor de protección en función del interés superior del niño, dentro del principio de legalidad. Las medidas administrativas adoptadas en nuestro país contra actos que lesionan la indemnidad sexual contra menores de catorce años, han tornado confuso su tratamiento propiciando la evasión de la sanción penal, en lugar de contribuir a la administración de justicia. En vista que en aplicación del principio de legalidad previsto en el literal d) del numeral 24 de la Artículo 2 de la Constitución Política del Estado los delitos y las penas sólo pueden crearse por ley planteamos la tipificación del hostigamiento sexual como delito, pues mientras no esté tipificado el Estado nunca podrá sancionarlos punitivamente. Esto, en razón que el sistema legal administrativo contiene fallas que no sólo hacen largo y tortuoso el camino para la sanción del hostigamiento sexual, sino que, como ya hemos demostrado, no garantizan en absoluto el castigo al responsable.

Por otras parte, cuando se judicializa un caso de hostigamiento sexual, el Poder Judicial, las más de las veces, tiene que acudir a la figura típica del delito contra el pudor, minimizando sin querer la gravedad de la conducta e impidiendo la persecución y sanción de la verdadera conducta. Ello, a pesar que el Código Civil garantiza el derecho del niño a vivir en un ambiente sano y a su integridad personal, refiriéndose específicamente al respeto a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar, no pudiendo ser sometido a tortura, ni a trato cruel o degradante. De allí que la tutela de los derechos fundamentales del niño está expresamente regulada como “deber especial”.

Desde esta perspectiva, el hostigamiento sexual contra menores de catorce años, no puede seguir considerándose como falta administrativa, siendo necesario por tanto incorporarlo, tipificándolo como delito, en el ámbito

penal, a fin de garantizar una auténtica protección a la indemnidad sexual de los menores.

Dentro de la problemática escolar de hostigamiento sexual, los magistrados consideran que la acción penal debe llevarse a cabo en todo acto que lesione la indemnidad sexual contra menores, opinión que se corresponde con la facultad punitiva del Estado ante actos que afecten la indemnidad sexual de los menores de 14 años. Asimismo, consideran que existen vacíos en la legislación penal que imposibilitan, o por lo menos dificultan, la sanción a hostigadores sexuales contra menores. En cuanto al juzgamiento de delitos, señalan que ello exige por parte del magistrado la aplicación de criterios de los que carecen los funcionarios administrativos para evaluar adecuadamente y sancionar el llamado hostigamiento sexual contra menores.

Aludiendo a los principios de oportunidad y de proporcionalidad, los magistrados, estiman que las sanciones administrativas a los hostigadores sexuales no sólo no son oportunas, sino que tampoco guardan relación con la gravedad del hecho.

CAPÍTULO VI CONCLUSIONES

1. La preocupación por el alarmante incremento de abusos sexuales contra menores, ha conducido al legislador a plasmar dicha preocupación en normas específicas. Sin embargo, una apreciación equivocada de las conductas de índole sexual manifestadas contra los niños, ha hecho caer en el error de extender el concepto de hostigamiento sexual perpetrado contra adultos en el ámbito laboral, a los niños menores de catorce años, en quienes el bien jurídico protegido no es la libertad sexual, sino la indemnidad sexual.
2. Por otro lado, en el hostigamiento sexual en general y, específicamente cuando se produce contra menores de catorce años, existe como elemento el chantaje que, si bien está tipificado dentro de los delitos contra el patrimonio, nada obsta que adopte el significado que corresponde respecto a conductas sexuales. Debe diferenciarse también el tipo de relación que puede producirse entre dos adultos de aquella en que el adulto, desde una posición dominante chantajea al niño para lograr favores sexuales.
3. De tal error, en un justificado afán de proporcionar una mayor protección a la niñez, se han dictado normas de carácter administrativo, especialmente en el Sector Educación, probablemente porque es allí donde se concentran miles de niños, al cuidado de adultos que en los últimos años han sido denunciados por delitos sexuales contra menores. No obstante, la sobreabundancia normativa no ha contribuido a resolver el problema y, por el contrario, dados los escrúpulos por el respeto al debido proceso en el aspecto disciplinario, se ha creado una especie de isla en la que se refugian los maestros a quienes se les imputa conductas de inapropiadas de índole sexual contra menores. En ese sentido, los magistrados encuestados han manifestado que las normas administrativas crean dificultades a los operadores de justicia al momento de juzgar los delitos.

4. La preocupación de regular administrativamente el hostigamiento sexual dentro de entidades donde existe subordinación o algún grado de dependencia entre la víctima y el victimario, hizo perder de óptica al hostigamiento sexual que se produce fuera del ambiente institucional donde no hay relación asimétrica; sin embargo, esta forma de hostigamiento en contra de menores es la más frecuente, pero que no puede ser controlado por ausencia de norma que la tipifique conforme han señalado tanto los magistrados fiscales como jueces. Simplemente, en esta modalidad de hostigamiento sexual, el Estado no interviene.

5. La sanción efectiva del hostigamiento sexual sólo será posible cuando esté contemplada como una conducta típica, antijurídica y culpable. Con mayor razón cuando la propia Ley N° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, contempla como elementos constitutivos del hostigamiento sexual el sometimiento de la víctima según ésta acceda, mantenga o modifique su situación laboral, educativa, policial, militar, contractual o de otra índole, mediando para el efecto las amenazas; uso de términos de naturaleza o connotación sexual; acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual para lograr una conducta no deseada por la víctima que atente o agravie su dignidad; resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima. Estos elementos tienen una clara connotación, penal, lo que justifica sustraerlos de la norma administrativa e incorporarlos al Código Penal, dado que tal disposición resulta insuficiente para proteger la indefinida sexual de los menores de catorce años.

6. Más allá de ser ampulosa, la legislación administrativa resulta también contradictoria al crear una especie de régimen administrativo especial a favor de los docentes, que violenta y limita la facultad punitiva del Estado. En ese sentido, lejos de resultar protectoras de los menores, las normas administrativas propician la impunidad.

7. En el hostigamiento sexual contra menores, están implícitos conceptos de elevadísima relevancia, como son el interés superior del niño, su indemnidad

sexual y derechos fundamentales consagrados en tratados internacionales reconocidos por el Perú, cuya lesión no puede limitarse a consideraciones meramente administrativas, sobre todo cuando se comete con violencia y desde una posición de autoridad. Como ya hemos señalado en el marco teórico, el interés superior figura en la doctrina de la Protección Integral de la Convención de los Derechos de los Niños, de 1989, entendida como la prioridad que se deben dar a estos derechos por parte del Estado, pero además, la obligación de interpretar de manera conjunta e integral todos los derechos, con el fin de que ninguno de ellos interpretado o aplicado de manera aislada pueda desconocer el otro.

8. El proceso administrativo disciplinario contra docentes que lesionan la indemnidad sexual de menores de catorce años, en lugar de constituir una garantía de sanción ejemplar, es el inicio de un largo proceso en el que la víctima es expuesta a situaciones indeseables para verificar los hechos, ocurriendo otro tanto en caso se apertura el proceso penal. A la vez, la justicia no se preocupa del daño psicológico ocasionado a la víctima.

9. La protección de la indemnidad sexual como bien jurídico relevante, debe darse, sin embargo, dentro de los alcances del principio de legalidad, en estricto acatamiento de lo establecido en el literal d) del numeral 24 de la Artículo 2 de la Constitución Política del Estado. En tal sentido, es preciso crear el delito de hostigamiento sexual contra menores y sus correspondientes penas, a fin de sancionarlo punitivamente.

CAPITULO VII

RECOMENDACIONES

1. Redefinir el concepto de hostigamiento sexual, asignándole la categoría de delito, tomando en cuenta sus elementos constitutivos, la posición del agente y de la víctima y la connotación de la conducta, sustrayendo la conducta del ámbito administrativo e incorporándola al ámbito penal, tipificándola y estableciendo las sanciones conforme a la gravedad del hecho en relación con el bien jurídico protegido indemnidad sexual, debiendo constituir agravante la condición de docente u otra forma de superioridad o jerarquía.
2. La tipificación del hostigamiento sexual como delito, debe considerar también el interés superior del niño y su derecho fundamental a vivir y desarrollarse en un ambiente sano y equilibrado.
3. Una vez tipificado el hostigamiento sexual contra menores de 14 años como delito, deben derogarse todas las normas administrativas, estableciéndose la obligación de quien tiene conocimiento del delito a denunciarlo ante el Ministerio Público, bajo responsabilidad de ser procesado como encubridor.
4. La norma penal debe, también, establecer la obligación del magistrado a disponer el tratamiento psicológico tanto del condenado como de la víctima.
5. Frente a las evidencias encontradas, planteamos un proyecto de ley modificatorio del Código Penal, que tipificaría el hostigamiento sexual contra menores como delito, en los términos siguientes:

**PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA EL HOSTIGAMIENTO
SEXUAL COMO DELITO AL CÓDIGO PENAL Y MODIFICA Y
DEROGA DIVERSAS NORMAS SOBRE LA MATERIA**

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El presente proyecto de ley se inspira en los derechos fundamentales de la persona y en los derechos del niño, consagrados en la Carta Magna y en los Tratados Internacionales suscritos por el Perú, que sirven de base para garantizar una mayor protección a la indemnidad sexual de los menores de catorce años frente a actos de índole sexual considerados en la legislación administrativa como hostigamiento sexual.

El objetivo principal de este proyecto de ley es incorporar el hostigamiento sexual al Código Penal, tipificándolo como delito, al mismo tiempo que sustraer dicha conducta de la norma administrativa cuando se trata de menores de catorce años.

Asimismo, se pretende dotar a los operadores de justicia de un instrumento eficaz en materia de delitos sexuales, para penalizar una conducta lesiva de un bien jurídico protegido, cuyo elemento principal es el chantaje sexual o acoso sexual quid pro quo o acoso sexual vertical, pero también el hostigamiento sexual ambiental horizontal no institucional u hostigamiento sexual atípico.

Se debe tomar en cuenta que dentro del principio de intervención mínima del derecho penal encontramos la subsidiariedad y fragmentariedad, que en buena cuenta son principios limitadores de la función punitiva estatal y que orientan a que el derecho penal sólo se utilice cuando se verifique la inexistencia o inoperatividad de otros mecanismos de protección de bienes jurídicos y que deben ser objeto de protección sólo los bienes jurídicos más importantes, que en el presente caso se pretende que sea la indemnidad sexual de los menores de catorce años, pues ni la norma tutelar de los menores ni la norma administrativa son eficaces para conjurar el hostigamiento sexual contra estos menores. Ello, teniendo en cuenta que existen niveles de conductas de acoso sexual así como de hostigamiento sexual en los que se contemplan la interacción verbal o no verbal,

el contenido del mensaje (menos o más coercitivo) y la presencia o no de contacto físico.

El hostigamiento sexual penal de menores de edad, en concordancia con el principio de legalidad, puede ser definido como una coacción física, moral o de cualquier otra naturaleza, dirigida a un menor de catorce años (hombre o mujer) por medio de ineludibles insinuaciones sexuales, pero no con el objetivo de practicar el acto sexual, aprovechándose el autor (hombre o mujer) de determinadas circunstancias que lo/la sitúan en una posición destacada y de superioridad en relación a la persona hostigada, sea en razón de su empleo, de su función o de su cargo o cuando estos hechos se dan entre personas que no guardan relación de dependencia o superioridad siendo la víctima siempre un menor de catorce años .

Lo anterior, pone de manifiesto la importancia y el carácter esencial del principio de legalidad en el Derecho Penal, garantizándose de este modo que nadie sea castigado sin una ley anterior que defina claramente el respectivo hecho como infracción penal, es decir, que lo tipifique.

De esta forma, si el hecho no guarda estrecha correspondencia con la norma jurídico-penal, evidentemente falta tipicidad y, por consiguiente, no hay delito que punir.

No hay en nuestra legislación ninguna figura penal que tipifique de manera específica y abstracta la conducta de hostigar a algún menor con un interés sexual, como ya ocurre en la legislación penal española (art. 184 del Código Penal de 1995), en el francés, el italiano y el portugués, en los cuales se tipifica el delito pero como *acoso sexual*. Sin embargo, en alguna jurisprudencia nacional y algunos dictámenes fiscales, el hostigamiento sexual se ha identificado con la figura del delito de coacción o actos contra el pudor en menores de catorce años, previstos en los artículos 151 y 176-A del Código Penal. Empero en el primer delito, el bien jurídico tutelado es la libertad individual de autodeterminación, a diferencia del hostigamiento sexual que consiste en una coacción especial pluriofensiva que puede afectar tanto la libertad personal como la indemnidad sexual.

Otros por el contrario, han tratado de asimilar el hostigamiento sexual a la figura de “actos contra el pudor en menores de catorce años”, pero tampoco es exacto, en razón que los tocamientos propios de los actos contra el pudor constituyen sólo una de las formas en que se manifiesta el hostigamiento sexual.

Lo cierto es que respecto al hostigamiento sexual, desde el punto de vista penal, hay ausencia del tipo que lo regule; en ese sentido es preciso hacer mención a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en el Expediente N° 08264-2006-HC/TC, que refiriéndose al control constitucional del principio de legalidad, ha establecido que el Tribunal Constitucional no es competente para analizar si determinada conducta se encuentra subsumida en un tipo penal adecuadamente, en la medida de que tal función es competencia exclusiva del juez penal.

En conclusión, para sancionar eficazmente el hostigamiento sexual en menores de catorce años, dicha conducta debe estar contenida en el catálogo penal, hecho que enfrenta otros problemas como el carácter subsidiario y fragmentario del derecho penal.

INCIDENCIA DE LA PROPUESTA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

De aprobarse el presente proyecto, se estaría llenando un vacío legal que mantiene en situación de indefensión a los menores de catorce años de edad contra actos que lesionan su indemnidad sexual, la que forma parte de sus derechos fundamentales.

Para el efecto modifica los siguientes dispositivos legales:

1. El Decreto Supremo N° 010-2003-MIMDES, Reglamento de la Ley N° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual.
2. La Directiva N° 002-2006-VMGP/DITOE, que establece las Normas para el Desarrollo de las Acciones y Funcionamiento de las Defensorías Escolares del Niño y del Adolescente (DESNAS) en Instituciones Educativas.

Asimismo, deroga y modifica las siguientes normas:

1. Deroga el Inciso 2 del Artículo 2 y Artículo 17 de la Ley N° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual.
2. Modifica el Artículo 176-A del Código Penal – Actos contra el pudor en menores de 14 años.
3. Deroga en lo que corresponde la Ley N° 27911, Ley que regula medidas administrativas extraordinarias para el personal docente o administrativo implicado en delitos de violación de la Libertad Sexual

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

El proyecto de ley propone medidas de protección eficaces a favor de la indemnidad sexual de los menores de catorce años ante el alarmante incremento de delitos contra este grupo vulnerable. Por otro lado, al tipificarse el hostigamiento sexual contra menores como delito en el Código Penal, se instrumentaliza en ultima ratio la justicia, facilitando la labor de los operadores, al mismo tiempo que se descongestiona de procesos administrativos disciplinarios ineficaces a la administración del Estado.

**PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL
INCORPORANDO EL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL Y
DEROGA ARTICULOS DE DIVERSAS NORMAS ADMINISTRATIVAS**

Artículo 1º.- Deroga el inciso 2 del Artículo 2 y el Artículo 17 de la Ley N° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, el Decreto Supremo N° 010-2003-MIMDES - Reglamento de la Ley N° 27942, la Ley N° 27911, Ley que regula medidas administrativas extraordinarias para el personal docente o administrativo implicado en delitos de violación de la Libertad Sexual y la Directiva N° 002-2006-VMGP/DITOE, que establece las Normas para el Desarrollo de las Acciones y Funcionamiento de las Defensorías Escolares del Niño y del Adolescente (DESNAS) en Instituciones Educativas..

Artículo 2º.- Modifica el Artículo 176-A del Código Penal e incorpora en el Capítulo IX del Título IV del indicado Código, tipificando, la figura del Hostigamiento sexual contra menores de catorce años, con el texto siguiente:

“El que sin propósito de practicar el acto sexual u otro análogo, realiza contra una persona menor de catorce años, amenazas mediante las cuales se exija en forma implícita o explícita una conducta de naturaleza sexual; use términos escritos o verbales de naturaleza o connotación sexual; insinuaciones o proposiciones sexuales, gestos obscenos, acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual; trato ofensivo u hostil por el rechazo de las conductas antes señaladas o promesa implícita o expresa a la víctima de un trato preferente y/o beneficioso respecto a su situación actual o futura a cambio de favores sexuales, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

- 1. Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor de siete ni mayor de diez años.*
- 2. Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años.*
- 3. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cuatro ni mayor de seis años.*

Si el agente se aprovecha de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa o la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del Artículo 173 o el acto tiene un carácter particularmente degradante o produce un grave daño en la salud, física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de ocho ni mayor de doce años de pena privativa de libertad.”

CAPITULO VIII

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

3.1.- LIBROS

ARAYA 1997. Manual de atención de maltrato infanto-juvenil. Servicio de Salud Metropolitano. Chile: Universidad Católica.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; 1995. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor, estado civil, Ed. Ceura, Madrid.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL – DÍAZ MOROTO y VILLAREJO, JULIO; 1995. Manual de Derecho Penal (P.E); 3ª edición; Madrid; Ceura.

BERENGUER, ENRIQUE; 1995. Delitos Contra la Libertad Sexual; Tirant lo Blach; Valencia.

BARBOSA, HELEN: ECPAT “Family Perspective: Social and Economic Origins, Causes and Prevention and Care in Brazil”

BATRES MÉNDEZ, GIOCONDA: 1997. Del ultraje a la esperanza. Tratamiento de las secuelas del incesto. Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. San José de Costa Rica.

BEREZIN DE GUITER, JUANA: Abuso sexual infantil.
http://www.derechosdelainfancia.cl/docs/imgs/imgs_doc/80.pdf.

BERMÚDEZ TAPIA, MANUEL: 2008. La protección constitucional del vínculo familiar en el sistema jurisdiccional peruano. Artículo publicado en JUS Constitucional. N° 6. Lima, Grijley,

BORRELL, RAÚL: El Testimonio en el Proceso Laboral, <http://www.fide.com.pe/PaneldeAdministracion2/Programas/AdminContenidos/Descargas/MLEG1.pdf>.

BRAMONT ARIAS – TORRES, LUIS – GARCIA CANTIZANO, MARIA DEL CARMEN, Marzo 1994. Manual de Derecho Penal.

SALINAS SICCHA, RAMIRO; Julio del 2000. Curso de Derecho Penal Peruano; Vol. II.

CARMONA SALGADO, CONCEPCION; Los delitos de abusos deshonestos; Carrara, Francesco; Programa de derecho Criminal; T. 4; N° 1546.

CARNELUTTI, FRANCESCO: 1979. “Cómo se hace un proceso” Ed. EDEVAL, Valparaíso.

CARO CORIA, DINO CARLOS: “Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” (<http://www.derechopenal.com.ar/archivos.php?op=22&id=117>)

CARO CORIA, CARLOS: 2000 Delitos contra la libertad e indemnidad sexual; Lima Grijley.

CARRARA FRANCESCO; Programa de Derecho Criminal; T.4 N°1542.

CARRARA: 1958; Programa de Derecho Criminal. Parte Especial, Vol. II-4, § 1542. Bogota; Temis.

CASTILLO ALBA, JOSÉ LUÍS, Febrero 2002 Principios de Derecho Penal.

CASTILLO ALVA, JUAN: Octubre 2002. Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Gaceta Jurídica. Primera edición.

CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”.

CORIGLIANO, MARIO E.: Delitos contra la integridad sexual
<http://www.monografias.com/trabajos28/delitos-sexuales/delitos-sexuales.shtml>.

DA COSTA, PAULO JOSÉ Jr. 1996, Comentários ao Código Penal, São Paulo: Saraiva.

DE ANDRADE MOREIRA, RÓMULO: El nuevo delito de acoso sexual en Brasil,
<http://www.revistapersona.com.ar//Persona10/10Moreira.htm>.

Defensoría del Pueblo: *La aplicación de la justicia penal ante casos de violencia sexual perpetrados contra niñas, niños y adolescentes*. Informe Defensorial N° 126. Adjuntía para la Niñez y la Adolescencia. Lima. Noviembre de 2007.

Defensoría del Pueblo: Violencia sexual contra menores de edad en Arequipa. Informe Defensorial N° 52.

DIAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO, 1998. Código Penal Federal con comentarios, Ed. Porrúa, Tercera edición, México.

Diccionario de la lengua española © 2005 Espasa-Calpe S.A., Madrid:
<http://www.wordreference.com/definicion/provecho>.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:
<http://www.deperu.com/diccionario/?pal=chantaje>.

DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. *Comentarios al Código Penal*. Parte Especial II, *Op. cit.*

DONNA, EDGARDO ALBERTO. 2002. Delitos Contra la Integridad Sexual. Rubinzal-Culzoni Editores. Segunda edición, Buenos Aires.

ECHEBURÚA, E. – GUERRICA ECHEVARRÍA, C. 2000. Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores. Un enfoque clínico. Barcelona: Editorial Ariel. Estudios sobre violencia.

FERREIRA, AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA, 1998. Novo Dicionário da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2ª. ed.

FERRI, ENRICO: 1933. Principios de derecho criminal, Edic. REUS, Madrid.

FONTÁN BALESTRA, CARLOS; Tratado de Derecho Penal; T.V; al afirmar que "El dolo debe excluir el acceso carnal".

GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO Y BELOFF, MARY (compiladores). (1990-1998). Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Bogotá.

GOMES, LUÍZ FLÁVIO: Lei do Assédio Sexual (10.224/01): Primeiras Notas Interpretativas, en www.direitocriminal.com.br, 06/06/2001.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, EDUARDO R.: El abuso sexual a los niños, <http://www.contraelabusosexualdelainfancia.com/art3.htm>.

HORMAZÁBAL MALARÉE, 2005. Hernán. "Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho". Lima.

HUNGRIA, NELSON, 1958. Comentários ao Código Penal, Vols. VIII. y IX Rio de Janeiro; Forense.

HURTADO REYES, 2006. Martín. *Tutela jurisdiccional efectiva*. Lima.

IGARTUA SALAVERRIA, 1995. JUAN: *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, ed. Tirant lo blanch, Valencia.

Instituto Panamericano de Alta Dirección de Empresa, 2001. *Acoso Sexual en la Empresa: como prevenirlo*, Universidad Panamericana, México.

JAÉN VALLEJO, MANUEL, 1999. *Los Principios Superiores del Derecho Penal*, Madrid: Dykinson.

LAGARDE, MARCELA, marzo de 1989. *Causas generadoras de los delitos sexuales- Ejercicio del poder, el gran problema, Síntesis de la Conferencia Causas Generadoras de los delitos sexuales*, presentada en el Foro de Consulta sobre Delitos Sexuales <http://www.cimacnoticias.com/especiales/comision/art002.doc>.

LAJE ANAYA, JUSTO; *Comentarios al Código Penal; Vol. II*.

LASSUS, MARÍA CELIA, julio de 2008. *Una visión diorámica del mal poder adulto ejercido sobre la infancia*, Revista Electrónica *PsicologiaCientifica.com*. ISSN: 2011-2521. *Uruguay*.

LUIZ LUISI, 1991. *Os Princípios Constitucionais Penais*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.

MAVILA LEÓN, ROSA: *Consideraciones actuales en materia de delitos sexuales*-http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibVirtual/Publicaciones/Cathedra/1998_n3/Cons_Act_Mat_Del.htm.

MAXIMILIANO, 1961. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 7ª. ed.

MORAS MOM, JORGE R. *"Los delitos de Violación y corrupción"*.

MUÑOZ CONDE, 1999. FRANCISCO: Derecho Penal, Parte Especial, Ed, Tirant Lo Blanch, Barcelona.

NÚÑEZ, RICARDO: Derecho Penal Argentino; T.IV; Fontán Balestra; Carlos; frotado de Derecho Penal, T. V.

ORTIZ-TALLO, M. - SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.M. – CARDENAL, V.: Perfil psicológico de delincuentes sexuales. Un estudio clínico con el MCMI-II (Millon, 1999) *Ortodoncia clínica* 2000;3:1-8, *Rev Psiquiatría Fac Med Barna* 2002;29(3).

PEÑA CABRERA, RAÚL, 1992. Tratado de Derecho Penal; Lima Ediciones Jurídicas; TI.

PÉREZ, M. S., CISTERNA I. ISLA P. 2000. Manual Psicosociojurídico de Violencia Intrafamiliar. Santiago de Chile: CONSIL LTDA.

PLÁCIDO, ALEX. 2006. "El interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional". En: *Cuadernos Jurisprudenciales*, Gaceta Jurídica, N° 62, año 6. Lima.

PORRAS VELASCO, ANGÉLICA – DE LA CERDA, AMALIA, 2005. Análisis de las reformas penales que tipifican los delitos de Explotación Sexual Comercial Infantil. Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil –IPEC, Programa de Duración Determinada –PDD en Ecuador.

QUISPE SARAVIA, ESTEBAN M., 1998. Proceso Administrativo Disciplinario. Impresiones Tauro. Lima.

REYNA ALFARO, LUIS MIGUEL, 2005. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Lima, Jurista editores.

RODRÍGUEZ, LOURDES - CERÓN RODRÍGUEZ, MAGDALENA: Abuso sexual, Servicio de Urgencias, Hospital Infantil de México <http://www.mipediatra.com/infantil/abuso-sexual.htm>.

ROJAS VARGAS, FIDEL - INFANTES VARGAS, ALBERTO; Código Penal. Diez años de Jurisprudencia sistematizada.

SALINAS SICCHA, RAMIRO; 2000. Curso de Derecho Penal Peruano; Palestra Editores; Lima, Vol. II.

SAN MARTÍN CASTRO, 2003. César. *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Lima.

SAN MARTÍN CASTRO, César, 2001. "El procedimiento penal por delitos sexuales en el Perú", en: *Anuario de Derecho Penal*, N° 1999-2000, Lima.

SÁNCHEZ, ESTHER y LARRAURI, ELENA, 2000. El Nuevo Delito de Acoso Sexual y su Sanción Administrativa en el Ámbito Laboral, Valencia: Tirant lo Blanch.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. 2006. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima.

SOLER, SEBASTIÁN; 1963. Derecho Penal Argentino; Buenos Aires; TEA; T. III.

SUAREZ RODRÍGUEZ, CARLOS; El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación.

TAPIAS , ÁNGELA - AGUIRRE, OLGA LUCIA - MONCADA, ANDREA - TORRES, ALEJANDRA: Validación de la técnica "Análisis de Contenido Basado en Criterios" para evaluar la credibilidad del testimonio en menores presuntas víctimas de delitos sexuales, que asisten a la Unidad Local de

Atención al Menor (ULAM) del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en Bogotá.

VÁZQUEZ SANDES, JOSÉ RAMÓN: El sistema de protección de menores, Jornadas de coordinación de Defensores del Pueblo, Alicante, 17 al 19 de octubre de 2005. www.sindicdegreuges.gva.es.

VEGA RUIZ, JOSE AUGUSTO, 1991. El Acoso Sexual Como Delito Autónomo, Madrid: Colex, Serie Biblioteca Jurídica de Bolsillo; 2) Tema o Materia: Acoso Sexual / Delitos Sexuales.

VILLA STEIN, JAVIER; 1998. Derecho Penal [P.E.]; Lima; Edit. San Marcos; T.I-B; p. 201; BRAMONT ARIAS - TORRES, LUIS - GARCÍA CANTIZANO, MARÍA DEL CARMEN; Manual de Derecho Penal [P.E.].

8.2.- REVISTAS

DOTTI, RENÉ ARIEL. 1998. “A Criminalização do Assédio Sexual”, in Revista Paulista da Magistratura, jul/dez.

GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. 2005. Derecho penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). núm. 07-04, p. 04:1-04:35. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-04.pdf>.

Diario Clarín: Editorial. Legislación sobre acoso sexual. <http://www.clarin.com/diario/2006/05/16/opinion/o-03002.htm>.

PÉREZ CONCHILLO, MARÍA - CARBAJO ÁVAREZ, EVA. Año 1999 “*Acercamiento integrador a los abusos sexuales*”, publicado por la revista Información Psicológica del Colegio Oficial de Psicólogos N° 69. Instituto de Sexología y Psicoterapia Espill. Servicio de Atención Psicológica a Menores

Víctimas de Abusos Sexuales de la Consellería de Bienestar Social. C/ Serpis, 8-2ª
46021 Valencia. España.

CAMARGO PACHECO, MARÍA DE JESÚS - MERINO ARAGÓN, FELIPE
ABEL: La incorporación del Hostigamiento Sexual como figura típica en la
Legislación Penal Sonorense. Revista Jurídica de la Academia de Derecho,
Universidad de Sonora, Universidad Regional Sur, México, noviembre de 2002,
[http://www.uson.mx/medios_informativos/revista_academia/REVISTAACADEMI
ANOV02.doc](http://www.uson.mx/medios_informativos/revista_academia/REVISTAACADEMI
ANOV02.doc).

El nuevo delito de acoso sexual, Valencia: Ediciones Revista General de Derecho,
2000.

BITENCOURT, CÉZAR ROBERTO. 1999. Manual de Direito Penal, Parte Geral,
São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

8.3.- OTRAS REFERENCIAS

Chantaje emocional: <http://www.inteligencia-emocional.org/articulos/chantaje.htm>.

Acción por los Niños: El Abuso y maltrato Infantil, p. 2.
<http://www.accionporlosninios.org.pe>.

Ayuntamiento de Puebla: El acoso sexual no es penalizado con prisión. Diputados se
imponen a diputadas. [http://www.laquintacolumna.com.mx/2007/marzo/
politica/pol_130307_sel_acososexual.html](http://www.laquintacolumna.com.mx/2007/marzo/
politica/pol_130307_sel_acososexual.html)

MAGISTERIO PERUANO: El magisterio y la educación peruana.
[http://magisterioperu.blogspot.com/2007/05/denuncian-61-profesores-
violadores.html](http://magisterioperu.blogspot.com/2007/05/denuncian-61-profesores-
violadores.html), 5/04/2007.

Organización Mundial de la Salud: Defining Child Maltreatment.

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

Tribunal Constitucional: Sentencia del 14 de octubre del 2002 (Exp. N° 2165/2002 HC/TC)

Universidad de Granada: Abuso sexual ¿Qué es el abuso sexual?. Gabinete Psicopedagógico UGR. 2001<http://www.ugr.es/~ve/pdf/abuso.pdf>.

ESTRELLA, OSCAR: De los delitos sexuales. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

Save the Children: Abuso sexual infantil – Programas de Prevención ¿Cuál es el efecto del trabajo en prevención? Seminario de Expertos Helsingør, Dinamarca 7-9 Septiembre 2000. Parte de un proyecto europeo organizado por el Grupo de Europa de la Alianza Save the Children y financiado por Iniciativa Daphne de la Comisión Europea.

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

**CAPITULO IX
ANEXOS**

ANEXO 01

ENCUESTA A MAGISTRADOS

INSTRUCCIONES: Esta es una encuesta anónima. A continuación encontrará un conjunto de afirmaciones seguidas de cuatro alternativas cada una. Lea cuidadosamente cada una de ellas y marque con un Aspa (X) en el recuadro correspondiente la opción que más se asemeje a su opinión. **POR FAVOR NO DEJE NINGUNA AFIRMACIÓN SIN RESPUESTA.**

JUEZ VOCAL FISCAL FISCAL SUPERIOR

No.	AFIRMACIÓN	TOTALME NTE DE ACUERDO	DE ACUERDO	EN DESA- CUERDO	EN TOTAL DESA- CUERDO
01.	Existen diferencias valorativas entre el hostigamiento sexual dirigido a adultos frente al que se produce contra menores de edad.				
02.	El hostigamiento sexual contra menores es una conducta típica, antijurídica y culpable.				
03.	El hostigamiento sexual dirigido contra menores, debe excluirse de la ley de la materia e incorporarse a la figura típica de actos contra el pudor en menores.				
04.	El uso de términos de naturaleza o connotación sexual (escritos o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima, deben penalizarse cuando se dirigen contra menores.				
05.	La sanción administrativa impuesta a docentes hostigadores sexuales dificulta la sanción penal cuando se produce el proceso penal.				

06.	Existe una sobre abundancia normativa de índole administrativa en materia sexual contra menores.				
07.	Existe escasa posibilidad de sanción penal para un docente ya sancionado en la vía administrativa por hostigamiento sexual contra menores.				
08.	La acción penal debe llevarse a cabo en todo acto que lesione la indemnidad sexual contra menores.				
09.	Existen vacíos en la legislación penal que imposibilitan, o por lo menos dificultan, la sanción a hostigadores sexuales contra menores.				
10.	El hostigamiento sexual contra menores no puede considerarse como falta grave de carácter disciplinario, sino como delito cuya calificación corresponde al Ministerio Público.				
11.	De sancionarse en la vía penal a los hostigadores sexuales contra menores, las penas deben ser severas.				
12.	El juzgamiento de delitos exige por parte del magistrado la aplicación de criterios de los que carecen los funcionarios administrativos para evaluar adecuadamente y sancionar el llamado hostigamiento sexual contra menores.				
13.	Deben derogarse y/o limitarse las disposiciones administrativas que intentan sancionar actos que lesionan bienes jurídicos protegidos de niños y adolescentes.				
14.	Las disposiciones administrativas que pretenden sancionar actos contra la libertad sexual de menores, sólo contribuyen a hacer más confuso el panorama para su debida sanción.				
15.	Las sanciones administrativas a los hostigadores sexuales no sólo no son oportunas, sino que tampoco guardan relación con la gravedad del hecho.				
16.	Las sanciones administrativas violan diversos principios procesales, como los de: legalidad, debido proceso y				

	proporcionalidad.				
17.	La sanción administrativa del llamado hostigamiento sexual contra menores, muchas veces ignora el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.				
18.	El hostigamiento sexual contra menores, constituye en realidad un ultraje violento contra el pudor de niños y adolescentes.				
19.	El hostigamiento sexual contra menores, al igual que el abuso sexual, deja huellas en la personalidad de niños y adolescentes que afectan su estabilidad emocional y vida futura.				
20.	El hostigamiento sexual contra menores, casi siempre, se caracteriza por acercamientos y tocamientos corporales con significado sexual.				
21.	Los hostigadores sexuales tienden a repetir sus conductas lesivas ya sea con el mismo sujeto o con otros si no son detenidos a tiempo.				
22.	Las sanciones impuestas a docentes hostigadores, en su mayoría, quedan en la vía administrativa, siendo pocas las denuncias que llegan al Ministerio Público y, por ende, al Poder Judicial.				
23.	El hostigamiento sexual contra menores, tal como se describe en la ley de la materia contiene elementos típicos establecidos en el Código Penal.				

ANEXO N° 02

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACUERDO PLENARIO N° 2-2005/CJ-116.

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL: ART. 116° TUO LOPJ

ASUNTO: REQUISITOS DE LA SINDICACIÓN DE COACUSADO, TESTIGO O AGRAVIADO

Lima, treinta de septiembre de dos mil cinco.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES.

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301°-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959, y 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Para estos efectos –sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones específicas- con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan el valor de las sindicaciones de coimputados, testigos y agraviados, a los efectos de tener por enervada la presunción de inocencia de los imputados que son señalados como autores del delito y justificar la declaración de judicial de culpabilidad.
4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los Señores San Martín Castro y Lecaros Cornejo, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

6. Dos son las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba penal. En primer lugar, el artículo 2°, numeral 24, literal d), de la Constitución, que consagra la presunción de inocencia; y, en segundo lugar, el artículo 283° del Código de Procedimientos Penales, que dispone que los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados por los jueces con criterio de conciencia. Ambas deben ser aplicadas, bajo la preeminencia del derecho a la presunción de inocencia. Si bien el Juez o la Sala sentenciadora son soberanos en la apreciación de la prueba, ésta no puede llevarse a cabo sin limitación alguna, sino que sobre la base de una actividad probatoria concreta – nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-, jurídicamente correcta –las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia –determinadas desde parámetros objetivos- o de la sana crítica, razonándola debidamente.
7. La libre apreciación razonada de la prueba, que es el sustento del artículo 283° del Código de Procedimientos Penales, reconoce al juez la potestad de otorgar él mismo el

valor correspondiente a las pruebas, sin directivas legales que lo predeterminen. Desde esa perspectiva es de afirmar que el derecho a la presunción de inocencia exige sobre el particular que las pruebas de cargo, que justifiquen una condena, además deben ser suficientes. El canon de suficiencia de la prueba –de la idoneidad de la prueba de cargo para fundamentar la incriminación del imputado-, sobre la base de la apreciación lógica realizada por el juez, en casos particularmente sensibles referidos a las declaraciones de los coimputados y de los agraviados –en los que por la posición especial de dichos sujetos en el proceso, por su relación con el objeto del proceso: el hecho punible-, debe cumplirse a partir de la configuración razonable de determinadas reglas o criterios de valoración, que es del caso enunciar para asegurar la vigencia de las garantías de un proceso penal constitucionalmente configurado. Se trata, en suma, de criterios que permitan trasladar las exigencias de racionalidad a la ponderación de la prueba por el órgano jurisdiccional en un caso concreto.

8. Cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, y que a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente, por lo que su condición no es asimilable a la del testigo, aún cuando es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar la convicción judicial –no existe por ese hecho descalificación procedimental-, corresponde valorar varias circunstancias, que se erigen en criterios de credibilidad -no de mera legalidad-, y que apuntan a determinar si existen datos relevantes que las desnaturalizan situaciones que explicarían que el coimputado pudiese mentir. Las cautelas que ha de tomarse en cuenta resultan del hecho que el coimputado no tiene obligación de decir la verdad, no se le toma juramento y declara sin el riesgo de ser sancionado, sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio.
9. Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes:
 - a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que éstas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.

- b) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.
 - c) Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.
10. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico testis unus testis nullus, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:
- a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.
 - b) Verosimilitud, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.
 - c) Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior.
11. Los requisitos expuestos, como se ha anotado, deben apreciarse con el rigor que corresponde. Se trata, sin duda, de una cuestión valorativa que incumbe al órgano jurisdiccional. Corresponde al Juez o Sala Penal analizarlos ponderadamente, sin que se trate de reglas rígidas sin posibilidad de matizar o adaptar al caso concreto.

III. DECISIÓN.

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

ACORDÓ:

13. ESTABLECER como reglas de valoración de las declaraciones de coimputados y agraviados –testigos víctimas- las que se describen en los párrafos 9° y 10 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos, con las prevenciones señaladas en el párrafo 11°, constituyen precedentes vinculantes.

14. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deber ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

15. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”. Hágase saber.-
SS.

SIVINA HURTADO

GONZÁLES CAMPOS

SAN MARTÍN CASTRO

PALACIOS VILLAR

LECAROS CORNEJO

BALCAZAR ZELADA

MOLINA ORDÓÑEZ

BARRIENTOS PEÑA

VEGA VEGA

PRINCIPE TRUJILLO