

EL PUDOR PÚBLICO. CRÍTICA A SU VIGENCIA Y DAÑOSIDAD SOCIAL

PUBLIC HEALTH. CRITICISM OF ITS VALIDITY AND SOCIAL DAMAGE

Pedro Diego Saavedra Romo
Abogado
Universidad de San Martín de Porres
pdsr@gmail.com
Perú

Recibido: 25 de junio de 2018

Aceptado: 27 de julio de 2018

SUMARIO

- Introducción
- Pudor Público como bien jurídico protegido
- Pudor y libertad sexual
- Bienes jurídicos y moral
- ¿Es válido mantener vigente el Artículo 183 del Código Penal?
- Conclusión

RESUMEN

Se cuestiona la vigencia del Pudor Público como bien jurídico protegido, desde su definición, su ámbito de protección y desde la teoría crítica de los bienes jurídicos

ABSTRACT

The validity of Public Modesty as a protected legal right is questioned, regarding its definition, scope of protection, and critical theory of legal rights.

PALABRAS CLAVES

Pudor Público, teoría crítica de los bienes jurídicos, despenalización de conductas desviadas, moral pública, moralidad, dañosidad social, Devlin-Hart, Principio de daño,

KEYWORDS

Public Modesty, critical theory of legal rights, decriminalization of deviant behaviors, public morality, morality, social damage, Devlin-Hart, Harm Principle.

INTRODUCCIÓN

El artículo 183 del Código Penal peruano plantea un interesante problema al sancionar los comportamientos que socialmente resultan ofensivos al pudor público. Éste no constituye, actualmente, un valor relevante para el derecho penal actual pues en el mundo occidental la discusión ha reducido el ámbito de punición a conductas que vulneran únicamente derechos. Sin embargo, en nuestro país persiste este apartado para sancionar, en líneas generales, la realización de actos obscenos y aquellos que promuevan o inciten el instinto sexual en menores de dieciocho años de edad. En ese sentido, el objetivo del presente trabajo es cuestionar la protección penal del Pudor Público desde su dañosidad social, desarrollando el concepto del bien jurídico desde la dogmática penal para luego profundizar su significado filosófico hasta su relación misma con la teoría crítica de los bienes jurídicos y, por último, cuestionar la dañosidad social de los delitos contra el Pudor Público. Cabe delimitar el alcance del presente trabajo únicamente al bien jurídico protegido y su concepto. No busca desarrollar el tipo penal establecido en el Artículo 183 del Código Penal sino únicamente el bien que protege. Asimismo, no se tratará las normas contenidas en los artículos 183-A y 183-B pues regulan otros bienes jurídicos, tales como la libertad sexual de los menores de dieciocho años y la indemnidad sexual de los menores de catorce años de edad.

PUDOR PÚBLICO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Para la mayoría de juristas, Pudor Público es una acepción con carga valorativa que

tiene por finalidad proteger el ámbito público de la actividad sexual privada. Así Peña Cabrera (2010) se refiere a la penalización del contenido de índole obsceno al constituir un comportamiento con reprobación ético-social. En este sentido, Soler (citado por Peña, 2010) señala que el pudor resulta un bien social consistente en el concepto de decencia y de buenas costumbres, en cuanto se refiere a cuestiones sexuales. Para Bramont-Arias y García Cantizano (1998) el Pudor Público es una valoración social resultante de “determinadas pautas morales convencionales que disciplinan el comportamiento sexual de las personas”, lo que se ha denominado ‘moral sexual social’, la misma que los autores reconocen como bien jurídico protegido. (página 278) Esta convencionalidad nace en la conciencia colectiva o, en términos de Maggiore (1986), de una conciencia ética del pueblo, capaz de comprender y distinguir el bien y el mal.

Esta valoración moral solo puede tener relevancia penal al ser adoptado por el derecho penal para su definición. Sin embargo, la labor de definición no resulta fácil, toda vez que la moral, la persona moral, la conducta moral, no se materializa en ningún objeto, como puede ser el patrimonio del Estado, el cuerpo, la integridad física y los bienes muebles e inmuebles. Más aún, están sujetas a los valores que constituyen el sostén de la sociedad, las bases de la convivencia mínima en la comunidad, lo que hace más difícil su representación en la norma jurídica, toda vez que idealmente aquellos valores y principios no resultan materializables en la realidad. Maggiore (1986) ya reconocía esta dificultad al señalar que “El concepto de moralidad pública –en cuanto está condicionado cronológica y localmente- tiene en sí mismo algo de relativo” por lo que “la moralidad colectiva experimenta, según los tiempos, relajamiento y desviaciones, puede pervertirse y decaer”. (página 49)

Esta ambigüedad ha conllevado a los operadores jurídicos a orientar la definición hacia otros ámbitos de protección penal. Ya Bramont-Arias y García Cantizano (1998) señalaban que los artículos 1, 3 y 4 del Artículo 183 del Código Penal no protegen una determinada moral sino “el desarrollo y formación sexual del menor, como presupuesto de su libertad sexual.” (página 278) De igual

manera, Donna (citado por Peña, 2010) señala que “lo que se protege en este tipo delictivo no es otra cosa que el derecho del sujeto adulto a no ser confrontado con el acto sexual de otro sin su voluntad, procurando evitar la intromisión de la esfera de su libertad sexual.” (página 104-105)

Los órganos de justicia tampoco han logrado superar esta deficiencia conceptual, emitiendo incluso pronunciamientos contradictorios. A manera de ejemplo se contraponen dos resoluciones emitidas en el mismo periodo sobre la misma materia, en la misma instancia judicial. La primera resolución, emitida por la Sala Penal de Reos Libre de Lima, en el Expediente N° 8145-97-Lima, citada por Baca, Rojas y Neira (citados por Caro, 2007) en la que se resolvió que:

En los delitos de actos contrarios al pudor, el bien jurídico protegido es la libertad sexual de un hombre o de una mujer, entendiéndose dicha figura delictiva como todo tocamiento lúbrico-somático que realza el sujeto acto sobre el cuerpo del sujeto pasivo, con el fin de satisfacer su apetito sexual. (página 555)

La segunda, emitida por la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, citado por Baca, Rojas y Neira (citados por Rojas, 2007), en la que se señaló:

El pudor público es protegido como un bien social, y consiste en el concepto medio de decencia y buenas costumbres, relacionado a cuestiones sexuales, debiendo ser analizado de acuerdo a los hábitos sociales, los que por lo general varían según la sociedad que se trate, e incluso de pueblo en pueblo. (página 229)

Como se puede observar, las Salas Superiores hacen referencia a conceptos completamente distintos. En el primer caso, la Sala Penal tuvo que recurrir al concepto de la Libertad Sexual para poder darle un contenido penal relevante al pudor público. Según el órgano jurisdiccional, la conducta del sujeto cumpliría con el requerimiento del elemento consistente en el acto de tocamiento con fines de satisfacción sexual. Por lo que, para que el tipo penal se cumpla no es necesario haber vulnerado la moral o la decencia pública, sino que tal acción lesione vulnera la esfera

individual de la sexualidad de la víctima. Sin embargo, la libertad sexual no tiene relación con el Pudor Público por cuanto tienen son de naturaleza distinta. En la segunda resolución, el órgano jurisdiccional conceptualizó con mayor asertividad las características del Pudor Público bajo los parámetros desarrollados por la doctrina, reconociéndolo como un bien social y no una expresión de la individualidad personal. Podemos suponer que quizá la referencia del primer caso sea en razón a la conducta concerniente al tocamiento, previsto como elemento descriptivo en el Artículo 183 del Código Penal, el cual constituye una materialización de la lascivia que puede ser dirigido sobre sí mismo o sobre otros, caso último en el que el sujeto estaría vulnerando el ámbito de libertad del afectado. Incluso este punto no es concreto puesto que habría que ponderar la afectación social del tocamiento sobre sí antes de evaluar la punición de la conducta, labor que en cualquier caso hipotético resultaría difícil de solucionar y que cargaría consigo una gran subjetividad tanto de los agraviados, como por parte del juez y la sociedad, lo que afectaría definitivamente cualquier juicio objetivo.

De cualquier modo, este vacío conceptual no ha logrado ser superado por la interpretación judicial. Esto en parte a la escasa casuística nacional sobre este delito, lo que no ha permitido un mayor desarrollo dogmático de los alcances del tipo. Sin embargo, en el mundo occidental, la discusión no solo se centró en el aspecto conceptual del pudor, sino que puso en discusión el alcance del poder punitivo del Estado, la razón del Derecho Penal y la dañosidad social de conductas consideradas propias del ámbito privado.

PUDOR Y LIBERTAD SEXUAL

Desde un plano filosófico, el pudor mantiene una relación con la expresión y búsqueda de la felicidad personal. Se le puede definir como libertad sexual controvertida, en el sentido que le otorga Ríos (2007), al ser siempre punto de discusión de la comunidad sobre la permisividad o represión de éstas conductas. El pudor, más que otros valores sociales, causa más impacto en la sociedad, debido a ser un tema que involucra cánones sobre el comportamiento sexual. Tal como Hart (1961) señala, “las funciones y los sentimientos sexuales son

asuntos de tanta entidad e interés emocional para todos que las desviaciones de las formas aceptadas o normales de expresión resultan fácilmente investidas de un intrínseco ‘pudor’ o importancia” (página 216-217). El jurista inglés reconoce que es la acepción más cercana de lo que se considera como moral. Por tanto, es susceptible de ser regulado en el plano social. Sin embargo, cabe cuestionar a qué precio el sujeto acepta tales reglas, asumiendo el costo que implica el proceso de adaptación y asimilación en contraste con el deseo y la materialización de la individualidad. Hart (1961) reconoce que la reprochabilidad es limitada, pues entraría en contradicción con la libertad individual. Aunque propone una solución basada en requisitos formales tales como la proporcionalidad y la generalidad, no deja de reconocer que de la norma moral deriva la solución del problema hacia el uso de mecanismos de participación democrática. Entendemos que la generalidad está orientada al beneficio del mayor número de personas, de manera que podamos construir una sociedad abierta hacia las reformas, basadas en la “combinación de valores ya reconocidos” (p.225). Sin embargo, las disidencias entorno a la calificación de la inmoralidad de una conducta son variadas: generan distintos puntos de vista que recrean una multiplicidad de escenarios, contrapuestas y, dependiendo del caso, hasta extremistas. Pero lo común de todos estos aspectos, es que siempre hallan la convergencia en el plano propio de las normas sociales. Solo a través de las normas que se quebranta, encuentra su significado y los valores que reconoce para asentar los principios subyacentes a toda norma de índole social, como el de convivencia pacífica.

Ríos (2007) reduce la discusión a una dialéctica entre moralismo e individualismo, a fin de determinar la ilicitud o la inmoralidad de la conducta (p7). Desde el plano individual, la persona opta, según su ámbito de libertad, realizar la conducta sexual. En el plano moral, sin embargo, existiría una trasgresión cuando dicha libertad traspasa los límites permitidos por otros bienes jurídicos, tal como la libertad sexual. Aquí es clara la distinción cuando una conducta pasa de ser valorada en el plano moral al ámbito penal. El primer criterio que se desprende es determinar si estamos quebrantando una norma jurídica, con un tipo definido y vulnerando un bien jurídico. En el derecho anglosajón, la comisión de un

delito y la consecuente sanción penal ha sido determinado por lo que es denominado el *Harm Principle* o el perjuicio a otros desarrollado por Stuar Mill a mediados del Siglo XVIII. En el sistema romano-germánico, la distinción se hace básicamente, siguiendo el criterio del bien jurídico vulnerado.

BIENES JURÍDICOS Y MORAL

Una primera aproximación a la moral desde la teoría de los bienes jurídicos es quizá el razonamiento de Von Lizst. Con él, se logra superar el positivismo de Binding para el que la razón propia de la norma contenía el bien jurídico protegido. Bustos Ramírez (2005) contraponen la concepción de la escuela clásica positivista, representado por Binding, con el concepto de Von Lizst, más orientado a una conjunción entre Derecho Penal y Política Criminal. Para el primero, refiere, “el bien jurídico era algo inmanente a la norma, simplemente una *ratio legis*, completamente desprendido del mundo social”. Para el segundo, cita el jurista chileno, “es el interés jurídicamente protegido”, nacidos por las “relaciones de vida” (página 163-164). Bajo este último paradigma, los bienes jurídicos dejan de ser producto de la norma, alejada de la lógica jurídica abstracta como es el de los “intereses vitales, personales o colectivos, que tenían su origen en hechos y circunstancias sociales anteriores a las normas jurídicas” (Hurtado 2011, página 15). Este enfoque permitiría incorporar la moral y la costumbre como parte de este conglomerado de intereses susceptibles de la protección penal, dotando de un substrato iusnaturalista a la norma penal que, hasta entonces, hallaba su finalidad únicamente en el propio sentido de la norma. Por tanto, se desliga de la interpretación hermenéutica hasta entonces imperante para orientar la labor legislativa hacia la política criminal. Esta transición alcanzaría su ápice en el tiempo en que el mundo veía el fracaso del totalitarismo alemán e italiano y surgía un nuevo orden mundial en el que el liberalismo occidental buscaba contraponerse al comunismo soviético, cuestionando todo orden antiguo, sobre todo las viejas normas sociales tales como la moral pública.

A continuación, expondremos dos hitos que a nuestro entendimiento tuvieron incidencia en este periodo.

Teoría crítica de los bienes jurídicos

El primer hito fue el desarrollo y acogida de la idea de separar la influencia de la moral en la tipificación y sanción de conductas bajo el rótulo de ser inmorales (Hurtado, 2011). Esto conllevó a reevaluar los delitos sexuales ya no desde el punto de vista político-criminal sino desde la estructura jurídica contenida en la Constitución, al ser esta la fuente supranormativa que establece los alcances a las libertades individuales y los límites al poder punitivo del estado.

Así, destacó el trabajo de Roxin (2016) sobre una teoría crítica de los bienes jurídicos, en el cual el Derecho Penal se legitima sobre la base de la última *ratio* como límite para la “coexistencia libre y pacífica de sus ciudadanos” (página 37). En este sentido, la norma se orienta hacia la protección de la colectividad, reconociendo como bienes jurídicos a la vida, integridad, propiedad, entre otros, elementos que existen en un doble plano: el primero, en un plano personalísimo, “necesarios para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal construido sobre la base de este objetivo” (página 38), y el segundo, en el social, reconociendo la pre-existencia del Contrato Social como contraposición a un derecho penal con contenido moral. En este sentido, Sternberg-Lieben (citado por Roxin, 2016) señala:

No forma parte de los presupuestos de desarrollo de la persona el no ser molestado en sus conceptos de valores morales personales. Tales perturbaciones en el estado de ánimo, en nuestra sociedad desarrollada pluralísticamente (...) deben ser toleradas. (página 40)

El jurista alemán reconoce que los principios que fundamentan dicho pacto social serían los recogidos por la Constitución, fundamento mismo de la política criminal, y freno a un extremismo punitivo existente en el contenido moralista de muchas disposiciones penales que aún condenan, por ejemplo, el homosexualismo o el incesto –tal como ocurre en el Código Penal Alemán. Roxin cuestiona este tipo de sanciones al reconocer que las conductas inmorales no causan ningún tipo de afectación a la sociedad, reduciendo a un segundo plano el reproche a prejuicios sociales fuera del razonamiento jurídico o, como refiere, del “límite de la

constitucionalidad” (página 48) y que, en último término, constituirían una intromisión del estado en ámbitos propios de la vida íntima o de la vida privada de las personas, “que no perjudican a nadie en contra de su voluntad” (página 49). Efectivamente, “una conducta como delito no debería bastar que suponga una infracción de una norma ética o divina” (Hassemer 1984, página.37), debe ser ante todo una vulneración real a conceptos con contenido jurídico y fundamentados en la Constitución, dirigidos a “asegurar las condiciones de la vida en común” (Hurtado 2010, página 18).

Hassemer (1984) delimita la intervención social al ámbito de la dañosidad social del hecho. Resalta la importancia de la delimitación conceptual del objeto de protección jurídica no solo con fines dogmáticos, sino como garantía de un derecho penal con respeto a los derechos fundamentales basados en tres perspectivas que se vinculan: 1) el uso de las ciencias sociales como complemento del Derecho Penal, a fin de “tomar en cuenta las necesidades e intereses del sistema social” (página 38). 2) Solo interesa al Derecho Penal las conductas socialmente dañinas, en el que los efectos de la conducta “va más allá del conflicto entre autor y víctima y del daño individual que ésta última sufre” (página 38), y 3) vinculación de la labor legislativa con conocimientos empíricos, de suerte que la ley penal tenga un sustento real y aplicable, evitando caer en supuestos inefectivos desvinculados de la dañosidad social de las conductas. Esta última resulta el aspecto más relevante puesto que trae a colación el tema de la arbitrariedad, al ser este

La despenalización de las conductas sexuales “desviadas”

Hasta mediados del siglo XX, la homosexualidad era considerada delito en el Reino Unido. En 1885 se emitió la Criminal Law Amendment, que ampliaba el ámbito de punibilidad de las conductas sexuales entre homosexuales a toda práctica no anal, por lo que se reformulaba el concepto de sodomía para incrementar el poder punitivo a todo tipo de manifestación homosexual. Esto implicaba un mayor control de la policía para intervenir las esferas privadas, lo que tenía como producto una publicidad de la represión. Esto se evidenció en el “destape” de la vida privada de varios miembros de la sociedad británica, tal como sucedió con Oscar Wilde.

En 1954, a pedido del Ministro del Interior británico, se formó una comisión especial en el Parlamento Nacional para analizar el tema de la homosexualidad en la persecución de los delitos sexuales. Lord Wolfenden, presidente de dicha comisión, lideró el trabajo del grupo parlamentario, el cual se denominó la Comisión Wolfenden.

Paralelamente, Lord Devlin sustentaba ante la Academia Británica su conocido ensayo “*The Enforcement of Morals*”. El documento, presentado en 1958 (casi un año después de emitido el informe final de la comisión), conminaba a la sociedad británica a erradicar las prácticas homosexuales por ser ofensivas a la sociedad. Su principal argumento se centraba en que “toda sociedad tiene derecho a defender su existencia” (Dworkin, 1966, p. 989) de aquellas conductas no arregladas a la moral del conjunto. Para el autor, toda sociedad se erige sobre ciertos principios morales que las personas están en libertad de seguirlas o no, pero que se imponen en la medida que constituyen estándares de conducta necesarios para la supervivencia de la sociedad. Bajo ese criterio, la sociedad tiene derecho de aplicar la ley “para preservar la moralidad de la misma forma en que lo usaría para salvaguardar cualquier cosa si es esencial a su existencia” (p. 989), delineando el tenor de las cuestiones vitales sobre las que no puede haber tolerancia alguna frente a lo que se considera inmoral. Bajo este considerando, reconoce que “solo puede haber tolerancia en la máxima libertad humana consistente con la integridad de la sociedad” (p. 989), aplicando la fuerza de la Ley cuando el sentimiento público se alza contra la “intolerancia, indignación y el disgusto” (p. 989).

H.L.A. Hart, respondió a través de sus conferencias pronunciadas en Stanford, que un desconocimiento de lo que es la sociedad acarrea que se conciba la práctica de la inmoralidad como una amenaza a su supervivencia. Tal supuesto se basa en que no hay cambios en la sociedad por el hacer o no hacer de uno solo de sus miembros, o como él lo grafica “por la muerte de uno de sus miembros o el nacimiento de otro” (p. 990), más aún si Devlin no aporta ninguna prueba que sustente su posición. Tocando otro extremo, Hart deshecha la idea del uso de la fuerza para preservar el status quo de la moral (p. 990). Como ya se ha tratado líneas arriba, Hart señala que las diferencias

al interior de la sociedad se deben solucionar a través de los mecanismos determinados por las sociedades democráticas, siempre que el sistema moral cumpla con los requisitos de proporcionalidad y generalidad, de manera que todos los miembros de la sociedad puedan canalizar sus desacuerdos a través de las vías mencionadas.

Procurando precisar sus argumentos, Devlin replica que él se refiere que él no solo se refiere a las desviaciones en la moral social, sino además a las actividades subversivas, como capaces de amenazar la existencia de la sociedad, “por lo que no pueden ser consideradas fuera de la Ley,” (p. 990) Esta segunda tesis, según lo explica Dworkin, viene aparejada a la conclusión del informe final del Comité Wolfenden, en cuanto “el ámbito de la moralidad privada, no es asunto del Derecho”, decisión que coloca una barrera garantista a la intromisión del estado en la sexualidad privada, frente a la cual Devlin asume que no debería existir límite que prive a la sociedad de protegerse ante amenazas profundas a su moralidad. Sin embargo, se desliga la siguiente pregunta: ¿Cuándo una situación es lo suficientemente dañina para que merezca su represión?

Evidentemente, la segunda tesis propuesta abre la puerta a cualquier acto arbitrario por parte del estado, y también por la ciudadanía, al quebrantar la garantía de la inviolabilidad y protección de la esfera íntima de la persona. Lo paradójico es que la despenalización de una conducta no reduce derechos o libertades de terceros. Al contrario, amplía su ámbito de desarrollo para el beneficio de la comunidad entera. En el caso en mención, el argumento racional condujo el problema a un análisis de racionalidad para determinar que la conducta no resultaba dañina a la sociedad. En 1957, la comisión emitió un informe en la que concluía despenalizar las prácticas homosexuales entre adultos que lo consintieran en privado. Pasarían diez años para que finalmente se obtuviera una despenalización parcial de la homosexualidad a través del Sexual Offenses Act de 1967.

Este caso abrió la posibilidad de revisar los fundamentos constitucionales de las normas que castigaban la homosexualidad alrededor del mundo. Asimismo, propició el debate sobre la penalización de las conductas “inmorales”, difundiendo los argumentos expuestos en

otras latitudes. De manera que el criterio de la dañosidad social, en su perspectiva anglosajona, adquirió mayor relevancia para la determinación de las conductas lesivas y para la labor legislativa, de forma que, para el caso nacional, resulta importante la vigencia del Artículo 183 bajo la perspectiva antes expuesta.

¿Es válido mantener vigente el Artículo 183 del Código Penal?

Bajo la perspectiva crítica propuesta en este trabajo no existe razón suficiente en sostener la protección penal del Pudor Público. En un primer lugar, encontramos el problema de su definición terminológica. Definir el Pudor Público como bien jurídico es tan complicado como el definir moralidad en los términos expuestos. Presupone no sólo identificar, con certeza, el contenido del bien, sino además las conductas que podrían resultar dañinas, los sujetos intervinientes y las características de cada elemento del tipo.

Ya de por sí, el primer paso nos conduce a términos ambiguos y prejuicios sociales, de la que solo puede desprenderse la subjetividad con la que la sociedad entiende lo que es una moral correcta e incorrecta y los parámetros bajo los cuales define las conductas sexuales que son desviadas. Este carácter subjetivo aleja al objeto de análisis de una valoración normativa y lo somete valoraciones sociales, no jurídicos, que pueden afectar el criterio del operador. La distinción que hace el bien jurídico sobre conductas sexuales “normales” y “anormales”, presuponen una concepción impuesta por el sistema moral y no una clasificación bajo los parámetros constitucionales. Por lo tanto, ante un eventual caso, entraría a conjugar el trasfondo ideológico del juez y el fiscal ante la falta de argumentos jurídicos válidos que delimiten el alcance del concepto y el ámbito de protección de la norma penal. Esto genera, de por sí, un grave estado de inseguridad jurídica pues la decisión no versaría sobre la prueba recopilada en el proceso sino sobre la valoración desde la perspectiva del juez. Si bien en la actualidad resultan muy escasos los casos en que se sanciona por las conductas establecidas en el Artículo 183 del Código Penal, la latencia a la arbitrariedad existe sin que los operadores se pronuncien sin establecer correctamente la tipicidad de la conducta. Justamente la inseguridad está en que pueden

presentarse sentencias distintas para regular casos similares, problema que, como se ha mencionado, los operadores de justicia no se han versado en solucionar. Debe exigirse, en los términos de Hart, que tales normas sean proporcionales al objeto que busca y generales en su alcance social, no para estandarizar la conducta sino como fuente valorativa del cual puede establecerse criterios para su desarrollo, incluso su modificación.

En segundo lugar, no se puede determinar la dañosidad social de las conductas que afectan el pudor público. Devlin no pudo demostrar que sus argumentos eran válidos toda vez que no tenían fundamentos comprobables que la homosexualidad afectaba la supervivencia de la sociedad británica. Al contrario, siguiendo la postura de Hart, más que una posición razonada y argumentada del sector conservador ante las conductas desviadas, prevalecía la crítica social fundada en la creencia de una terrible repercusión del comportamiento desviado en el estilo de vida de la sociedad y las creencias sociales de que el orden social se debilitaba al quebrarse los roles asignados social y naturalmente a sus integrantes.

La libertad sexual, en cuanto libertad, puede ser ejercida dentro de los márgenes que la ley establece. Únicamente podríamos determinar una trasgresión a la libertad de otro cuando haya mediado la esfera íntima de la persona y la capacidad de decisión del tercero sobre dicha libertad. Así, una valoración normativa nos permite razonar que existe lesión cuando, mediante violencia o amenaza, el sujeto viola la libertad sexual de su víctima sin el consentimiento de ésta. De igual manera, cuando no haya habido consentimiento en permitir que el agresor toque las partes íntimas de la víctima. Es aquí donde consideramos que tiene relevancia la práctica la aplicación de la norma penal para sancionar las conductas sexuales que vulneran bienes jurídicos de terceros. Sin embargo, en otros ámbitos, como el ofrecimiento de revistas pornográficas a menores o la incitación a participar a espectáculos pornográficos, no inciden en los bienes jurídicos de terceros. Tan solo se habla de moral pública, como si la afectación a tal bien fuese comprobable. Por tanto, no media fundamento alguno que justifique que el Pudor Público permanezca como un bien jurídico protegido en nuestro sistema penal.

CONCLUSIONES

El concepto de pudor público es conceptualizado como un bien social determinado por las pautas de convivencia social, pero, sobre las cuales no existe una materialización concreta, lo que trae consigo un problema de definición con incidencia en el ámbito de protección y de punición penal.

Desde su acepción filosófica y sistemática, solo puede delimitarse en el plano de las normas de convivencia y reglas sociales, que es donde nace y ante la cual el reproche encuentra fundamentos sistemáticos y la razón detrás de su existencia. Diferente es la situación de la represión penal, el cual es determinado, principalmente por el bien jurídico lesionado.

Bajo la perspectiva de los bienes jurídicos, la definición de moral se conjuga con el positivismo jurídico para extender el ámbito de demarcación de los bienes jurídicos. Sin embargo, este desarrollo se aleja de la definición de moral en la medida en que el contexto histórico relegó las concepciones morales del derecho. Así, dos hechos marcaron este giro: el primero, el desarrollo de una teoría crítica de los bienes jurídicos basados en la dañosidad social de las conductas y, por otro lado, el debate Devlin-Hart, por el cual se demarcaron las concepciones moralizantes de aquellas que merecen sanción penal.

En este sentido, la protección penal del pudor público no encuentra su razón de ser, tanto por su definición como por su dañosidad social. La permanencia del bien jurídico en mención lo único que causa es la afectación a la seguridad jurídica, tanto en el extremo de su tipicidad, como en la arbitrariedad expuesta ante los operadores de justicia, quienes al no encontrar una definición clara y con fundamentos jurídicos, dejan libre a la arbitrariedad de juzgar cada caso según su ideología y prejuicios sociales.

La penalización de las ofensas al pudor público solo puede explicarse en el contexto actual de sobrecriminalización de las conductas que socialmente resultan relevantes, pero no tienen una repercusión penal en estricto. Al contrario, el análisis debe centrarse en el trasfondo social e histórico que explicaría como esta conducta, así como el robo agravado, las organizaciones criminales siguen castigándose, en la creencia

que esta labor regularía el modo de vida y solucionarían los problemas de criminalidad en el país.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Bustos Ramírez, Juan (2005). *El desarrollo epistemológico del Derecho Penal*. Bogotá, Colombia: Ed. Temis.

Bramont-Arias Torres, Luis Alberto y García Cantizano, María del Carmen (1998). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 4ta edición. Lima, Perú: Ed. San Marcos

Caro John, José Antonio (2017). *Diccionario de jurisprudencia penal*. Lima, Perú: Ed. Grijley.

Efrén Ríos (2007). *Moralidad sexual y derecho: moralismo, individualismo y garantismo*, en Universitas. En Revista de Filosofía, Derecho y Política, N° 6, julio.

Hart, Herbert L.A. (1961). *El concepto del derecho*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo – Perrot.

Hassemer, Winfred (1984). *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona, España: Ed. Bosch.

Hurtado Pozo, José (2011). *Manual de Derecho Penal*. Cuarta Edición. Lima, Perú: Ed. IDEMSA.

Maggiore, Giuseppe (1961). *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen IV*. 3ra. Edición, Bogotá, Colombia: Ed. TEMIS.

Quispe Alcalá, Juan (2008). Evolución dogmática del concepto funcional de “bien jurídico”. Análisis de su protección en el ámbito penal, en *JUS Doctrina y Práctica*, Julio.

Peña-Cabrera Freyre, Alonso Raúl (2010). *Derecho Penal. Parte Especial* (Tomo II), Ed. IDEMSA, Lima, 2da. Edición.

Rojas Vargas, Fidel; Infantes Vargas, Alberto y Quispe Peralta, Lester León (2007). *Código Penal. 16 años de jurisprudencia sistematizada* (Tomo II), Ed. IDEMSA, Lima, 3ra. Edición.

Roxin, Claus (2016). *La Teoría del Delito en la discusión actual* (Tomo II), Ed. Grijley, Lima.

Fuentes electrónicas

Dworkin, Ronald M. (1966). Lord Devlin and the Enforcement of Morals, en Yale Law School Legal Scholarship Repository. Recuperado del sitio de internet: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/