

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OPTAR POR EL
TÍTULO DE ABOGADA**

CASACIÓN N° 591-2016 –HUAURA

AUTORA: Andrea Fernanda Cabello Silva

CÓDIGO: 20110970

REVISORA: Renata Anahí Bregaglio Lazarte

Lima, 2021

RESUMEN

El caso materia del Informe versa sobre el delito de violación cometido contra una adolescente con discapacidad intelectual. En el momento de ocurridos los hechos el tipo penal vigente, contenido en el artículo 172 del Código Penal, no contenía de forma literal el consentimiento por lo que se entendía que el bien jurídico protegido era la indemnidad sexual de las personas con discapacidad intelectual y, en ese sentido, con la sola acreditación del acto sexual y la existencia de la deficiencia, se daba por configurado el delito. Esta lectura era contraria a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), que entró en vigor para el Estado peruano en el año 2008, por lo que era imperativo que se aplique dicho tipo penal a la luz del mencionado instrumento. Sin embargo, en el caso analizado no ocurrió ello y, todo lo contrario, se entendió que la adolescente con iniciales A.M.A.G. no era titular de su libertad sexual. A partir del año 2018, con la publicación de la ley N° 30838 que introduce el consentimiento como un elemento central, se abre una nueva ventana de oportunidad para la lectura, interpretación y aplicación de este tipo penal, a la luz de los mandatos internacionales asumidos por el Perú a través de la CDPD, generando un balance entre la autonomía sexual de la que son titulares las personas con discapacidad intelectual, y la protección de este colectivo frente a la violencia sexual, desde un enfoque interseccional. En suma, debe partirse del reconocimiento pleno de la capacidad jurídica y autonomía sexual de este colectivo, sin dejarles en desprotección frente a las diversas barreras sociales, actitudinales y legales que recaen sobre ellas.

ÍNDICE ANALÍTICO

ÍNDICE ANALÍTICO	2
ABREVIATURAS.....	4
I. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN	5
II. RELACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA CONTROVERSA DE LA QUE TRATA LA RESOLUCIÓN.....	6
2.1. RELACIÓN DE LOS HECHOS QUE SUSCITAN LA CONTROVERSA	6
2.2. RESOLUCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA.....	6
2.3. RECURSO DE APELACIÓN	7
2.4. RESOLUCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA	8
2.5. RECURSO DE CASACIÓN	9
2.6. RESOLUCIÓN DE LA CASACIÓN	10
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	11
IV. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	12
4.1. Primer Problema Jurídico: Siendo A.M.A.G. una adolescente con discapacidad intelectual ¿Tenía capacidad jurídica para consentir relaciones sexuales?	13
4.1.1. Cuestión 1: Aproximación al concepto de discapacidad y las diferentes concepciones a lo largo de la historia	14
4.1.2. Cuestión 2: Autonomía y capacidad jurídica de las personas con discapacidad.....	17
4.1.3. Cuestión 3: Ejercicio de derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad intelectual - impacto de los estereotipos.....	24
4.2. Segundo problema jurídico: Para el caso de violación sexual de persona con discapacidad intelectual, en el marco de la imputación contra Eusebio, ¿se interpretó correctamente el artículo 172 del Código Penal?.....	31
4.2.1. Cuestión 1: Evolución del artículo 172 del Código Penal - efectos de la última modificación y su aplicación al caso concreto	32
4.2.1.1. Evolución del artículo 172 del Código Penal	32
4.2.1.2. Efectos del cambio normativo introducido por la Ley N°30838: el artículo 172 como un tipo residual desde un enfoque acorde a la CPDP	37
4.2.1.3. Aplicación del artículo 172 del Código Penal en el caso concreto: propuesta de interpretación y críticas a las resoluciones del caso	41
4.2.2. Cuestión 2: El consentimiento en el marco de sistemas de opresión ¿Qué es y cómo entenderlo en el caso de personas con discapacidad intelectual?.....	47
4.2.2.1. La violación sexual como delito de poder en un sistema de opresión patriarcal y capacitista	47
4.2.2.2. El consentimiento ¿Qué es y cómo entenderlo?	50
4.2.3. Cuestión 3: Entre la garantía y la protección ¿Cómo lograr el equilibrio? Algunas ideas iniciales para el análisis del consentimiento de personas con discapacidad intelectual	53
4.2.3.1. Necesidad de lograr un balance entre la autonomía, la capacidad y la libertad sexual; y, la protección de niñas, adolescentes y mujeres con discapacidad intelectual	53
4.2.3.2. Ideas iniciales para la elaboración de líneas interpretativas para analizar el consentimiento de personas con discapacidad intelectual.....	55
V. CONCLUSIONES.....	61
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	66

ABREVIATURAS

A.M.A.G.	Agraviada
CDPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer
CEM	Centro Emergencia Mujer
Comité CDPD	Comité de Personas con Discapacidad de Naciones Unidas
DSR	Derechos Sexuales y Reproductivos
INEI	Instituto Nacional de Estadística e Informática
LGPCD	Ley General de la Persona con Discapacidad
MIMP	Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de Naciones Unidas
Relatora Especial PCD	Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad

I. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN

¿Pueden las personas con discapacidad intelectual decidir sobre su cuerpo y su vida sexual? ¿Pueden consentir relaciones sexuales? Esta pregunta sigue siendo controversial pues cuestiona paradigmas y estigmas construidos durante mucho tiempo con relación a la discapacidad. Si observamos la situación histórica de las mujeres o personas con identidades no hegemónicas con discapacidad intelectual, la pregunta es aún más difícil de abordar.

Según el Censo Nacional de Población y Vivienda las personas con alguna discapacidad representarían el 10,4% de la población peruana (INEI, 2017). En relación a la situación de violencia, durante los años 2017 y 2018 se atendieron 2369 casos nuevos de personas con discapacidad en los Centros Emergencia Mujer, siendo el 74% mujeres. Del total de casos de violencia contra personas con discapacidad que fueron atendidos en los CEM, el 38% fue perpetrada por un familiar y el 27% por su pareja o expareja (MIMP, 2019). La realidad es abrumadora y requiere cambios estructurales como respuesta a una situación de discriminación sistémica.

El análisis de la Resolución de Casación N° 591-2016 emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema resulta relevante ya que aborda una realidad de trascendencia global y de índole estructural como lo es la discriminación contra las mujeres con discapacidad intelectual y la violencia sexual a la que se encuentran expuestas como consecuencia de la limitación de sus derechos sexuales y reproductivos y de los estereotipos que recaen sobre ellas.

En tal línea, el cambio normativo del artículo 172 del Código Penal que tipifica la violación sexual de persona impedida de dar su libre consentimiento por discapacidad intelectual, debe ser interpretado a la luz del modelo social de la discapacidad, el reconocimiento la autonomía y capacidad jurídica para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos; ello, sin desconocer la obligación del Estado peruano de proteger a niñas, adolescentes y mujeres con discapacidad frente a la explotación, la violencia y el abuso. ¿Cómo asegurar un adecuado balance entre ambos mandatos? Esto es abordado en el presente informe a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

II. RELACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA CONTROVERSIA DE LA QUE TRATA LA RESOLUCIÓN

2.1. RELACIÓN DE LOS HECHOS QUE SUSCITAN LA CONTROVERSIA

- El 27 de marzo de 2015 la menor con iniciales A.M.A.G., de 16 años y con discapacidad intelectual¹, se dirigía a su centro educativo “Juan Velasco Alvarado” ubicado en Barranca. En el camino se encontró con su tío Eusebio Alejandro Suarez Giraldo (en adelante, Eusebio), quien iba manejando una minivan e invitó a pasear a A.M.A.G. Ya en el vehículo, se dirigieron al domicilio de Eusebio en donde, de acuerdo a las declaraciones de la menor, se habrían besado, Eusebio le realizó tocamientos, así como le retiró la ropa para, finalmente, tener relaciones sexuales con ella.
- Luego de lo ocurrido, Eusebio condujo a A.M.A.G. a una cuadra de su centro educativo. Al ser consultada por una de sus profesoras por el motivo de su tardanza, la menor le cuenta lo acontecido. Es así que la profesora en mención advierte ello al director y a la madre de la menor, la señora Julia Crispina Gonzales Giraldo. En la misma fecha, la madre interpone denuncia por violación sexual contra A.M.A.G.

2.2. RESOLUCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

- El 12 de octubre de 2015 se formula el Requerimiento de Acusación en el cual el Fiscal Adjunto Provincial encargado del Primer Despacho de Investigación de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Barranca, solicita la acusación de Eusebio por la comisión del delito contra la libertad sexual de violación sexual de persona en imposibilidad de resistir por retardo mental², delito contenido en el artículo 172 del Código Penal, cometido en contra de A.M.A.G. Ello, en razón a

¹ Al momento de los hechos, A.M.A.G contaba con un diagnóstico médico que indicaba la existencia de epilepsia sintomática con deficiencia intelectual psicológica y, además, se determinó que su tiempo de deficiencia sería de 8 años. Ello, según el Certificado de Discapacidad N° 065-15 de fecha 17 de marzo de 2015 elaborado por el Médico Cirujano del Hospital de Apoyo de Barranca, Martín De los Milagros Ramos Mendoza.

²La referencia al término “retardo mental” es incorrecta desde el enfoque social de la discapacidad y la autora se encuentra en contra de su uso; sin embargo, a lo largo del informe se podría hacer referencia al mismo en razón a que el tipo penal lo incorpora de tal manera y las sentencias materia del caso lo mencionan así. En dichos casos, se deberá entender que se alude a discapacidad intelectual.

los signos de desfloración reciente acreditada mediante Certificado Médico Legal N° 000986-L-DCLS, la constatación de la existencia de la discapacidad a través del Certificado de Discapacidad N° 065-15 y la Evaluación Psiquiátrica N° 044289-2015-PSQ , la sindicación de la menor, así como el reconocimiento del lugar donde ocurrieron los hechos por parte de A.M.A.G, pruebas testimoniales, entre otros. Con ello, se solicitan 20 años de pena privativa de libertad y S/.10,000 por concepto de reparación civil.

- El 11 de marzo de 2016 el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de la Corte Superior de Justicia de Huaura – Huacho, emite **sentencia condenatoria** en contra de Eusebio por el delito contenido en el artículo 172 del Código Penal, imponiéndole 15 años de pena privativa de libertad y la suma de S/. 5,000 por concepto de reparación civil.
- La línea argumentativa **para probar existencia del delito fue:**
 - El acceso carnal por vía vaginal está indubitablemente probado en razón al Certificado Médico Legal N° 000986 que concluye desfloración reciente, acompañado de la declaración de la perito médico legista.
 - El “retardo mental” de A.M.A.G. se encuentra probado con la declaración de su madre, hecho corroborado por a) la declaración del médico cirujano Martin de los Milagros Ramos Mendoza, autor del Certificado de Discapacidad, b) la declaración del perito psicólogo Oscar Alfredo Tirado Camacho, autor del Protocolo de Pericia Psicológica N° 004199-2015-PSC, y c) con la Evaluación Psiquiátrica N° 044289-2015-PSQ.
- La línea argumentativa **para imputar la responsabilidad del delito fue:**
 - Existe una sindicación directa de A.M.A.G. hacia Esteban como autor del delito en una serie de declaraciones similares, espontáneas y congruentes, las cuales, además, se encontraron corroboradas, a consideración del Juzgado, con pruebas periféricas.

2.3. RECURSO DE APELACIÓN

- El 28 de marzo de 2016 la defensa de Eusebio interpone recurso de apelación fundamentando la misma en que no se habría valorado la insuficiencia probatoria en el juicio oral en contra del sentenciado; solicita la revocatoria bajo los siguientes argumentos:
 - El acusado no delcaró.
 - A.M.A.G. no concurrió al juicio oral a reafirmar su denuncia y solo se habría dado lectura a su declaración anterior.
 - No existe mayor pericia médica que indique que el imputado haya tenido relaciones sexuales con la menor el día de los hechos ya que el hecho, según el Certificado Médico Legal, podría haber ocurrido hasta 10 días antes de la fecha de la denuncia.
 - No hay medios probatorios que prueben la incapacidad de resistir, pues tampoco se determinó el nivel de discapacidad que pruebe la imposibilidad de resistirse.
 - Por lo tanto, no se ha desvanecido el principio de presunción de inocencia.

2.4. RESOLUCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

- El 19 de mayo de 2016 la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura emite **setencia que revoca** la resolución de primera instancia, absolviendo así a Eusebio del delito contenido en el artículo 172 del Código Penal. En ella, la Sala desarrolla específicamente cuatro cuestiones:
 - **Existe certeza del acceso carnal de Esusebio con A.M.A.G.:** Ello, con la verificación de la desfloración reciente; y, además, con la declaración de A.M.A.G. que vincula a Eusebio con el acto sexual, conforme a los criterios establecidos en el Acuerdo Plenario N° 002-2005³.
 - **No se demostró que A.M.A.G. no estaba en condiciones de decidir:** Sostiene que solo se demostró su “retardo mental leve” pero que al no haberse demostrado su incapacidad para consentir, debe primar su libertad sexual a fin de evitar discriminación, ello, a la luz de la CDPD y a la Ley

³ Los criterios son: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, b) persistencia en la incriminación, y c) verosimilitud fundada en la coherencia y solidez del relato y elementos de corroboración periféricos.

General de la Persona con Discapacidad, instrumentos que deben guiar hacia una nueva interpretación del artículo 172 del Código Penal, comprendiendo que el consentimiento resulta relevante. Es decir, de acuerdo a la judicatura, debió haberse probado la incapacidad de consentir para poder imputar el delito.

- **No se demostró la existencia de violencia y/o amenaza respecto a A.M.A.G.:** Señala que podría haber habido aceptación o consentimiento al no haber existido violencia ni ningún tipo de amenaza que pruebe la ausencia de aceptación al acto sexual.
- **Existía una relación sentimental entre A.M.A.G. y Esuebio:** Efectúa énfasis en que podría haber existido una posible dinámica de enamoramiento y que existió una relación sentimental entre la menor y Eusebio. Ello se deriva, de acuerdo a la resolución, de a las pericias psicológicas realizadas en donde A.M.A.G. señala que “se estaban besando” y que “se sentía bien con él”.

2.5. RECURSO DE CASACIÓN

- El 16 de junio de 2016 el Fiscal Superior de la Primera Fiscalía Superior Penal de Huaura interpone recurso de casación, el cual se sustenta en la vulneración de la garantía constitucional del debido proceso. Sostiene que, a pesar de haberse reconocido como acreditado el acceso carnal entre Eusebio y A.M.A.G. se habría enervado la protección que resguarda a las personas en situación de discapacidad.
- El Fiscal puntualiza que para la absolución, la Sala de Apelaciones habría sustentado su decisión en que no se habría demostrado que A.M.A.G. se encontraba impedida de dar su consentimiento por lo que debiera entenderse que gozaba del derecho a decidir libremente para evitar incurrir en discriminación. Por lo que, de acuerdo al Fiscal, se ha incurrido en error al no haber analizado de forma debida los medios probatorios actuados como las evaluaciones psiquiátricas que demuestran el retardo mental, la edad mental de A.M.A.G. que, según las pericias, oscila entre 7 a 9 años, y la connación; lo que equivale, a juicio del Fiscal, que A.M.A.G. no podría expresar por sí misma su voluntad en razón al “retardo”.

2.6. RESOLUCIÓN DE LA CASACIÓN

- El 09 de mayo de 2019 la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia emite sentencia de casación declarando fundado el recurso y, en ese sentido, casa y declara nula la sentencia en segunda instancia que absolvió a Eusebio. En la parte considerativa se indica que el artículo 172 debe ser interpretado desde nuevos enfoques. Puntualiza que la introducción del elemento “libre consentimiento” en el artículo 172 del Código Penal, efectuada en el 2018, supone una adecuación de la normativa interna a los parámetros internacionales con lo cual se requería una interpretación concordante a la CDPD⁴.

- Al respecto, sostiene que, si el sujeto pasivo no puede autodeterminarse por su discapacidad intelectual, entonces no es posible que brinde su libre consentimiento y que una interpretación del artículo 172 en concordancia a la CDPD implica tener en cuenta que:
 - i) El sujeto activo conozca que el sujeto pasivo padece⁵ de discapacidad intelectual que le impide prestar un libre consentimiento.

 - ii) El sujeto activo se prevale de este conocimiento y se aprovecha de la discapacidad al momento de los hechos.

 - iii) El sujeto pasivo tiene discapacidad intelectual que le impide comprender y consentir el acceso carnal o el acto sexual cometido; es decir, que su nivel de discapacidad no le permita, en el momento del hecho, consentir válidamente. Esto, de acuerdo a la Corte, deberá ser analizado en cada caso según las circunstancias del mismo, con el apoyo de pericias psiquiátricas y psicológicas.

- La Corte Suprema concluye que la Sala de Apelaciones incurrió en una falacia o

⁴ Se hará mención y se desarrollará dicha modificación en la sección de análisis.

⁵ Debe indicarse que el uso del término “padece” para referirse a una deficiencia que se constituye en discapacidad, no es acorde al modelo social de la discapacidad. En tal sentido, la autora no se encuentra de acuerdo con el uso de este término; no obstante, podría estar presente en el desarrollo del informe en razón a su uso coloquial por parte de las instancias judiciales que utilizan dicha terminología.

un error en su argumentación pues, sustentado en que no se acreditó la falta de autodeterminación de la menor, concluyó que sí la tenía, obviando la valoración de otros medios probatorios como la propia declaración de A.M.A.G. en la que señala no saber a qué se referían con relaciones sexuales. La Corte Suprema señala que la sala de Apelaciones realizó un juicio de valor sesgado y parcial y una inadecuada interpretación del artículo 172.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos que se identifican de la resolución materia de controversia y que ameritan un análisis a profundidad, serán planteados de la siguiente manera:

3.1. Primer problema jurídico: Siendo A.M.A.G. una adolescente con discapacidad intelectual ¿Tenía capacidad jurídica para consentir relaciones sexuales?

3.1.1. Cuestión 1: Aproximación al concepto de discapacidad y las diferentes concepciones a lo largo de la historia

3.1.2. Cuestión 2: Autonomía y capacidad jurídica de las personas con discapacidad

3.1.3. Cuestión 3: Ejercicio de derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad intelectual - impacto de los estereotipos

3.2. Segundo problema jurídico: Para el caso de violación sexual de persona con discapacidad intelectual, en el marco de la imputación contra Eusebio, ¿se interpretó correctamente el artículo 172 del Código Penal?

3.2.1. Cuestión 1: Evolución del artículo 172 del Código Penal - efectos de la última modificación y su aplicación al caso concreto

3.2.2. Cuestión 2: El consentimiento en el marco de sistemas de opresión ¿Qué es y cómo entenderlo en el caso de personas con discapacidad intelectual?

3.2.3. Cuestión 3: Entre la garantía y la protección ¿Cómo lograr el equilibrio? Algunas ideas iniciales para el análisis del consentimiento de personas con discapacidad intelectual

IV. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

El caso materia de estudio involucra la vulneración de los derechos de una adolescente mujer con discapacidad intelectual quien, a la luz de la CDPD, es persona autónoma, con capacidad jurídica para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos (DSR) de los que es titular y frente a quien el Estado peruano tiene el deber de protección por ser una persona con mayor riesgo a ser víctima de violencia. Confluyen diversos factores que deben ser tomados en consideración, principalmente, el ser mujer y persona con discapacidad intelectual. En esa línea, el análisis de los problemas jurídicos planteados será realizado a partir de un enfoque de discapacidad y de género en conjunto.

Los hechos materia de análisis ocurrieron en el año 2016 y la resolución que contiene la sentencia de casación fue emitida en el año 2019. En dicho lapso de tiempo se produjo la modificación del artículo 172 del Código Penal aplicable al caso concreto, introduciendo el elemento del consentimiento⁶. El desarrollo del presente informe jurídico se centra en evidenciar cómo es que ninguna de las dos fórmulas legales fue aplicada en concordancia con la CDPD, y en cómo la Corte Suprema tuvo oportunidad para establecer líneas interpretativas para la aplicación del tipo penal en cuestión. Asimismo, se busca demostrar el impacto de los estereotipos de discapacidad y género en el ejercicio de los DSR de las adolescentes y mujeres con discapacidad intelectual, lo cual impide analizar correctamente el consentimiento en casos de violación sexual, generando un riesgo inminente a nivel normativo y práctico, pese a la entrada en vigor de la CDPD.

Para el desarrollo del presente informe jurídico se ha optado por dividir el análisis en dos acápites principales; en el primero, correspondiente al primer problema jurídico, se abordará la autonomía y capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual como premisas necesarias para el ejercicio de los DSR; ello, a la luz del modelo social y

⁶ Modificación efectuada en el año 2018 mediante la Ley N° 30838 - Ley que modifica el código penal y el código de ejecución penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad.

la CDPD. Asimismo, se expondrá cómo los estereotipos de discapacidad son gatilladores para la limitación de estos derechos, puntualmente, sobre personas con discapacidad intelectual. Esto permitirá evidenciar cómo es que, con la convergencia de los estereotipos de género y discapacidad, las niñas, adolescentes y mujeres con discapacidad intelectual se encuentran en mayor riesgo de ser víctimas de violencia sexual⁷.

En el segundo acápite, correspondiente al segundo problema jurídico, se analizará el artículo 172 del Código Penal aplicado en el caso concreto, efectuando un breve recorrido en su evolución normativa y analizando cómo es que debió interpretarse las resoluciones analizadas, con la finalidad efectuar una aplicación acorde a la CDPD. Asimismo, se efectuará una crítica a la ausencia de un análisis más robusto por parte de la Corte Suprema, que establezca líneas interpretativas para el entendimiento del supuesto “discapacidad intelectual que impida dar un libre consentimiento”. Ello coadyuvaría a disminuir el impacto de estereotipos de género y discapacidad en la resolución de casos, así como a lograr el equilibrio entre dos mandatos que resultan a partir de la CDPD⁸: a) autonomía y capacidad jurídica para el ejercicio de DSR⁹ y, b) protección de niñas, adolescentes y mujeres frente a la explotación, violencia y el abuso¹⁰.

4.1. Primer Problema Jurídico: Siendo A.M.A.G. una adolescente con discapacidad intelectual ¿Tenía capacidad jurídica para consentir relaciones sexuales?

Como bien ha sido relatado en los hechos del caso, la resolución materia de análisis versa sobre la imputación de violación sexual cometida contra una adolescente, mujer, de 16 años, y con discapacidad intelectual. Del análisis del expediente, las tres resoluciones estudiadas resuelven la controversia aplicando diferentes criterios, lo cual no hace más que poner de manifiesto los problemas existentes para abordar la problemática de la autonomía, la capacidad jurídica para ejercer sus DSR y la violencia de género cuando hablamos de mujeres con discapacidad intelectual.

⁷ No se niega que las personas con discapacidades físicas y psicosociales también se encuentren en riesgo de este y otros tipos de violencia; sin embargo, a efectos del presente informe jurídico se analiza la discapacidad por ser el análisis del caso de A.M.A.G.

⁸ A efectos del análisis del caso concreto, se ha optado por dividirlo en dos mandatos a partir de la interpretación de la CDPD.

⁹ Lectura conjunta del literal n) del preámbulo y los artículos 12, 23 y 25 de la CDPD.

¹⁰ Esta interpretación surge de la lectura conjunta de los artículos 6 y 16 de la CDPD.

En tal sentido, la presente sección desarrolla la autonomía y capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual desde la perspectiva del modelo social y el impacto de los estereotipos de género y discapacidad – conjuntamente – en el ejercicio de los DSR, cuya negación se constituye como un factor de riesgo frente a la violencia sexual de este colectivo.

4.1.1. Cuestión 1: Aproximación al concepto de discapacidad y las diferentes concepciones a lo largo de la historia

La discapacidad ha sido concebida desde diferentes paradigmas: el de la prescindencia, el médico o rehabilitador y el social (Palacios, 2008). El modelo de la **prescindencia** basa su concepción en la inutilidad de las personas con discapacidad. Desde este paradigma se atribuye la discapacidad a un motivo religioso o divino y se niega valor alguno a las personas con discapacidad en la medida en que considera que no tienen nada que aportar a la sociedad y representan, más bien, una carga. Así pues, tal y como señala Agustina Palacios: “[...]sus vidas no merecen la pena ser vividas. Como consecuencia de dichas creencias, la sociedad ha decidido prescindir de las personas con discapacidad [...]” (2015:10). La solución aplicable era prescindir de ellas ya sea recurriendo a prácticas eugenésicas o excluyéndolas de forma definitiva.

De acuerdo al modelo **médico o rehabilitador** las causas ya no son consideradas divinas sino científicas, pues concibe la discapacidad como una enfermedad y, en tal sentido, deben ser rehabilitadas para ser dignas de vivir una vida autónoma, libre, ser reconocidas y valoradas. De tal manera, únicamente si eran “curadas” podrían ser incorporadas en la sociedad. Si bien esta concepción representa un avance en relación al modelo de la prescindencia toda vez que no niega de forma absoluta el valor de la persona con discapacidad o, al menos, la potencialidad de ser considerada persona; resulta bastante criticable en razón a que atribuye a la limitación el valor de una condición intrínseca a la persona, quien debe ser sometida diversos mecanismos para “sanar” obligándolas a someterse a tratamientos involuntarios, a soportar tratos inhumanos, a modificar conductas, entre otros.

El **modelo social** representa un nuevo paradigma que surge en la década de 1960 y se constituye como un hito toda vez que propone la eliminación de la carga que, por mucho

tiempo, se atribuyó a las personas con discapacidad. Por el contrario, la reconoce como producto de una dinámica de opresión social sobre las personas funcionalmente diversas y que, consecuentemente, genera barreras discapacitantes. De acuerdo a este último modelo, la discapacidad deja de ser concebida como un atributo inherente a la persona humana y se atribuye a causas sociales. En palabras de Agustina Palacios, “[...] el problema deja de explicarse a partir de la deficiencia de la persona, para pasar a hacerlo a partir de las deficiencias de la sociedad, que se traducen en barreras discapacitantes” (2015:14).

De acuerdo al desarrollo proporcionado por la autora, la discapacidad es el resultado de la deficiencia (física, mental, intelectual o sensorial) que, al interactuar con diversas barreras sociales, le impiden su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás (Palacios, 2008: 349). Desde este nuevo paradigma se considera que al ser la sociedad la que origina la discapacidad, las soluciones no pueden ser atribuidas a la propia persona como en los dos modelos anteriormente descritos, sino que deben ser necesariamente sociales. La deficiencia entonces, no se constituye como incapacitante, sino son las barreras sociales las que discapacitan.

La CDPD consagra el modelo social de la discapacidad y, así, en el preámbulo, el citado instrumento reconoce los elementos que deben converger cuando hablamos de discapacidad; es decir, deficiencias y barreras sociales que limitan el ejercicio de sus derechos: “e) Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” [Subrayado propio].

De este paradigma se colige la necesidad de replantear las instituciones sociales, las normas y las dinámicas excluyentes a través de medidas de accesibilidad, diseño universal, acciones afirmativas para la inclusión y, además, el reconocimiento de la autonomía y del ejercicio pleno de sus derechos sin discriminación. Esto, como se observará en el caso materia de análisis, no se materializa en la práctica debido a estigmas y barreras tanto arquitectónicas como ambientales y actitudinales que niegan el ejercicio de los derechos a las personas funcionalmente diversas. El desafío para un Estado

respetuoso de los derechos humanos está en establecer políticas, así como combatir las prácticas que arrastren visiones capacitistas y estigmas de los modelos de la presidencia y rehabilitador, para así, derribar estereotipos y asegurar la real inclusión de las personas en situación de discapacidad, asegurando que las normas sean aplicadas libres de estigmas discriminatorios.

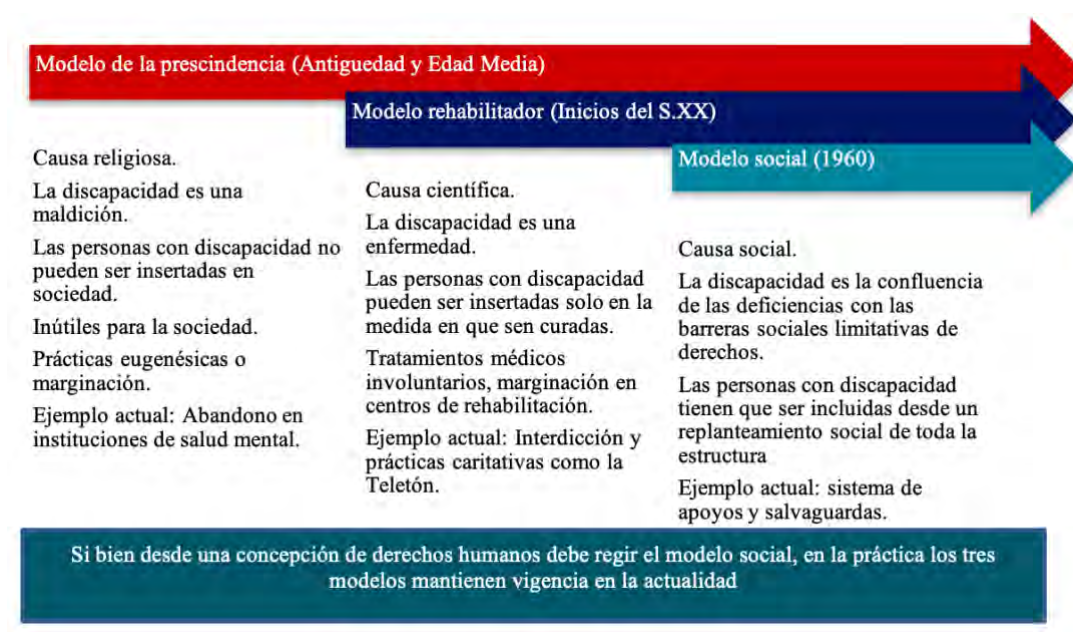
Si bien los paradigmas pueden interpretarse como procesos superpuestos, es necesario resaltar que las diferentes concepciones sobre la discapacidad coexisten al día de hoy. Es innegable que la normativa se ha adaptado y evolucionado; sin embargo, aún se requiere el replanteamiento de instituciones jurídicas y la inclusión del enfoque basado en derechos humanos en la aplicación de las mismas. A pesar de este desarrollo teórico y normativo, las prácticas sociales aún responden a los modelos de la prescindencia y rehabilitador. La convivencia de estos modelos se expresa, por ejemplo, en que se sigue marginando a las personas con discapacidad lo que se verifica en que estas personas presenten un elevado riesgo de ser pobres - de acuerdo a la Organización de Naciones Unidas, más del 80% de las personas con discapacidad son pobres¹¹ (ONU, 2015) - **[modelo de la prescindencia]**. Asimismo, al día de hoy, todavía existen los centros de rehabilitación para personas con discapacidad, coloquialmente conocidos como “manicomios” en donde son recluidas contra su voluntad y en donde, además, es usual que reciban medicación y tratamientos sin consentimiento **[modelo de la prescindencia y rehabilitador]**. Finalmente, de acuerdo a la CDPD, se ha instituido la figura de apoyos y salvaguardas para la toma de decisiones de las personas con discapacidad en el Código Civil¹² **[modelo social]**. Como se observa, los paradigmas coexisten y se pueden graficar de la siguiente manera:

¹¹ Barreras en el acceso a la educación o al trabajo son ejemplos claros de la marginación de las personas con discapacidad de los espacios de producción del sistema envolvente, lo que, consecuentemente, las hace propensas a la pobreza.

¹² De acuerdo al Decreto Legislativo 1384 del Código Civil, se elimina el sistema de sustitución de voluntad y se instituye un sistema de apoyos y salvaguardas. Sin embargo, este cambio a nivel normativo enfrenta los estigmas sociales lo que genera que en la práctica se sigan produciendo situaciones de sustitución de voluntad.

Gráfico N° 1

Paradigmas de la discapacidad y persistencia actual



[Elaboración propia]

Queda claro que, si bien los modelos descritos permiten observar el avance en cuanto a la concepción de la discapacidad, en la realidad las prácticas combinan los diferentes paradigmas, lo cual se traduce en instituciones, normas o comportamientos que no se alinean al modelo social, sino que heredan las preconcepciones asociadas a los modelos de la prescindencia o rehabilitador. Esto requiere que el análisis y enfoque a ser aplicado en cualquier caso que involucre a una persona con discapacidad se condiga con la CDPD y el modelo social, en estricto respeto de los derechos humanos y asegurando la autonomía, el reconocimiento de la capacidad jurídica y el ejercicio libre y sin discriminación de sus derechos.

4.1.2. Cuestión 2: Autonomía y capacidad jurídica de las personas con discapacidad

A partir de este punto el análisis se centra en las personas con discapacidad intelectual, en razón al caso materia de análisis¹³. Asimismo, se abordará desde la perspectiva de género pues la violación sexual es un delito de poder y un tipo de violencia de género producto de la opresión patriarcal y, en tal medida, no es un acto neutro; por lo que es mayoritariamente cometido contra mujeres o personas con identidades no hegemónicas¹⁴.

Para iniciar con el análisis referido a este punto es importante partir desde la realidad. La sociedad aún categoriza a las personas con discapacidad intelectual como incapaces, se las excluye y aísla. Hablar con ellas sobre relaciones sexuales todavía es un tabú lo cual es ilegítimo. Surge entonces el cuestionamiento ¿Puede realmente una persona con discapacidad intelectual tomar decisiones respecto a su vida sexual? La respuesta no es pacífica y, a lo largo del presente informe, desarrollaré mi postura: Las personas con discapacidad cuentan con plena autonomía la cual se traduce en el derecho a la capacidad jurídica. Aunado a ello, al ser titulares de DSR pueden elegir mantener relaciones sexuales o no; sin embargo, los estereotipos que recaen sobre ellas, especialmente sobre mujeres, aún las limitan y, peor aún, las excluyen de las decisiones más personales respecto a sus vidas lo que, además, representa un riesgo mayor de sufrir violencia sexual.

4.1.2.1. El principio de autonomía como principio rector

La CDPD de Naciones Unidas fue aprobada en el año 2006 y, como bien fue puntualizado antes, consagra el modelo social de la discapacidad que la reconoce como el resultado de una construcción social que impone barreras discapacitantes. Entró en vigor el 03 de mayo de 2008 y ratificada por el Estado peruano en la misma fecha y, al ser un tratado de derechos humanos, en virtud de la IV Disposición Final y Transitoria y el artículo 55 de la Constitución Política del Perú, forma parte del bloque de constitucionalidad dentro del ordenamiento peruano, con lo cual es vinculante para el Estado peruano desde entonces.

Este instrumento marca un hito toda vez que reconoce los derechos que durante mucho tiempo venían siendo negados a las personas con discapacidad y, puntualmente, parte del reconocimiento de la discriminación estructural que oprime a este sector de la población

¹³ Esto no implica desconocer que las personas con otras discapacidades también enfrenten barreras actitudinales y discriminación estructural, aunque con diferentes matices.

¹⁴ Esto será desarrollado a mayor detalle en el segundo problema jurídico.

de forma sistémica. La autonomía se posiciona como eje fundamental y así, en el literal n) del preámbulo de la CDPD se reconoce “la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones” y, aunado a ello, en el artículo 3 reconoce ocho principios que rigen el modelo social de la discapacidad. Al respecto, en su literal a) señala “El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas”.

En cuanto al ordenamiento peruano interno, el principio de autonomía se encuentra también reconocido en el artículo 4 de la Ley N° 29973 - Ley General de Personas con Discapacidad (LGPD) publicada en el año 2012. Además, el Decreto Legislativo N° 1384 del año 2018 concretiza este reconocimiento y elimina el sistema de incapacidad y sustitución de la voluntad para personas con discapacidad que, hasta entonces, recogía el Código Civil. De esta manera, tanto en virtud del bloque de constitucionalidad como por la adecuación de la normativa interna a la CDPD, la autonomía de las personas con discapacidad tiene pleno reconocimiento.

Ahora bien, la autonomía se constituye como un principio transversal que responde a la dignidad, determina el cómo las personas se autogobiernan y dirigen sus propias metas con lo cual, pueden y deben estar en posibilidades de tomar las decisiones sobre su propia vida y destino (Palacios, 2015: 24). Una persona sin autonomía está impedida de vivir y elegir libremente en relación a su vida y, todo lo contrario, al estar desprovista este valor fundamental, está impedida de ejercer sus otros derechos; es la base de ser persona y ser ciudadano/a (Del Águila, 2015: 61). Esto quiere decir que, a la luz de este principio, salvo una circunstancia excepcional, es contrario a derecho que una persona tome decisiones sustituyendo la voluntad de otra.

A pesar de este aterrizaje respecto de la dignidad y autonomía, cuando nos referimos a personas con discapacidad intelectual, la realidad es contraria pues se presume su incapacidad para tomar decisiones respecto, inclusive, a las cuestiones más personales de su vida, como el tener o no una vida sexual; ello, por el solo hecho de ser personas que no se enmarcan en el entendimiento de la razonabilidad y normalidad construido por la sociedad.

En el caso de A.M.A.G. se evidencia esta realidad. En la resolución de primera instancia se presume que una persona, por la sola presencia de una deficiencia intelectual, no es capaz de valerse por sí misma y no estaría en condiciones de decidir tener un noviazgo o mantener relaciones sexuales, con lo cual se vacía de contenido a la autonomía de la que es titular¹⁵. Ello llevó a que ni siquiera se plantee el análisis sobre la capacidad de A.M.A.G. para la resolución del caso¹⁶. Esto es producto del estereotipo según el cual las personas con discapacidad intelectual son asexuales, y, por lo tanto, es incorrecto hablar de su sexualidad, lo que acarrea graves consecuencias en cuanto a su autonomía y al ejercicio de sus DSR.

En el caso de la resolución de segunda instancia, a pesar de que sí se reconoce textualmente la capacidad de A.M.A.G. para consentir relaciones sexuales, la interpretación efectuada no se alinea al modelo social debido a que no toma en consideración que la deficiencia no está exenta de barreras sociales que limitan el ejercicio de sus derechos. Además, presumir el consentimiento es contrario al ordenamiento, pues debe entenderse desde los estándares que parten del reconocimiento de un sistema de género de opresión. Así, una interpretación a la luz de los derechos humanos, no pudo haber asumido la existencia del consentimiento sin evaluar las condiciones concurrentes como, por ejemplo, que A.M.A.G. señaló no saber qué eran las relaciones sexuales, o analizar la existencia de una relación asimétrica de poder en relación a su tío que pudiera constituirse como un vicio en el consentimiento.

Así, se vislumbra cómo la autonomía es un principio transversal que tiene sustento en la dignidad humana que habilita a toda persona a tomar decisiones. Este principio se encuentra reconocido tanto a nivel internacional como nacional y, en tal sentido, debe ser respetado. Pero, ¿Cómo se concretiza este principio? A continuación, se desarrollará este cuestionamiento.

¹⁵ Ello, reforzado con la tipificación literal del Código Penal, que en el artículo 172 concebía a las personas con discapacidad como incapaces de consentir, equiparando su tratamiento al de menores de edad, en donde se protege la indemnidad y no la libertad sexual.

¹⁶ Lo cual era aplicable a la luz de la CDPD que se encontraba en vigor a la fecha y, en tal medida, era vinculante al Estado peruano. Esto se desarrollará a mayor detalle en el segundo problema jurídico del presente informe.

4.1.2.2. Capacidad jurídica para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad intelectual

El derecho a la capacidad jurídica, reconocido en el artículo 12 de la CDPD, implica; por un lado, el reconocimiento de la personería jurídica en el sentido de poder ser acreedora de derechos y obligaciones; y, por otro lado, tener la capacidad de adoptar, ejercer o asumir obligaciones en base a las propias decisiones (capacidad de goce y de ejercicio). De acuerdo con el Comité de Personas con Discapacidad de Naciones Unidas “la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho” (Comité CDPD, 2014: párr. 11).

De esta manera, este derecho es la materialización del principio de autonomía pues partiendo de la premisa según la cual las personas se autogobiernan, la capacidad jurídica se instituye como el camino necesario para el ejercicio de otros derechos, con lo cual su reconocimiento y garantía deviene en imperativo. Esto quiere decir que no resulta suficiente el reconocimiento, sino que debe asegurarse su ejercicio en igualdad de condiciones, tal y como se dispone en el numeral 2 del artículo 12 de la CDPD: “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. [Subrayado propio].

No obstante, como se mencionó anteriormente, las personas con discapacidad han sido históricamente consideradas como incapaces y, por lo tanto, se les ha denegado el goce de su capacidad jurídica en los términos antes señalados. Esta concepción de incapacidad para ejercer sus derechos y crear, modificar o extinguir obligaciones está basada en estereotipos y permanece vigente, traducándose en barreras sociales, actitudinales y legales que, entre otras cosas, continúan avalando sistemas sustitución de la voluntad como la interdicción. Así, por ejemplo, el estereotipo según el cual las personas con discapacidad intelectual no pueden cuidar a sus hijos/as les niega la posibilidad de ejercer la paternidad o maternidad. Esto refleja cómo el estereotipo niega la capacidad jurídica.

Esto no es acorde a derecho y refleja la confusión entre la capacidad mental, que puede ser muy variable de una persona a otra, independientemente de la discapacidad. La Observación General sobre el artículo 12 de la CDPD elaborada por el Comité CDPD en

noviembre de 2013, además de puntualizar que la capacidad jurídica es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad, enfatiza en que no debe confundirse la capacidad mental con la jurídica (Comité CDPD, 2014: párr. 13)¹⁷.

El pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual es trascendental desde un enfoque de derechos humanos y requiere comprender que, para garantizar este derecho y – consecuentemente - otros, se deben considerar las deficiencias que presenta la persona en situación de discapacidad para, en atención a ellas, proporcionar medidas específicas que aseguren el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones.

Presuponer que las personas con deficiencias intelectuales no pueden ejercer su capacidad jurídica ha sido – quizás - el camino fácil por el cual el Estado y la sociedad se apartaron de cualquier ajuste o acción adicional que implique una modificación del *status quo* basado en un parámetro de “normalidad”¹⁸ excluyente y discriminatorio que hoy no puede ser avalado. En tal medida, generar condiciones que sean respetuosas de la diversidad funcional y que aseguren el ejercicio de la capacidad jurídica de todas las personas, es un imperativo. Así lo dispone la CDPD en el numeral 3 de su artículo 12 cuando señala “Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica” [Subrayado propio]¹⁹.

En línea a ello, se deben encontrar los caminos necesarios para que las personas con discapacidad intelectual puedan realizar sus derechos de forma plena. Presumir que el tipo de deficiencia, el grado o la gravedad de la misma imposibilita, *per se*, a una persona de ejercer su capacidad jurídica sería vulnerar una norma vinculante, y atentar contra un derecho humano que, además, es condición para ejercer otros. En suma, un atentado

¹⁷ En el párrafo 13, el Comité CDPD puntualizó que: “La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales”.

¹⁸ Socialmente establecido e impuesto.

¹⁹ Este artículo debe leerse a la luz del mandato de igualdad y no discriminación recogido en el artículo 5 de la CDPD.

directo contra el principio de autonomía que fue desarrollado en la sección anterior. Para lograr que este derecho se materialice, no basta con reconocerlo, tal y como fue efectuado en el artículo 9 de la LGPCD²⁰, sino, como se ha venido puntualizando, establecer medidas específicas que eliminen las barreras sociales impuestas a las personas con discapacidad. Claro ejemplo de ello fue el giro normativo del Código Civil en el año 2018, eliminando el sistema de sustitución de la voluntad e incorporando las instituciones de apoyos y salvaguardias como mecanismos que garantizan el ejercicio de la capacidad jurídica. Queda claro que “la pregunta ya no puede ser si la persona tiene la capacidad para ejercer su capacidad jurídica sino qué requiere la persona para el ejercicio de su capacidad jurídica (Bach y Krezner, 2018).” (Villareal, 2014: 155).

Dicho lo anterior, resulta importante señalar que el derecho a la capacidad jurídica está coligado a la igualdad y no discriminación, reconocido en el artículo 5 de la CDPD. Ello quiere decir que, según los elementos constitutivos de un acto discriminatorio, negarle capacidad jurídica a una persona [**trato diferenciado**] por ser persona con discapacidad intelectual [**motivo prohibido**] con la finalidad o resultado en la exclusión o el menoscabo de sus derechos [**objetivo o resultado**], se enmarca en la vulneración del mandato antes mencionado. Así, en el caso materia de análisis, se niega que A.M.A.G. tenga capacidad jurídica para mantener relaciones sexuales por el hecho de ser una adolescente con discapacidad lo que impide el ejercicio pleno de sus DSR. Esto además de reflejar la negación de la autonomía de la adolescente, así como su capacidad jurídica; se constituye como un acto de discriminación.

Entonces, queda evidenciado que las personas con discapacidad intelectual, en virtud del principio de autonomía cuentan con plena capacidad jurídica, lo cual ha sido reconocido a nivel internacional y nacional y, en ese sentido, al ser también titulares de DSR, como se desarrollará a continuación, deberían poder ejercerla sin discriminación alguna. No obstante, la realidad dista de este mandato jurídico.

²⁰ Artículo 9: “La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones”

4.1.3. Cuestión 3: Ejercicio de derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad intelectual - impacto de los estereotipos

Si las personas con discapacidad intelectual gozan de autonomía y capacidad jurídica, reconocidas en la CDPCD ¿Por qué en la práctica no ejercen sus DSR? La causa de ello es que sobre ellas recaen estereotipos de discapacidad que se constituyen como barreras actitudinales discriminatorias ya que las excluyen del ejercicio de estos derechos y, además, como se explicará posteriormente, también las coloca en un mayor riesgo de ser víctimas de violencia sexual. Es por ello que resulta trascendental desarrollar los DSR de las personas con discapacidad intelectual y analizar los estigmas que subyacen a esta negación.

4.1.3.1. Reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad intelectual

Los DSR son derechos humanos y, por lo tanto, son universales e inalienables, respecto a los cuales existen deberes de los Estados de - entre otros - respetar, garantizar y sancionar. Los **derechos sexuales**, de un lado, están asociados a la posibilidad de las personas de adoptar decisiones autónomas, libres e informadas sobre su cuerpo y el ejercicio de su sexualidad. De acuerdo a la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, responden al ejercicio de “una sexualidad plena en condiciones seguras, así como el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, con respeto de su orientación sexual e identidad de género, sin coerción, discriminación ni violencia (CEPAL, 2013)” (Minieri, 2017: 15). Estos comprenden una serie de derechos individuales que, como tales, deben ser reconocidos a todas las personas sin distinción alguna, como, por ejemplo, el elegir tener una vida sexual activa o no.

Los **derechos reproductivos**, por otro lado, se encuentran vinculados a la capacidad de toda persona de decidir respecto a su vida reproductiva, en torno a si desea o no tener hijos, el número de aquellos, el distanciamiento entre los nacimientos; así como acceder a información que le permita tomar dichas decisiones, incluyendo información sobre salud sexual reproductiva y métodos anticonceptivos; es decir, adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.” (Minieri,

2017: 16). [Subrayado propio].

La toma de decisión en relación a estos derechos resulta trascendental pues es la forma en cómo el individuo, de forma libre e informada, se autodetermina en tal aspecto de su vida. En relación al goce y ejercicios de los DSR por parte de las personas con discapacidad intelectual, la CDPD les reconoce los mismos en sus artículos 23²¹ y 25²² y, en la misma línea, se ha pronunciado la Relatora Especial sobre los Derechos de las personas con discapacidad:

“La salud y los derechos en materia sexual y reproductiva implican un conjunto de libertades y derechos. Conllevan el derecho a decidir autónomamente sobre la sexualidad y la reproducción sin discriminación, coacción ni violencia, y el derecho a acceder a toda una serie de establecimientos, servicios, bienes e información relacionados con la salud sexual y reproductiva [...] (2017: párr. 11).

[Subrayado propio]

Respecto a los DSR es importante enfatizar en la necesidad de abordarlo desde el enfoque de género, además del de discapacidad. En el marco de una sociedad en la que se han establecido relaciones asimétricas de poder sobre la base de la construcción sexo-género, las mujeres y personas con identidades no hegemónicas son víctimas de mayores obstrucciones y atentados contra sus DSR, así como de violencia sexual. Así, esto se puede observar en el caso de una de una mujer en situación de discapacidad que han sido históricamente oprimidas en cuanto al ejercicio de estos derechos, tal y como lo reconoce el artículo 6 de la CDPD; y, además, podrían estar – dependiendo del caso – en mayor

²¹ “Artículo 23.- 1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes a fin de [...]asegurar que: a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de **contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia** sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges; b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a **decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro**, y a tener **acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar** apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos”. [Subrayado propio].

²² “Artículo 25.- [...] En particular, los Estados Partes: a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, **incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva**, y programas de salud pública dirigidos a la población”. [Subrayado propio].

riesgo²³. En ese sentido, si bien las mujeres con discapacidad intelectual son titulares de DSR, el análisis de la vulneración de estos derechos debe atender tanto a la opresión del sistema capacitista como a la opresión del sistema patriarcal, sabiendo que podrían concurrir otros. Adicionalmente, se debe analizar qué otras particularidades recoge el caso, atendiendo a las mismas desde un enfoque interseccional.

En relación a los DSR de las mujeres con discapacidad, estos han sido desarrollados por el Comité CDPD en su Observación General N° 3, en donde ha puntualizado que las mujeres con discapacidad deben poder ejercer su capacidad jurídica en el marco de las decisiones en torno a sus DSR, adoptándolas de forma autónoma:

“[...] Todas las mujeres con discapacidad han de poder ejercer su capacidad jurídica tomando sus propias decisiones, con apoyo cuando así lo deseen, sobre la atención médica o el tratamiento terapéutico, incluidas las decisiones relativas a conservar su fertilidad y su autonomía reproductiva, ejercer su derecho a decidir el número y el espaciamiento de los hijos, dar su consentimiento y aceptar una declaración de paternidad y ejercer su derecho a establecer relaciones [...]”. (Comité CDPD, 2016: párr. 44).

[Subrayado propio]

De esta manera, el reconocimiento de los DSR a las personas con discapacidad está recogido en la CDPD y, además, ha sido desarrollado por el Comité CDPD. Así, sea cual sea la deficiencia, el goce y ejercicio deben ser garantizados para que dicho ejercicio sea en igualdad de condiciones. Ello, de la lectura conjunta del literal n) del preámbulo y los artículos 3, 12, 23 y 25 de la CDPD.

Siguiendo la línea argumentativa, a este punto queda claro que toda persona humana goza de autonomía y se concretiza a través del reconocimiento y ejercicio de la capacidad jurídica con las medidas necesarias para ello. Esto permite garantizar el ejercicio de otros

²³ Es importante no caer en el discurso que coloca a las personas con discapacidad en una constante situación de vulnerabilidad, pues la misma dependerá de las circunstancias particulares de cada caso. Ello, podría llevarnos a perpetuar estereotipos y visiones paternalistas y asistencialistas.

derechos como los DSR que asisten a las personas con discapacidad intelectual. La existencia de una deficiencia intelectual no puede significar, de ninguna manera, la imposibilidad de decidir sobre aspectos fundamentales de su vida, como lo es el decidir tener una vida sexual o no. Lo anteriormente señalado, supone reconocer que las mujeres con discapacidad intelectual tienen capacidad para manifestar su consentimiento en el marco de relaciones sexuales, lo cual será desarrollado a mayor detalle en el segundo problema jurídico. Sin embargo, en la práctica ello no sucede de tal manera por la existencia de barreras actitudinales y estereotipos.

4.1.3.2. Estereotipos y discriminación

Se entiende por estereotipo aquella visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de integrantes de un grupo en particular o sobre los roles que deben cumplir (Cook y Cusack, 2010: 11). Estos, asignan a las personas roles, expectativas y posiciones de poder o dominación, por su sola pertenencia a determinado grupo social o por reunir determinadas características, agrupación realizada también por la sociedad en base a las diferencias propias de la diversidad humana²⁴. Los estereotipos generan diferencias injustificadas entre las personas en razón a sus características físicas, identidad de género, religión, situación de discapacidad, etc.; generando así, actos discriminatorios, lesivos contra la igualdad y otros derechos. Por ejemplo, la preconcepción generalizada según la cual las mujeres son objetos sexuales por lo cual son hipersexualizadas y cosificadas, las convierte en víctimas de violencia. Este es un estereotipo de género, pues atribuye a las mujeres tal atributo – ser un objeto sexual – en razón al género, construcción determinada por las diferencias biológicas de las personas.

Las personas con discapacidad no están exentas de estereotipos y, sobre ellas recaen, por ejemplo, las preconcepciones según las cuales son incapaces, infantiles, no bellas, hipersexualizadas o asexuadas, lo que se traduce en la negación de sus derechos. Puntualmente, sobre las personas con discapacidad intelectual, se cree que son niños/as incapaces de valerse por sí mismos/as y, en relación a su sexualidad, se les considera asexuales²⁵. Esto explica por qué el ejercicio de sus DSR es un ámbito donde las personas

²⁴ Pero determinada por las imposiciones de la sociedad hegemónica.

²⁵ En otros casos, también se les considera hipersexuales, motivo por el cual muchas veces se ha determinado que se debe controlar la libido de estas personas.

en situación de discapacidad intelectual enfrentan numerosas barreras que limitan dicho ejercicio; ello, en razón a que son objeto de una visión paternalista.

En línea a lo anterior, hablar de sexualidad con personas con discapacidad intelectual se convierte en un tabú, inclusive, en las propias familias, lo que se materializa desde la falta de información respecto a salud sexual y reproductiva, hasta la imposibilidad absoluta de experimentar y vivir la sexualidad. En muchos casos, las propias familias preconocen que estas personas nunca ejercerán sus derechos y se encuentran aisladas, impidiendo su desarrollo en igualdad. Al respecto, la Relatora Especial PCD ha puntualizado:

“La sexualidad de las personas con discapacidad se suele considerar un tema tabú, y los familiares, los docentes y el personal sanitario demuestran en general ansiedad y falta de calificación y confianza a la hora de tratar con ellas el tema de la sexualidad. Además, predomina la tendencia a percibir a las personas con discapacidad, en especial las niñas y las jóvenes, como seres asexuales o sexualmente hiperactivos. Esos estigmas están particularmente extendidos en el caso de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. Los estudios empíricos demuestran, sin embargo, que los jóvenes y las jóvenes con discapacidad tienen las mismas preocupaciones y necesidades que sus pares en lo que respecta a la sexualidad, las relaciones y la identidad, y que su conducta sexual sigue pautas similares” (2017: párr. 18).

[Subrayado propio]

Como se colige de lo indicado en párrafos precedentes, sobre las niñas, adolescentes y mujeres con discapacidad intelectual recaen no solo los estereotipos de discapacidad sino también los de género y, a ellos, pueden sumarse otros, dependiendo del caso concreto. Es por tal motivo que resulta imperativo que cualquier caso sea analizado desde un enfoque interseccional que permita comprender tal tipo de discriminación como un único tipo de discriminación que responde a las diferentes características que reúne la persona.

Recapitulando lo desarrollado hasta el momento, las mujeres con discapacidad

cuentan con autonomía la cual se materializa en capacidad jurídica y, además, son titulares de DSR. No obstante, sobre ellas, caen estereotipos de género y discapacidad que se constituyen como barreras actitudinales y niegan el ejercicio de sus DSR. El Comité CDPD en su Observación General N° 3 ha hecho énfasis en que la fijación de estereotipos indebidos relacionados con la discapacidad y el género es una forma de discriminación que tiene repercusiones especialmente graves en el disfrute de la salud y los DSR, y del derecho a fundar una familia.

Es preciso hacer hincapié en que los estereotipos que recaen sobre las mujeres con discapacidad intelectual también las coloca en una situación de mayor riesgo de ser víctimas de violencia. Esto ha sido enfatizado por la Relatora Especial PCD:

“Se considera que las niñas y las jóvenes con discapacidad no necesitan información acerca de su salud y derechos sexuales y reproductivos ni de los servicios disponibles, y que no están capacitadas para tomar decisiones sobre su vida sexual y reproductiva. Además, como muchas de las niñas y jóvenes con las discapacidades más graves viven en el hogar o en instituciones, muchas veces en situación de total dependencia o bajo el control de otros, se las priva del pleno ejercicio de su autonomía e intimidad, sea o no de manera intencionada. En consecuencia, muchas niñas y jóvenes con discapacidad carecen de los conocimientos básicos y el apoyo necesarios para protegerse de los abusos sexuales, los embarazos no deseados y las infecciones de transmisión sexual, y no están equipadas para tomar decisiones informadas sobre su propio cuerpo, su salud y su vida” (2017: párr. 19).

[Subrayado propio]

De esta manera, como en el caso de A.M.A.G., se debe tener en cuenta que, al concurrir estereotipos de género y discapacidad, enfrentan una forma única de discriminación, además de encontrarse en mayor riesgo de ser vulneradas en sus DSR y de ser víctimas de violencia sexual. La CDPD, en el artículo 6, enfatiza que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de

discriminación²⁶; además, el artículo 8 establece la obligación del Estado de combatir los estereotipos de discapacidad²⁷ mientras que el artículo 16 dispone el mandato de proteger a las personas con discapacidad frente a la explotación, la violencia y el abuso²⁸. Por tal motivo, la erradicación de estereotipos de género es un camino imprescindible para garantizar no solo el ejercicio de los DSR de las mujeres con discapacidad intelectual, sino, además, para prevenir la violencia de género cometida contra ellas; conciliando así la libertad sexual, la capacidad para consentir relaciones sexuales, con el deber de protección del Estado frente al mayor riesgo abuso y violencia a la que están expuestas.

Finalmente, respecto a los estereotipos de género y discapacidad, resulta conveniente hacer mención a una interesante clasificación de aquellos, efectuada por Bregaglio, Ramos, Constantino y Verano (2019: 9). Si bien es el resultado del análisis de una muestra pequeña de la prensa peruana, nos brinda una importante aproximación al entendimiento los estereotipos que finalmente subyacen en muchas de las conductas que limitan el ejercicio de los derechos de este colectivo y cómo, inclusive, en algunos casos se busca reivindicar a las personas con discapacidad pero se termina reforzando ideas paternalistas que también se pueden traducir en vulneraciones a su autonomía y derechos:

Tabla N° 1:

Estereotipos sobre mujeres con discapacidad en la prensa peruana²⁹

Adecuadamente benignos	Aparentemente benignos
------------------------	------------------------

²⁶ Es importante puntualizar que, desde el enfoque interseccional, las personas no están sujetas a múltiples discriminaciones, como es concebido en muchos casos; sino que, es una única y diferentes forma discriminación producto de las diversas opresiones que recaen sobre las características de la persona.

²⁷ Artículo 8. Toma de conciencia
1. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para: [...] b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida. [...].

²⁸ Los Estados Partes adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, **contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género.** [Subrayado propio]

²⁹ Se ha utilizado la clasificación propuesta en el artículo “El mandato de toma de conciencia en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad frente a los estereotipos interseccionales en medios de comunicación sobre mujeres con discapacidad” de autoría de Renata Bregaglio, Valquiria Ramos Obregón, Renato Constantino y Cristina Verano, publicado en el 2019 en la revista IUS ET VERITAS.

Benignos	Reflejan adecuadamente sus capacidades. Ejemplo: se pueden empoderar a través del activismo.	Las retratan desde una visión positiva o neutral, pero refuerza ideas inadecuadas sobre ellas. Ejemplo: pueden superar la discapacidad y tener una vida normal ³⁰ .
Neutrales	Reflejan situaciones en las que participan, no como protagonistas sino como receptoras lo cual refuerza la idea de la discapacidad como merecedora de protección o como una tragedia. Ejemplo: necesitan ser cuidadas y/o aisladas de terceros.	
Dañinos	Falsos	Proteccionistas
	Retratan ideas negativas que no se condicen con la realidad. Ejemplo: son incapaces de ser buenas madres.	Requieren protección y suprime su autonomía, refleja una vida es trágica o menos valiosa. Ejemplo: deben recibir intervención médica, pues no pueden cuidarse a sí mismas. Son vulnerables a la violencia.

[Elaboración propia]

De esta manera, queda evidenciado que los estereotipos de género y discapacidad son una realidad que genera menoscabo en los derechos de niñas, adolescentes y mujeres de este colectivo, estigmatizándolas y consolidando barreras actitudinales y normativas que les impiden ejercer sus DSR lo cual inclusive, las coloca en mayor riesgo de ser víctimas de violencia.

4.2. Segundo problema jurídico: Para el caso de violación sexual de persona con discapacidad intelectual, en el marco de la imputación contra Eusebio, ¿se interpretó correctamente el artículo 172 del Código Penal?

Como bien ha sido relatado en los hechos del caso, la resolución materia de análisis versa sobre el caso de violación sexual cometida contra A.M.A.G., una adolescente de 16 años con discapacidad intelectual³¹. La imputación efectuada en el caso fue la contenida en el artículo 172 del Código Penal, el mismo que ha sufrido cambios normativos con el transcurrir de los años hasta llegar a la redacción actual. La presente sección desarrollará

³⁰ Esto puede alimentar la narrativa de que valen solo si superan la discapacidad, sin hacer incidencia en la necesidad de modificar barreras estructurales.

³¹ Cabe indicar que toda persona mayor de 14 años es titular del derecho a la libertad sexual desde la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley N° 28704 que penalizaba las relaciones sexuales entre o con adolescentes entre 14 y 18 años. Ya la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 4-2008 había fijado como criterio la exención de responsabilidad penal de toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes entre 14 y menos de 18 años de edad; en tal medida, solo habría delito de violación cuando hay ausencia de consentimiento válidamente prestado. En dicha línea, el 2013 el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la penalización contenida en la Ley N° 28704, indicando que los menores de edad entre 14 años y menos de 18 también pueden ser titulares del derecho a la libertad sexual.

la evolución del tipo penal y el entendimiento del consentimiento, puntualmente, se aborda la necesidad de establecer líneas interpretativas que delimiten adecuadamente el consentimiento de personas con discapacidad intelectual y que permitan identificar cuándo están impedidas de brindarlo, desde un enfoque de discapacidad y género, así como desde una aproximación situacional.

4.2.1. Cuestión 1: Evolución del artículo 172 del Código Penal - efectos de la última modificación y su aplicación al caso concreto

4.2.1.1. Evolución del artículo 172 del Código Penal

En cuanto al tema abordado en el presente informe, el artículo 172 vigente es la formulación más alineada a la CDPD, aunque – ciertamente - no haya sido producto del debate ni de un análisis crítico respecto a los derechos de las personas con discapacidad, lo cual se constituye como un problema. A pesar de ello, resulta pertinente observar la actual formulación y el proceso evolutivo:

“Artículo 172.- Violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento

El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, conociendo que está impedida de dar su libre consentimiento por sufrir de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veintiséis años”.

[Subrayado propio]

De acuerdo al tipo penal vigente, formulación efectuada mediante la Ley N° 30838 del año 2018, para que se constituya el delito deben concurrir tres elementos, dentro de los cuales se encuentra aquel que dispone que el sujeto pasivo esté impedido de dar su libre consentimiento:

- i) Acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o se realice cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.
- ii) Que el sujeto pasivo se encuentre en un estado de “anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental [discapacidad intelectual], o se encuentre en incapacidad de resistir” [agregado propio], que le impida dar su libre consentimiento.
- iii) Que el sujeto activo conozca que la víctima se encuentra impedida de dar su libre consentimiento.

La introducción en el artículo 172 del elemento referido al consentimiento es esencial y se corresponde con el cambio normativo efectuado respecto del tipo base de violación contenido en el artículo 170, en donde se produce un cambio de paradigma, pasando de un tipo que se limitaba a verificar la existencia de fuerza o amenaza a, más bien incorporar el consentimiento como elemento constitutivo en delitos contra la libertad sexual. El bien jurídico protegido es la libertad sexual en el marco de un contexto en el que no puede ser ejercida. Esta es comprendida como el derecho y la facultad de toda persona mayor de catorce años de edad para decidir cómo, en qué oportunidad y con quién ejercer una vida sexual activa o incluso poder abstenerse de practicarla (Prado, 2017: 70). Para establecer el tipo penal vigente hemos tenido más de 5 modificaciones legislativas. A continuación, se muestra la evolución desde 1991:

Tabla Nº 2:



Evolución normativa del artículo 172 del Código Penal que regula el delito de violación sexual cometido contra persona en incapacidad de resistir por discapacidad intelectual

	Artículo 172 del Código Penal	Denominación de la discapacidad	Bien Jurídico protegido/relevancia del consentimiento	Pena
1991	El que, conociendo el estado de su víctima, practica el acto sexual u otro análogo con una persona que sufre retardo mental será reprimido (...)	Retardo mental	Indemnidad sexual. Consentimiento no es relevante	4-8 años
1994	El que, conociendo el estado de su víctima, practica el acto sexual u otro análogo con una persona que sufre retardo mental será reprimido (...)	Retardo mental	Indemnidad sexual. Consentimiento no es relevante	5-10 años
2004	El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, conociendo que sufre retardo mental será reprimido (...) Cuando el autor comete el delito abusando de su profesión, ciencia u oficio, la pena será privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor a doce años.	Retardo mental	Indemnidad sexual. Consentimiento no es relevante	20-25 años Agravante: 8-12 años
2006	El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, conociendo que sufre retardo mental será reprimido (...) Cuando el autor comete el delito abusando de su profesión, ciencia u oficio, la pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.	Retardo mental	Indemnidad sexual. Consentimiento no es relevante	20-25 años Agravante: 25-30 años
2018	El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, conociendo que está impedida de dar su libre consentimiento por sufrir de retardo mental será reprimido (...)	Retardo mental	Libertad sexual. Consentimiento es relevante.	20-26 años

[Elaboración propia]

Un primer elemento a destacar que merece crítica es que la denominación de la discapacidad intelectual continúe siendo “retardo mental” lo que refleja la persistencia del enfoque médico y que amerita una modificación en la nomenclatura a fin de ser acorde al modelo social y a la CDPD. En cuanto al contenido material, los cambios se pueden resumir en el endurecimiento del *quantum* de la pena³² y la especificación del tipo, incorporando la posibilidad de que sea acceso carnal vía vaginal, anal o bucal u actos análogos introduciendo objetos vía vaginal o anal³³. Esta especificación y endurecimiento del poder punitivo ha ido aparejado con el tipo base de violación sexual contenido en el artículo 170.

El cambio trascendental ocurrió el año 2018 cuando, a través de la Ley N° 30838, se buscó fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, e introduce el consentimiento como elemento central tanto en el tipo base, como en el artículo 172 que es materia de análisis en el presente informe³⁴. Este cambio se alinea a lo señalado por el Comité CEDAW al indicar que el consentimiento pleno es un elemento esencial del delito (Comité CEDAW, 2014, párr. 8.10) y, además, se alinea a la CDPD porque al incorporar este elemento, reconoce la libertad sexual de las personas con discapacidad intelectual, derecho antes negado mediante la protección de la indemnidad sexual. Cabe resaltar, sin embargo, que esta alineación no fue un acto intencional de la legislatura, sino que fue una suerte de casualidad, como se explicará en el siguiente acápite.

Las anteriores propuestas estaban fundadas en estereotipos y en la concepción médica de la discapacidad, tal y como señalan Renata Bregaglio y Julio Rodríguez, quienes puntualizan en que el artículo en cuestión responde a estereotipos del modelo médico y protege de manera especial a la persona con discapacidad intelectual, equiparando su tratamiento al de un menor de edad, en donde la falta de consentimiento o voluntad se presume sin permitir prueba en contrario (2017: 135). Ello era incompatible con el modelo social adoptado por la CDPD vigente en el Perú desde el 2008 y, reforzado a través de la LGPCD en el año 2012.

³² Se aumenta de un rango de 4 a 8 años de pena privativa de libertad en 1991 a establecerse un rango de 20 a 26 años en el año 2018.

³³ Incorporación efectuada en el año 2004 a través de la Ley N° 28251.

³⁴ La Ley N° 30838 modifica, entre otros, los artículos 170 al 178; puntualmente en el presente informe jurídico nos referimos al 170 y 172 por ser los tipos aplicables al caso concreto.

4.2.1.2. Efectos del cambio normativo introducido por la Ley N°30838: el artículo 172 como un tipo residual desde un enfoque acorde a a la CPDP

Como se relató previamente, la Ley N° 30838 – Ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, publicada el 11 de julio de 2018, modifica diversos artículos del cuerpo normativo penal, lo que incluye los artículos del 170 al 175, referidos a los de violación sexual.

La citada ley aumentó al *quantum* penal del tipo base de violación sexual e incluyó nuevas agravantes de dicho delito como, por ejemplo, que la víctima tenga discapacidad, física o sensorial, y el agente se aproveche de dicha situación y, asimismo, en alineación con la Ley N° 30364³⁵, que la agraviada lo haya sido por su condición de tal en cualquiera de los contextos previstos para el caso de feminicidio. Además, la modificación también suprime los beneficios penitenciarios, la terminación anticipada, la conclusión anticipada de la sanción, dispone la imprescriptibilidad de los delitos sexuales.

Esta ley es producto del contexto social y político del momento que exigía al Estado el endurecimiento de las penas y el castigo más elevado en materia de violación sexual, discurso suscitado por los casos de violación sexual que se hicieron públicos entre los años 2016 y 2017, enfatizando en el caso de la empadronadora del Censo del 2017 que fue violada en Villa El Salvador mientras cumplía su labor y cuyo agresor fue condenado en abril de 2018 a 6 años de pena privativa de libertad³⁶. Los Proyectos de Ley presentados en ese periodo de tiempo por las diferentes bancadas sugerían, por ejemplo, la castración química, principalmente en el año 2016³⁷; la imprescriptibilidad de los delitos de violación sexual, a inicios del año 2017³⁸; y, el aumento de las penas, a fines

³⁵ Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

³⁶ Véase: <https://elcomercio.pe/lima/judiciales/censo-2017-violador-empadronadora-condenado-seis-anos-carcel-noticia-510211-noticia/?ref=ecr>

³⁷ Proyecto de Ley N° 460/2016-CR, Proyecto de Ley N° 477/2016-CR, Proyecto de Ley N° 2115/2017-CR y Proyecto de Ley N° 2629/2018-CR.

³⁸ Proyecto de Ley N°1037/2017-CR, Proyecto de Ley N° 1164/2017-CR, Proyecto de Ley N° 1396/2017-CR, Proyecto de Ley N° 1164/2017-CR, Proyecto de Ley N° 1602/2017-CR, Proyecto de Ley N° 2305/2018-CR.

del año 2017³⁹ ⁴⁰. Lo cierto es que este contexto es el que gatilla la modificación de los delitos de violación sexual, lo cual incluye la incorporación del elemento del consentimiento en los delitos contra la libertad sexual.

Es importante poner en evidencia que de las 25 propuestas legislativas que conforman el Expediente del Proyecto de Ley 01989/2017-CR que da pie a la Ley N° 30838, ninguna de ellas contiene análisis, estudio, cuestionamiento, respecto al artículo 172 del Código Penal. Esto quiere decir que se buscaba responder a la demanda social sin atender a otro problema normativo en cuestión, que era el no reconocimiento de la libertad sexual de las personas con discapacidad – recordemos que, para tal fecha aún el consentimiento no era relevante en este artículo. En efecto, de la revisión del Diario de los Debates del Pleno del Congreso en el que se discutió la norma, se puede observar que hubo solo una intervención referente al artículo 172 del Código Penal y que no hubo ninguna discusión al respecto. La intervención es la de la Congresista Luz Salgado, quien señala:

“Y quiero proponer algo, porque en el artículo 172 yo pensé que iban a hacer la corrección porque hablamos de las personas con incapacidad de resistencia, es decir, quiénes son. Estas personas vulnerables requieren de protección, los que tienen anomalía psíquica, grave alteración de conciencia, retardo mental, incapacidad para resistir y pasan de los 14 años. Para estas personas que no se pueden defender y que pasan de los 14 años, que requieren de nuestra protección. Ellos, inclusive, no saben ni siquiera que se han visto afectados sus derechos, habría que hacer una modificación en el propio artículo 172, para que en vez de 20 y 25 años, también sea la cadena perpetua que estamos proponiendo para los menores de 14 años. Estas personas no pueden ni siquiera, a veces por su incapacidad física, por su incapacidad mental, darse cuenta de lo grave que les ha ocurrido en sus vidas. Entonces, creo que este estado de indefensión también merece que sea tomada en cuenta ahora que se están debatiendo estos 19 proyectos, señor”.

[Subrayado propio]

³⁹ Proyecto de Ley N° 2115/2017-CR, Proyecto de Ley N° 2119/2017-CR, Proyecto de Ley N° 2165/2017-CR, Proyecto de Ley N° 2174/2017-CR, Proyecto de Ley N° 2316/2018-CR, Proyecto de Ley N° 2402/2018-CR, Proyecto de Ley N° 2485/2018-CR.

⁴⁰ Esto responde específicamente al caso de violación sexual de la Empadronadora del Censo, ocurrida en octubre de 2017.

Esta intervención está marcada por un claro entendimiento médico y paternalista de la discapacidad y, en concordancia a ello, se centró en aumentar la pena a cadena perpetua en casos de discapacidad intelectual. Resulta importante hacer hincapié en la ausencia de la discusión respecto al artículo 172 así como la ausencia del enfoque de discapacidad tanto en las propuestas legislativas como el debate, así como tampoco hubo participación de personas con discapacidad o colectivos representativos de esta población⁴¹. Al modificar el tipo en mención, cambiando el bien jurídico protegido y la introducción del elemento del consentimiento, el contexto era propicio para alinear la formulación a la CDPD, con un sustento fundamentado y con participación de personas con discapacidad que permitan que este tipo verdaderamente cumpla con su fin.

Lo anteriormente señalado demuestra que la incorporación del consentimiento en el delito contenido en el artículo materia de análisis se dio de forma espontánea, sin ningún análisis y, muchos menos, una intención de alinear la normativa penal a la CDPD y a la LGPCD. Esto es grave en la medida en que refleja la invisibilización de las personas con discapacidad, al extremo de modificar un tipo penal cuya finalidad debiera ser proteger su libertad sexual, sin si quiera efectuar un análisis sobre el impacto, o las posibles consecuencias. Por ejemplo, ¿Qué implicaba pasar del reconocimiento de la indemnidad sexual a la libertad sexual de las personas con discapacidad intelectual? ¿Cuáles eran los efectos prácticos? ¿Cuál era el sustento?

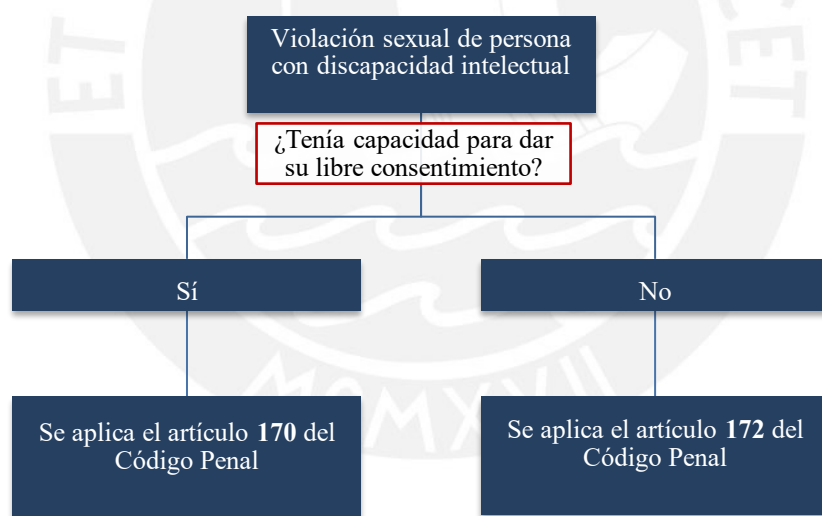
Como ya se abordó en la primera sección del presente informe, las personas con discapacidad tienen autonomía y capacidad jurídica y, en tal sentido, deben poder ejercer plenamente los DSR que, como a toda persona humana, le asisten. Cuando el artículo 172 del Código Penal se modifica y dispone que se comete violación sexual cuando el acto es cometido “conociendo que está impedida de dar su libre consentimiento por sufrir de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir” [Subrayado propio]. Así, reconoce precisamente que las personas con discapacidad intelectual tienen la posibilidad de consentir o de no hacerlo y que, en determinados supuestos, puede verse impedida de dar su libre consentimiento.

⁴¹ Ello hubiera sido acorde al lema “Nada con nosotros, sin nosotros” utilizado por personas con discapacidad en el marco de la elaboración de la CDPD.

¿Qué significa ello en términos prácticos? A la luz de la CPDD y la LGPCD la premisa es que una persona con discapacidad puede elegir tener o no relaciones sexuales, así como el lugar, la persona, y la forma en que quiere tenerlas. Sin embargo, existirán supuestos en los que, en efecto, la persona con discapacidad intelectual, como consecuencia de la deficiencia, no pueda brindar su consentimiento y, solo en estos casos, en los que la persona con discapacidad intelectual estuvo impedida de dar su libre consentimiento, se calificará la conducta a través del artículo 172. Es decir, la modificatoria, desde un análisis a la luz de la CDPD y la LGPD, convierte al artículo 172 en una especie de tipo residual:

Gráfico N° 2:

Propuesta de calificación en casos de violación sexual de personas con discapacidad intelectual



[Elaboración propia]

Esta interpretación es la adecuada en términos de derechos humanos pues se alinea a la CDPD en tanto parte del reconocimiento pleno de la autonomía y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, así como su derecho a elegir tener o no relaciones sexuales consentidas y que cuando no medie ese consentimiento, se aplique el

artículo 170 y cuando, más bien, se identifique la incapacidad para proporcionar consentimiento en un caso particular, se aplique el artículo 172. Asimismo, esta propuesta reconoce que, como consecuencia de la deficiencia y las barreras sociales, así como de otros factores del caso concreto, habrá situaciones en las que la persona con discapacidad intelectual no tenga capacidad para dar su libre consentimiento; entonces, es en dichos casos en donde se aplicaría el artículo 172.

Ahora bien, es de destacarse que el actual artículo base de violación sexual incluye la agravante contenida en el numeral 11 del artículo 170 del Código Penal, según la cual la pena es mayor cuando “la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad, es adulto mayor o sufre de discapacidad, física o sensorial, y el agente se aprovecha de dicha condición” [Subrayado propio]⁴². Dicha agravante considera solo las discapacidades físicas y sensoriales, excluyendo a la discapacidad intelectual, lo que se presume es por la creencia de que en estos casos se debe aplicar automáticamente el artículo 172 que, como ya se graficó, no sería una interpretación acorde a la CDPD.

Una propuesta más uniforme sería la de incluir en la agravante también la discapacidad intelectual para que así, la fórmula legal sea la siguiente:

- i) Si la persona con discapacidad intelectual tenía capacidad para consentir en el caso concreto se aplica el artículo 170.
- ii) Si en dicho caso el sujeto pasivo se aprovechó de la discapacidad intelectual para cometer el delito, se aplica el artículo 170 con la agravante contenida en el numeral 11.
- iii) Si la persona con discapacidad intelectual no tenía capacidad para consentir en el caso concreto, se aplica el artículo 172.

4.2.1.3. Aplicación del artículo 172 del Código Penal en el caso concreto: propuesta de interpretación y críticas a las resoluciones del caso

Los hechos que recaen sobre el caso materia de análisis, de violación sexual de A.M.A.G., ocurrieron el 27 de marzo del año 2015. Esto quiere decir que ocurrieron antes de que la

⁴² Vale hacer la aclaración que la discapacidad no se “sufre” y que tal formulación reviste la concepción médica de la discapacidad.

Ley N° 30838 efectuara la modificación del artículo 172 del Código Penal, con lo cual el consentimiento aún no había sido incorporado como elemento del tipo. En tal sentido, la tipificación vigente a la fecha de ocurridos los hechos era la siguiente:

"Artículo 172.- Violación de persona en incapacidad de resistencia

El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, conociendo que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años. (...)"

[Subrayado propio]

Como puede observarse, a través de una interpretación literal del tipo antes citado, la existencia de la discapacidad intelectual junto al conocimiento de esta situación por parte del sujeto pasivo, gatilla la imputación de la violación sexual, desconociendo la libertad sexual y protegiendo el bien jurídico indemnidad sexual, como fue apuntado en la sección anterior.

No obstante ello, debe recordarse que desde el año 2008 se encontraba en vigor la CDPD que reconoce la autonomía, la capacidad jurídica y los DSR de las personas con discapacidad. Este instrumento es parte del ordenamiento interno peruano en virtud del artículo 55 y de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú. Esto quiere decir que desde 7 años antes de ocurridos los hechos del caso analizado, la CDPD era aplicable y, en consonancia a ello, el artículo 172 debía ser interpretado en virtud a ella, a través del control de convencionalidad.

¿Qué sucedió en el caso concreto? A partir de una interpretación literal del tipo vigente en ese entonces, **en primera instancia** se emitió sentencia condenatoria⁴³ a partir de la comprobación del acto sexual y la existencia de la discapacidad intelectual, condenando

⁴³ Sentencia del 11 de marzo de 2016 emitida por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Huaura.

a Eusebio a 15 años de pena privativa de libertad y S/. 5,000 de reparación civil. Ello, sin análisis del consentimiento de A.M.A.G., el cual era imperativo a la luz de la CDPD mediante control de convencionalidad, como se puntualizó previamente. En suma, la judicatura presume la incapacidad para consentir de A.M.A.G.

En segunda instancia, se emitió sentencia revocatoria⁴⁴, aduciendo la necesidad de una interpretación conforme a la CDPD, se absuelve a Eusebio. Si bien en esta etapa se intentó aplicar el control de convencionalidad, este fue incorrectamente aplicado pues el fundamento fue que, al no haberse probado la imposibilidad de consentir, debe asumirse que sí existió consentimiento. Este argumento es reforzado con la inexistencia de violencia o amenaza e, inclusive, se sugiere que pudo haber existido una dinámica de enamoramiento entre A.M.A.G. y Eusebio.

Al respecto, debe enfatizarse que la exigencia de la resistencia o amenaza es una carga colocada sobre la víctima y es contraria a derecho, como bien lo señaló la Corte Suprema en el año 2011 a través del Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116 en donde señala que “El delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material sine qua non para la configuración de este ilícito penal”⁴⁵.

Desconociendo este Acuerdo Plenario, la resolución de segunda instancia colocó la carga de la prueba sobre la víctima, requiriendo prueba de la incapacidad de resistir para demostrar el no consentimiento, esto es ajeno al enfoque de género, y al entendimiento del sistema patriarcal de género que será desarrollado posteriormente.

Por lo anteriormente expuesto, en el caso concreto debió aplicarse el control de convencionalidad, lo que, en atención a la autonomía de las personas con discapacidad intelectual y su capacidad jurídica para ejercer, entre otros, sus DSR; implica que estas pueden consentir relaciones sexuales, como también no consentirlas. La ausencia del análisis del consentimiento no se alinea a la CDPD y es contraria a derecho, además de representar un riesgo tanto para la protección de los DSR de las personas con discapacidad

⁴⁴ Sentencia del 19 de mayo de 2016 emitida por la Sala Penal de Apelaciones y Liquidación de la Corte Superior de Justicia de Huaura.

⁴⁵ Véase: Fundamento 21.

intelectual así como para la protección frente al mayor riesgo a ser víctimas de violencia sexual. Este riesgo se puede verificar en el propio caso, en donde se produjeron dos sentencias diametralmente opuestas como consecuencia de la falta de entendimiento de la discapacidad, la autonomía, la capacidad jurídica, los DSR y la ausencia de líneas interpretativas de los artículos 170 y 172 del Código Penal.

En la **resolución casatoria** del año 2019, si bien se determinó la necesidad de que el artículo 172 sea interpretado a la luz de la CDPD, el desarrollo pudo haber sido más detallado. Esto resultaba particularmente necesario no solo por las dos resoluciones opuestas que antecedían al estudio del caso por parte de la Corte Suprema, sino además, por la reciente modificación del artículo 172 a través de la Ley N° 30838.

Ciertamente, es destacable que en esta resolución se haya abordado de forma explícita la necesidad de aplicar el tipo en concordancia con el modelo social, no obstante, como la misma Sala reconoce, la decisión tenía la utilidad simultánea de “brindar solución al asunto y, a la par, servir de guía a la actividad judicial ante las diversas interpretaciones a las que se puede arribar en la aplicación de este tipo penal”⁴⁶, con lo cual el análisis podría haber puesto mayor detalle en la delimitación de líneas interpretativas para la aplicación de estos tipos. Además, a continuación, se colocan algunos puntos controvertidos de la citada resolución:

- i) En primer lugar debe indicarse que la Corte Suprema hace referencia a la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad⁴⁷ cuando define la discapacidad. Es cierto que posteriormente utiliza la CDPD; sin embargo, esto genera confusión pues el primer instrumento contiene una **definición capacitista** que aún no contemplaba el modelo social como sí lo efectúa el segundo instrumento. En tal medida, debió haberse limitado el uso solo de la definición del modelo social de la discapacidad.

⁴⁶ Véase: segundo párrafo del fundamento cuarto de la resolución de Casación N° 591-2016-Huaura.

⁴⁷ Véase: fundamento decimosexto de la resolución de Casación N° 591-2016-Huaura.

- ii) Por otro lado, debe puntualizarse que la resolución se refiere a las personas en situación de discapacidad como **“discapacitadas”** en algunas oportunidades, así como la apunta como una condición que se **“sufre” o “padece”**⁴⁸. Si bien este aspecto es aparentemente insignificante, debe destacarse que el significado y la forma en que denominamos las cosas adquieren un valor fundamental en la construcción social de las mismas. Por ello, es importante cuestionar estas denominaciones pues, por un lado, atribuyen la discapacidad como una cuestión inherente a las personas; y, por otro, reflejan una concepción en la que la discapacidad es algo catastrófico o una enfermedad que merece lástima.
- iii) La Corte Suprema señala que, en relación al artículo 172 del Código Penal y su modificación a través de la Ley N° 30838, **“es evidente que el legislador tuvo en cuenta la CDPD y que en ese sentido la norma interna se ha adaptado a la citada Convención”**⁴⁹. Sin embargo, como se señaló en el acápite anterior, ninguno de los Proyectos de Ley presentados contuvo referencias ni discusión en torno a la discapacidad así como también se evidenció ausencia respecto a la autonomía, capacidad jurídica o cualquier cuestión relacionada al artículo 172 modificado. Con lo cual, nos encontramos ante una modificación espontánea que merece ser criticada.
- iv) Es bastante cuestionable que no se haya hecho alusión a las **exigencias de la existencia o prueba de fuerza o amenaza** que efectuó la defensa a Eusebio, o al argumento según el cual, al existir una **dinámica de enamoramiento**, el consentimiento habría sido proporcionado. Esto es contrario al Acuerdo Plenario -2011/CJ-116.
- v) La Corte Suprema indica que una interpretación del artículo 172 del Código Penal en concordancia con la CDPD implica que i) El sujeto activo conozca de la existencia de la discapacidad intelectual, ii) Sujeto activo se prevale de ese consentimiento y se aproveche, iii) La discapacidad impide comprender y

⁴⁸ Véase: segundo párrafo del fundamento décimo y fundamento vigésimosegundo de la resolución de Casación N° 591-2016-Huaura.

⁴⁹ Véase: fundamento décimoprimer de la resolución de Casación N° 591-2016-Huaura.

consentir el acceso carnal o acto sexual cometido, esto es, que “su nivel de discapacidad no le permita, en el momento del hecho, consentir válidamente el acto sexual”⁵⁰. Este extremo merece crítica toda vez que es el punto en el que, precisamente, **la Sala tuvo oportunidad para establecer criterios o líneas interpretativas que permitan identificar cuándo es que la discapacidad impidió el consentimiento.**

- vi) Finalmente, una cuestión adicional que hubiera sido importante que la Corte Suprema pueda acotar es que, conjuntamente al establecimiento de criterios para identificar si la persona con discapacidad podía o no otorgar su consentimiento, indicara **cuáles eran los efectos de ese análisis de imposibilidad de brindar el consentimiento.** Es decir, si es que todos los casos se calificarían de acuerdo al artículo 172 o, como se ha propuesto en el presente informe, solo aquellos en los que se identifique esta imposibilidad, caso contrario, se aplicará el 170.

A continuación, para mayor claridad, se presenta un resumen de las decisiones analizadas y las principales críticas. Debe indicarse que las críticas efectuadas partes del análisis desarrollado en acápite anteriores, lo cual quiere decir que parte de la premisa de la necesidad de aplicar control de convencionalidad cuando el artículo aún no había sido modificado. Así, acorde al modelo social y la CDPD, se reconoce que las personas con discapacidad intelectual pueden consentir relaciones sexuales y que, en tal medida, dicho elemento debió haber sido analizado en el caso de A.M.A.G. a pesar de que aún no se encontraba de forma literal en el artículo en mención.

Tabla N° 3:

Resumen de las decisiones del caso materia de estudio y crítica

	Decisión	Crítica
--	----------	---------

⁵⁰ Véase: fundamento vigésimosegundo de la resolución de Casación N° 591-2016-Huaura.

Primera instancia	Se cometió violación sexual: <ol style="list-style-type: none"> a. Comprobado el acceso carnal vaginal. b. Comprobada la discapacidad intelectual de A.M.A.G. c. A.M.A.G. ha sindicado a Eusebio como agresor, corroborado con pruebas periféricas. 	<ol style="list-style-type: none"> a. Utiliza una lógica capacitista. b. Presume la incapacidad para consentir, sin hacer mayor análisis (contrario a CDPD). c. No aplicó control de convencionalidad para analizar consentimiento.
Segunda Instancia	No se cometió violación sexual: <ol style="list-style-type: none"> a. Comprobado el acceso carnal vaginal. b. No comprobada la imposibilidad de resistir. c. No hubo violencia. d. Posible dinámica de enamoramiento. 	<ol style="list-style-type: none"> a. Prueba de la incapacidad de resistir es contraria a derecho. b. Exige fuerza o grave amenaza lo cual no es un requisito legítimo⁵¹. c. Posible dinámica de enamoramiento es irrelevante⁵².
Resolución de Casación	Casa y declara nula la sentencia en segunda instancia: <ol style="list-style-type: none"> a. Decisión en segunda instancia es errada pues presume consentimiento. b. Interpretación del artículo 172 conforme a la CDPD implica: <ul style="list-style-type: none"> - Sujeto activo conoce la discapacidad intelectual y se prevale de ello. - El sujeto pasivo no puede comprender y consentir. 	<ol style="list-style-type: none"> a. Si bien reconoce que el artículo 172 debe ser interpretado conforme a la CDPD, no proporciona líneas interpretativas claras para la identificación de los casos en que la persona con discapacidad intelectual no podía otorgar su consentimiento. b. Era un momento propicio para detallar y esclarecer la correcta identificación de los casos que se resuelven a través del artículo 172 y del 170.

[Elaboración propia]

4.2.2. Cuestión 2: El consentimiento en el marco de sistemas de opresión ¿Qué es y cómo entenderlo en el caso de personas con discapacidad intelectual?

Habiendo expuesto la evolución normativa del artículo 172 así como su aplicación en el caso concreto y las críticas respecto a las resoluciones materia de estudio, se puntualizará a continuación el entendimiento del consentimiento en el marco de un sistema construido desde concepciones hegemónicas que oprimen y colocan en situación de vulnerabilidad. Aquello, con la finalidad de reafirmar la necesidad de establecer criterios o líneas interpretativas para analizar el consentimiento de personas con discapacidad intelectual.

4.2.2.1. La violación sexual como delito de poder en un sistema de opresión patriarcal y capacitista

⁵¹ Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116.

⁵² Ídem.

La violencia basada en género es un problema de salud pública y una violación de derechos humanos que menoscaba sustancialmente los derechos de las niñas, las adolescentes y las mujeres en su diversidad, así como a las personas con identidades no hegemónicas. Está definida en el artículo 1 de la Convención Belem do Pará como cualquier acción o conducta que, basada en su condición de género, cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, estableció que tanto la violencia basada en género, la violencia sexual y la violación sexual, son formas de discriminación, puesto que las víctimas son principalmente mujeres (CEDAW, 1992). Esto quiere decir que la condición de mujer o de persona con identidad no hegemónica, las coloca en mayor riesgo de sufrir violencia de género. Así, esto se constituye en un factor de riesgo al que se pueden sumar otro tipo de situaciones tales como la pobreza, las edades extremas, la discapacidad y la exclusión social (PROMSEX, 2015: 6).

Entonces, reconociendo que las mujeres, además de las desigualdades de género, vivencian otras formas de desigualdad estructural que también les afectan, como, por ejemplo, la situación de discapacidad intelectual⁵³, el enfoque interseccional deviene en imperativo. La sobreprotección, la infantilización y la exclusión de las mujeres con discapacidad intelectual, así como la falta de educación sexual y la ausencia de información accesible respecto a estos temas, no solo acarrea la afectación de sus derechos, sino que las coloca en mayor riesgo de sufrir violencia.

Cuando nos referimos a violencia sexual, el consentimiento es un elemento trascendental. Para entenderlo se debe tener claridad sobre la existencia de un problema estructural de discriminación y violencia de género y comprender que la concurrencia de la violencia sexual no es una práctica ajena a las relaciones de poder que colocan a las mujeres en su

⁵³ Cifras que reflejan la situación de violencia que enfrentan las mujeres con discapacidad: Según el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público, entre el 2013 y 2018, el 93.1% de las víctimas de delitos sexuales fueron mujeres y el 100% de los agresores, varones. Además, según el Censo Nacional de Población y Vivienda (INEI, 2017) las personas con alguna discapacidad representarían el 10,4% de la población peruana. Durante los años 2017 y 2018 se atendieron 3299 casos de personas con discapacidad en los Centros Emergencia Mujer (CEM), siendo el 74% mujeres con discapacidad. Del total de casos de violencia contra personas con discapacidad que fueron atendidos en los CEM fue perpetrada por un familiar; y, del total de niños, niñas y adolescentes atendidos en los CEM, el 32% fue por caso de violencia sexual (MIMP, 2019).

diversidad, así como a las personas con identidades no hegemónicas, en posiciones dominadas por el poder que el mismo sistema les otorga a sus agresores, como se anotó previamente. Dicho ello, resulta imprescindible entender el consentimiento desde esta perspectiva, desde el enfoque de género e interseccional pues, de lo contrario, situaciones de abuso donde el poder es utilizado para coaccionar, amedrentar y/o violentar, podrían ser avaladas desde un entendimiento neutro del acto.

El patriarcado es el sistema social donde los hombres, de manera desproporcional, ocupan posiciones de poder y autoridad y en el que las normas son asociadas con la virilidad y la masculinidad, definida en términos de dominación y control (Whisnant, 2009: 3). Este sistema se erige como un mecanismo de opresión frente a las mujeres y personas con identidades no hegemónicas.

Desde esta perspectiva, y como ha sostenido el feminismo radical, la violación sexual no es un delito neutro, sino que surge del patriarcado y de las construcciones sociales del género y la sexualidad (Whisnant, 2009: 2). Así, a través del delito de violación sexual se busca reafirmar este sistema de poder en donde las mujeres e identidades no hegemónicas se ubican en un estrato social inferior, bajo el dominio y la opresión de la masculinidad hegemónica. A través de este acto de poder, se mantiene el *status quo* y se transmite un mensaje no solo a la víctima, sino a la sociedad patriarcal:

“La violación no es el efecto de una cultura particular. La violación es la evidencia de la continuidad y exacerbación de un orden político arcaico: el patriarcado. Este mito en sus variantes viene a decirnos que es el orden político más arcaico de todos, el que funda la primera forma de opresión y expropiación de valor: la opresión y expropiación de la posición femenina por la masculina” (Segato, s.f.: 2).

Como bien ha sostenido Rita Segato en diversas ponencias, la violación está fundamentada no en un deseo sexual, sino que es un acto claro de poder, de dominación, es un acto político, un acto que se apropia, controla y reduce a la mujer a través de un apoderamiento de su intimidad:

“Quienes dominan la escena son los otros hombres y no la víctima, cuyo papel es ser consumida para satisfacer la demanda del grupo de pares. Los interlocutores privilegiados en esta escena son los iguales, sean éstos aliados o competidores: los miembros de la fraternidad mafiosa, para garantizar la pertenencia y celebrar su pacto; los antagonistas, para exhibir poder frente a los competidores en los negocios, las autoridades locales, las autoridades federales, los activistas, académicos y periodistas que osen inmiscuirse en el sagrado dominio, los parientes subalternos –padres, hermanos, amigos– de las víctimas. Estas exigencias y formas de exhibicionismo son características del régimen patriarcal en un orden mafioso”. (Segato, 2013: 25).

Es importante puntualizar esto debido a que, al analizar un caso de violación sexual, como es el caso concreto, debe tenerse en cuenta que dicho acto se comete en el marco de este sistema patriarcal en donde la persona es víctima del sistema, de forma individual y colectiva; pero, además, se hace imperativo intersectar dicho análisis con los otros sistemas de opresión que convergen en el caso.

Ahora bien, como se ha venido puntualizando, en el caso de las niñas, adolescentes, mujeres y personas con identidades no hegemónicas con discapacidad intelectual, no solo ocupan una posición subordinada en el sistema patriarcal, sino que también se encuentran bajo la opresión de un sistema capacitista, pensado para un patrón de persona funcionalmente hegemónico. Así, es importante reconocer que el avance en el entendimiento del consentimiento y las luchas feministas por erradicar nociones lesivas a sus derechos y a las imposiciones del sistema de género, no han venido necesariamente acompañadas de un enfoque que sea inclusivo con las niñas, adolescentes y mujeres con discapacidad. Para ello, es necesario alinear estos avances para superar las barreras sociales impuestas a las personas con discapacidad intelectual.

4.2.2.2. El consentimiento ¿Qué es y cómo entenderlo?

La figura del consentimiento como elemento en los delitos contra la libertad sexual es relativamente reciente. Legislaciones en diferentes sociedades protegían, a través del delito de violación, el honor y la reputación de los padres o esposos de las mujeres que

habían sido violadas. El delito era visto como una forma violenta de apropiación de una mujer que pertenece a otros (Hornle, 2018: 235). Es por ello que cuando el consentimiento se entiende como elemento central, lo que se protege es la autonomía y libertad sexual de la víctima.

La libertad sexual es el bien jurídico protegido en los delitos de violación sexual. Esta implica la posibilidad de autodeterminarse en la esfera sexual y ello incluye elegir tener o no una vida sexual activa, así como el poder decidir libremente con quien tener o no tener relaciones sexuales. La autonomía sexual reviste dos aspectos; de un lado, el positivo que se refiere a la libertad de ejercer una vida sexual acorde a los propios deseos y necesidades; de otro, el negativo, con énfasis en la no intromisión de actos sexuales de terceras personas sobre una misma. El consentimiento en materia sexual se erige como la renuncia al aspecto negativo (Hornle, 2018: 236).

Esto quiere decir que a través del consentimiento aceptamos involucrarnos en actos sexuales con otras personas y manifestamos nuestro deseo de hacer lo propio. Es el mecanismo a través del cual manifestamos nuestra conformidad o no con determinado acto que nos involucra, pero, además, debe ser producto de una decisión libre e informada. Nuestro ordenamiento reconoce que las personas mayores de 14 años tienen capacidad para ejercer su libertad sexual y, conforme a lo desarrollado en el presente informe, esto no es ajeno a las personas con discapacidad quienes cuentan con autonomía, capacidad jurídica y DSR.

Es así que, ahí donde no hay consentimiento, hay violación. Pero, ¿qué es el consentimiento? Tradicionalmente se entendía que un acto sexual era bienvenido cuando no había mediado negación o resistencia. Esto es incorrecto pues se erige la exigencia de que la víctima realice una acción de rechazo, colocando en riesgo su vida. También surge la incoherente consecuencia de no considerar violación el caso de una persona en estado de inconsciencia. De esto se desprende la necesidad de que el consentimiento se constituya como un elemento actitudinal o performativo. Desde los movimientos feministas han surgido, con diferentes matices, dos propuestas; por un lado, el “no es no” y por otro, el “sí es sí”.

En ambos modelos, la comunicación adopta diferentes formas, desde la verbal, no verbal, corporal, la participación sexual activa, etc. Sin embargo, en el enfoque del “no es no” se requiere transmitir la negativa en cualquiera de estas formas de comunicación; mientras que, en el enfoque del “sí es sí”, lo que se requiere es manifestar el consentimiento en cada etapa del mismo; es decir, antes y durante el acto sexual, en cualquiera de las formas antes descritas. Esta postura es acorde al enfoque de género, desde el entendimiento del sistema patriarcal y las relaciones de poder que se explicaron anteriormente pues, en el marco de un sistema opresor, una mujer o persona con identidad no hegemónica no tiene libertad para oponerse y, al hacerlo, puede poner en riesgo su vida. En ese sentido, es imprescindible que se adopte la posición según la cual el consentimiento tiene que ser manifestado.

El cambio de paradigma genera que la carga de la prueba recaiga sobre el agresor y no sobre la víctima, a diferencia de los modelos en los que era la persona violada quien debía demostrar que había mediado fuerza o amenaza o, que se había opuesto al acto sexual. Ahora, por el contrario, debe ser el imputado quien pruebe que hubo manifestación del consentimiento y qué fue lo que le llevó a asumir que la persona deseaba el acto sexual.

En la interpretación de este elemento responden un sinnúmero de sesgos de género que han llevado a tribunales y defensores/as a presumir el consentimiento a partir de elementos externos que, bajo ninguna circunstancia, debería formar parte de un análisis de la conducta⁵⁴. Esto se relaciona con las estructuras de poder y dominación desarrolladas en el acápite anterior y, por lo tanto, nos lleva a pensar nuevamente en la importancia de dotar de contenido al consentimiento a fin de que sea correctamente aplicado. Ya el Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116 había sido enfático en rechazar cualquier prejuicio o estereotipo de género que pueda ser utilizado o pueda sesgar el análisis de un caso de violación sexual, con lo cual, indagar el comportamiento sexual o social previo o posterior al delito para desacreditar el testimonio de la víctima será constitucionalmente inadmisibile.

⁵⁴ El caso ocurrido en octubre de 2020, de la violación colectiva cometida por 5 jóvenes contra una joven de 21 años en el distrito de Surco, ocurrido en el mes de octubre de 2020, ha expuesto, una vez más, al escrutinio que muchas adolescentes y mujeres se ven obligadas a atravesar en un sistema que las revictimiza. Ello, como consecuencia de las declaraciones del abogado defensor quien señaló que a la víctima le agradaba la vida social, acompañado de una respuesta mediática que la culpabiliza.

Cualquier interpretación que presuma el consentimiento es contraria a derecho. Como se presentó anteriormente, la postura adoptada a efectos del presente informe, como se presentó anteriormente, es que solo el sí es consentimiento y que la ausencia del sí, evidencia la inexistencia del mismo. El problema del “no es no” es que da cabida a la presunción de dicho elemento, por ejemplo, cuando la víctima tiene temor de decir no o de rechazar el acto. En numerosas ocasiones el silencio es adoptado como mecanismo de sobrevivencia o como consecuencia de una relación de poder y a pesar de no haber un “no”, el consentimiento pudo estar ausente.

Ahora bien, el entendimiento del sí es sí corre el riesgo de ser concebido, como muchas otras cosas, desde un enfoque capacitista, obviando la diversidad funcional de las personas, esperando el consentimiento desde actitudes o comportamientos entendidos desde la normalidad socialmente construida. Esto nos lleva necesariamente a entender el consentimiento más amplia e inclusiva atendiendo a otras maneras de comunicación.

4.2.3. Cuestión 3: Entre la garantía y la protección ¿Cómo lograr el equilibrio?

Algunas ideas iniciales para el análisis del consentimiento de personas con discapacidad intelectual

4.2.3.1. Necesidad de lograr un balance entre la autonomía, la capacidad y la libertad sexual; y, la protección de niñas, adolescentes y mujeres con discapacidad intelectual

Previamente ha sido desarrollado cómo es que las personas con discapacidad intelectual son titulares de DSR, con lo cual deberían poder ejercerlos de forma plena en virtud de su autonomía y capacidad jurídica. También se ha puntualizado cómo es que el consentimiento debe ser entendido en el marco de una sociedad en la que confluyen diversos sistemas de opresión como el capacitismo y el patriarcado. De esta manera, es trascendental que el “sí es sí”, sea enfocado también atendiendo a la diversidad funcional.

El artículo 16 de la CDPD exige a los Estados parte adoptar medidas para proteger a las personas con discapacidad contra la explotación, la violencia y el abuso y hace la especificación de que los aspectos relacionados al género deben ser incluidos en dicha protección. Esta disposición, leída en concordancia con el artículo 6 del mismo

instrumento que reconoce que las niñas y mujeres se encuentran “sujetas a múltiples formas de discriminación”⁵⁵ y que los Estados parte adoptarán medidas para asegurar el ejercicio de sus derechos, conformarían un mandato de proteger a las niñas, adolescentes y mujeres frente a la violencia⁵⁶. Esto quiere decir que se requiere; por un lado, asegurar la libertad sexual; pero sin desconocer, por otro lado, la existencia del mayor riesgo de niñas, adolescentes y mujeres con discapacidad a ser víctimas de violencia sexual. En ese sentido, es fundamental establecer un balance entre la protección de la autonomía (preámbulo y artículo 3 de la CDPD), la capacidad jurídica (artículo 12 de la CDPD) y los derechos sexuales y reproductivos (artículos 23 y 25 de la CDPD); con la protección frente al abuso y la violencia de las niñas, adolescentes y mujeres con discapacidad (artículos 6 y 16 de la CDPD):



[Elaboración propia]

⁵⁵ Nos parece adecuado utilizar el término discriminación interseccional en vez de discriminación múltiple para visibilizar la forma única de opresión a la que se encuentran.

⁵⁶ Debe resaltarse que esto no se encuentra expresamente reconocido de esta manera en la CDPD, pero que resulta de la interpretación de los artículos 6 y 16.

Desde un punto de vista normativo, la protección de la libertad sexual de las personas con discapacidad desde la introducción del elemento consentimiento en el artículo 172 del Código Penal debe ser concebido teniendo en consideración que las personas con discapacidad intelectual pueden consentir relaciones sexuales como pueden no hacerlo. En la búsqueda del reconocimiento de la autonomía, bajo un inexistente, deficiente o erróneo análisis del consentimiento, existe un riesgo de liberalizar aquello que está penado. Es por ello que resulta necesario lograr un balance entre estos mandatos para evitar que la protección de uno sea en desmedro del otro como, en efecto, ocurrió en el caso de A.M.A.G.

¿Cómo se logra el equilibrio? Se debe dotar de contenido y de líneas interpretativas al consentimiento, no solo de forma genérica, sino de forma específica para el caso de personas con discapacidad intelectual. Si bien el análisis del consentimiento cuenta ya con elementos que permiten dilucidar con mayor claridad cuándo es válido, estos no necesariamente son aplicables u operan desde una perspectiva de diversidad funcional.

Además, no se niega la realidad de que hay personas con discapacidad intelectual que no podrán brindar su consentimiento y que, en tal medida, en un caso concreto podrían haberse encontrado imposibilitadas para proporcionarlo. Es por ello que se debe identificar cuándo una persona está impedida de dar su libre consentimiento pues en ese caso, como se acotó antes, se aplicaría el artículo 172; y, por otro lado, en los casos en los que sí tenía capacidad para consentir, en los que resulta aplicable el artículo 170, analizar el caso con enfoque de discapacidad.

4.2.3.2. Ideas iniciales para la elaboración de de líneas interpretativas para analizar el consentimiento de personas con discapacidad intelectual

En tal sentido, resulta fundamental establecer criterios específicos para el estudio del consentimiento en estos casos, pues tener una postura neutra podría tener el efecto contrario al que se busca a través de la protección de la libertad sexual. Esto, pudo haber sido desarrollado a detalle por la Corte Suprema en la casación materia de análisis, no obstante, no ocurrió así. Si bien excede al propósito del presente informe, a continuación,

se esbozarán algunas ideas para que pueden ser de utilidad ante un caso de violación sexual cometido contra persona con discapacidad intelectual:

- i) **Identificar si la persona con discapacidad intelectual tenía capacidad para consentir:** Como bien se ha puntualizado antes, no se puede calificar de forma automática un caso de violación sexual cometido contra persona con discapacidad intelectual bajo el artículo 172 del Código Penal, pues este solo se aplica en casos en que la persona no tenía capacidad para consentir. Para dilucidar cuándo estamos en estas situaciones, deben tenerse en consideración 4 aspectos principales:

- a. **Efectuar una aproximación situacional del caso analizado:**

La vulnerabilidad de las niñas, adolescentes y mujeres con discapacidad no es una cuestión inherente, sino que son las propias prácticas sociales como la sobreprotección, la exclusión, la infantilización, la negación de la educación sexual y reproductiva, la falta de información accesible sobre estos temas, entre otras condiciones, las que las colocan en una situación particular de riesgo⁵⁷.

Entonces, al no ser la vulnerabilidad una cuestión inherente, el análisis de su consentimiento se debe realizar desde una aproximación situacional en donde se analicen los diferentes factores que convergen en el caso, que incrementan el riesgo y el nivel de vulnerabilidad, en donde la discapacidad es uno de ellos, pero no un elemento determinante. La aproximación situacional nos obliga a alejarnos del entendimiento del consentimiento como el “todo o nada”; es decir, no tenemos capacidad para consentir relaciones sexuales de forma genérica, sino, en determinado momento, con determinadas personas, de determinadas formas, etc. Esta aproximación permite virar el foco puesto sobre las

⁵⁷ Esto requiere que se aborde esta problemática no solo desde el enfoque punitivo, sino también preventivo y educacional, buscando erradicar patrones socioculturales asociados a la discapacidad.

limitaciones hacia a los diferentes factores que crean desbalances de poderes (Benedet y Grant, 2013: 13).

b. Evaluar la comprensión de la naturaleza sexual del acto:

Para determinar si una persona tiene capacidad para consentir, debe desprenderse del análisis, que aquella comprendía la naturaleza sexual del acto. Ello, principalmente de las declaraciones de la víctima, aunado a las pruebas testimoniales, documentales, así como otras cuestiones periféricas. Al respecto, cabe hacer la precisión que se ha escrito sobre la necesidad de incluir, como parte de la comprensión, aquella respecto a los efectos del acto sexual. Esto exigiría, por ejemplo, el conocimiento respecto a la posibilidad de contraer enfermedades de transmisión sexual o embarazo. Debe puntualizarse que tal postura resultaría en discriminatoria, toda vez que tal exigencia no se coloca sobre personas sin discapacidad⁵⁸.

c. Analizar la habilidad para comunicarse de la persona:

Para estos efectos, resultaría importante identificar la capacidad comunicativa en otros aspectos fundamentales de la vida personal. En este punto resulta relevante resaltar que, exigencias elevadas respecto al ejercicio de los derechos sexuales no se condicen con estos derechos, pues estos responden más a impulsos humanos que a situaciones racionalizadas o entendidas a cabalidad. En ese sentido, si una persona es capaz para comunicarse respecto a cuestiones relevantes y cotidianas en su vida, como el tipo de ropa que desea utilizar, el lugar donde desea vivir, o las personas con las que desea interactuar; se debe tener en consideración para el análisis de la capacidad o habilidad para comunicar su consentimiento.

⁵⁸ Y además, no estaría justificada. Sin embargo, es posible efectuar un análisis del caso concreto, atendiendo precisamente a la aproximación situacional que se desarrolló previamente.

d. **Identificar la existencia o ausencia de apoyos o ajustes:**
Finalmente, debe resaltarse que, si bien en muchos casos las personas con discapacidad intelectual, por las propias barreras sociales, podrían no comprender la naturaleza sexual de la relación o tener dificultades para manifestar su consentimiento, debe analizarse si en el caso concreto dicha persona contó con apoyos o ajustes razonables que le permitieran poder manifestar su voluntad.

ii) **Identificar si la persona con discapacidad intelectual brindó consentimiento, desde un enfoque de discapacidad:** Si en el análisis anterior se identifica que la persona con discapacidad sí tenía capacidad para consentir, como se ha venido puntualizando, el delito se calificaría a través del tipo base de violación sexual, contenido en el artículo 170 del Código Penal. Sin embargo, su evaluación deberá tener enfoque de discapacidad, para lo cual se sugieren las siguientes pautas a tener en consideración:

a. **Efectuar una aproximación situacional del caso analizado:**

Como se señaló antes, en la línea de lo apuntado por Benedet y Grant, el consentimiento no se otorga de forma genérica, no debe mediar un entendimiento del “todo o nada” sino que deben analizarse las circunstancias particulares que nos lleven a dilucidar la existencia del consentimiento. Nuevamente, es importante hacer hincapié en que la discapacidad no puede ser el elemento determinante para estudiar el caso, sino que debe ser uno de los factores que se evalúen conjuntamente en la situación particular.

b. **Identificar la comunicación del consentimiento desde la perspectiva de discapacidad:**

Para analizar el consentimiento con enfoque de género, se requiere entender las diferentes y diversas formas para manifestarlo. En esta línea, el “sí es sí” no puede entenderse sin matices, sino que requiere comprender las formas de comunicación de voluntad que pueden

utilizar las personas en su diversidad. Por ejemplo, en casos de personas sin discapacidad, es posible que el endurecimiento del cuerpo interrumpa la manifestación afirmativa del consentimiento, lo que en casos de determinadas discapacidades no podría ocurrir.

Asimismo, Brosnan y Flynn enfatizan en la problemática de la comunicación y aceptación en el marco de la libertad para negociar, toda vez que esto supone una barrera para las personas que no utilizan una comunicación verbal. Las autoras puntualizan en lo trascendental de poder determinar deseos y preferencias en el marco de las relaciones sexuales y manifiestan la posibilidad de recurrir a los apoyos para determinar la mejor interpretación, como última ratio (Brosnann y Flynn, 2017). Entonces, los criterios “libre” e “informado” adquieren diferentes matices dependiendo del caso concreto.

Así, se hace necesario identificar las formas en que la persona se comunica. Se ha propuesto inclusive, la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan elaborar “planes de acción” para identificar en qué circunstancias o a través de qué mecanismos se interrumpe su consentimiento (Sweeney, 2020).

c. Apartarse de la racionalidad como guía para el análisis:

Es necesario tener presente que un caso de violación sexual cometido contra persona con discapacidad intelectual no puede ser analizado desde el estándar tradicional de normalidad que ha sido construido por la sociedad. Análisis que busquen identificar qué tan cerca o lejos está la persona de la “normalidad” o qué tan inteligentes o racionales son, pueden terminar limitando el ejercicio de la capacidad jurídica y derechos sexuales injustificadamente. Esto es importante toda vez que, como puntualizan Brosnan y

Flynn⁵⁹, en la práctica, son priorizadas la racionalidad y la capacidad cognitiva antes que la determinación de la posibilidad de otorgar un libre consentimiento (2017), esto refleja una perspectiva discriminatoria y que no se condice con la diversidad funcional.

d. Identificar las circunstancias particulares del caso que colocan a la persona con discapacidad en mayor riesgo frente a la violencia o al abuso:

Es importante analizar las situaciones asimétricas de poder y de dependencia que pueden identificarse en los casos concretos. Si bien esto es algo que debe tenerse en consideración como regla general en casos de violencia sexual, no puede omitirse el enfoque de discapacidad y atender a otras formas de dependencia y poder que, por el propio entendimiento de la discapacidad y el modelo capacitista, se configuran. Por ejemplo, la posición que ocupa el/la cuidador/a principal de la persona, o quien provee a la persona de los insumos necesarios para la subsistencia.

Estas ideas son iniciales para lo que sería la elaboración de líneas interpretativas por parte del órgano competente que permitan no solo la aplicación de los artículos 170 y 172 del Código Penal; sino, además, para poder diferenciar en qué casos aplicar cada uno y, principalmente, lograr el balance entre el mandato de garantía de la autonomía, capacidad jurídica y derechos sexuales y reproductivos; con aquel de especial protección de niñas, adolescentes y mujeres con discapacidad frente a la violencia y el abuso. Es decir, para proteger tanto la autonomía en el ejercicio de la libertad sexual, como para evitar liberalizar aquello que debiera ser penado.

Estas líneas interpretativas son necesarias en atención a la diversidad funcional y a que, el entendimiento del consentimiento también ha sido efectuado desde una perspectiva de capacidad que desconoce las diferentes barreras que enfrentan las personas con

⁵⁹ Las autoras parten de la premisa de que son tres los elementos esenciales para consentir: i) capacidad legal; ii) libertad para negociar; y iii) Respeto de deseos y preferencias.

discapacidad intelectual para adoptar decisiones libres e informadas, así como las diferentes formas de manifestar el consentimiento o, por el contrario, negarse a darlo.

V. CONCLUSIONES

- i) A lo largo de la historia se han construido diferentes discursos sobre la discapacidad constituyéndose en paradigmas que se pueden agrupar en el de la prescindencia, el médico o rehabilitador y el modelo social de la discapacidad. Este último ha sido consagrado por la CDPD y reconocido por el Estado peruano, y es acorde a los derechos humanos pues no categoriza a las personas funcionalmente diversas como prescindibles o enfermas, sino que atribuye la discapacidad a la sociedad y, en tal medida, los cambios deben ser sociales. Así, la discapacidad surge de la convergencia de las deficiencias propias de la diversidad humana con las barreras sociales impuestas a estas personas. Los paradigmas conviven en la actualidad y, en tal medida, muchas prácticas todavía recogen preconcepciones asociadas a los modelos de la prescindencia y médico o rehabilitador.
- ii) Según el modelo social, las personas con discapacidad cuentan con plena autonomía y capacidad jurídica para ejercer sus derechos, ello, a través de los ajustes u otros mecanismos que permitan este ejercicio pleno y libre de discriminación. Esto ha sido recogido por la CDPD y también a nivel interno. La capacidad jurídica, como concreción de la autonomía, es el gatillador para el ejercicio de otros derechos, entre ellos, los sexuales y reproductivos. En tal medida, las personas con discapacidad, desde este enfoque, pueden y deben autogobernar su vida sexual y reproductiva eligiendo tener una vida sexual activa o no, tener hijos/as o no, tener relaciones sexuales o no, entre otras cuestiones.
- iii) A pesar del reconocimiento normativo internacional y nacional tanto de la autonomía, la capacidad jurídica y los derechos sexuales y reproductivos que asisten a las personas con discapacidad, en la práctica persisten las creencias

que presumen la incapacidad de las personas con discapacidad intelectual para tomar decisiones, inclusive las más personales como lo es la vida sexual y reproductiva. Esto es así por la existencia de estereotipos de discapacidad que atribuyen visiones infantilizadas que tornan la sexualidad en un tema tabú que no puede ni debe ser abordado con estas personas. Así, estos estereotipos, sumados a los de género, colocan a las niñas, adolescentes y mujeres con discapacidad intelectual, en mayor riesgo de ser víctimas de violencia sexual.

iv) Las resoluciones materia de estudio reproducen estos estereotipos de discapacidad y de género. Por un lado, en primera instancia, desde una lógica capacitista, se presume la incapacidad de A.M.A.G. por el solo hecho de ser persona con discapacidad. Ello, a pesar de encontrarse vigente la CDPD. En segunda instancia, en un intento de efectuar control de convencionalidad, si bien se reconoce que A.M.A.G. tiene libertad sexual, se presume la existencia del consentimiento por la ausencia de prueba de la incapacidad de resistir, además, exige la existencia de violencia o amenaza y indica que por la posible existencia de una dinámica de enamoramiento, no se constituiría una violación sexual. Finalmente, en la resolución casatoria, si bien se reconoce la necesidad de interpretar el artículo 172 del Código Penal de acuerdo a la CPDPD, no hubo mayor profundización sobre lo que debe entenderse por persona con discapacidad intelectual en imposibilidad de manifestar su consentimiento, ni estableció con claridad líneas interpretativas para la aplicación del tipo penal correspondiente.

v) En tal sentido, respecto al primer problema jurídico “**Siendo A.M.A.G. una adolescente con discapacidad intelectual ¿Tenía capacidad jurídica para consentir relaciones sexuales?**” luego del desarrollo efectuado, queda claro que A.M.A.G., a la luz de la CDPD, tenía capacidad jurídica para consentir relaciones sexuales ya que, siendo una adolescente de 16 años con discapacidad intelectual, es titular de derechos sexuales y reproductivos (artículos 23 y 25) los cuales, debe poder ejercer autónomamente en virtud de la capacidad jurídica que la asiste (artículos 3 y 12). En tal medida, puede elegir tener o no tener una vida sexual activa. Los estereotipos que la

infantilizan y consideran inapropiado asumir la realidad según la cual ella puede autogobernarse en este aspecto de su vida, son ilegítimos y deben ser erradicados.

- vi) El artículo 172 del Código Penal que ha regulado los casos de violación sexual contra personas con discapacidad intelectual ha evolucionado y, a través de la Ley N° 30838, en el año 2018, incorporó el elemento del consentimiento que antes estaba ausente. Esto representa una alineación – aunque espontánea - de la fórmula legal a la CDPD, vigente para el Estado peruano desde el año 2008, en tanto reconoce que este colectivo puede consentir relaciones sexuales, pasando así de la protección de la indemnidad a la libertad sexual.
- vii) El cambio normativo del artículo 172 merece una interpretación acorde al modelo social de la discapacidad. Esto implica reconocer la autonomía y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual para el ejercicio de sus derechos sexuales. De esta manera, como regla general, los delitos de violación sexual cometida contra estas personas deberá imputarse por el artículo 170 del Código Penal y, solo en los casos en los que se verifique que la persona con discapacidad intelectual estaba impedida de otorgar su consentimiento, se aplicaría el artículo 172, constituyéndose así en una suerte de tipo residual.
- viii) La formulación actual – que incluye el consentimiento como parte del tipo - deviene en confusa toda vez que el propio delito base del Código Penal, contenido en el artículo 170, incluye una agravante para casos de discapacidad, pero solamente física o sensorial. Esto nos lleva a presumir que el legislador considera que todos los casos de discapacidad intelectual deban ser calificados a través del artículo 172, lo cual no es acorde a la CDPD.
- ix) Para el año en que ocurrieron los hechos (2015) si bien el tipo penal aún no incluía el consentimiento, desde el 2008 la CDPD se encontraba en vigor y,

por lo tanto, forma parte del bloque de constitucionalidad del ordenamiento interno peruano. En tal sentido, era imperativo que el caso sea resuelto a la luz de este instrumento.

- x) El delito de violación sexual es un delito de poder que ocurre en el marco de un sistema de género que oprime a las mujeres y personas con identidades no hegemónicas. De esta manera, en los casos de violación sexual contra niñas, adolescentes y mujeres con discapacidad intelectual convergen, entre otros, dos sistemas de opresión: el patriarcado y el capacitismo. Esto, genera que, al ser además, sobreprotegidas, excluidas de la sociedad y de la educación sexual y reproductiva así como la ausencia de información de esta temática en formatos accesibles, se encuentren en mayor riesgo a ser víctimas de violencia. Es por ello que, interpretando la CDPD (de una lectura conjunta de los artículos 6 y 16) se instituye a los Estados parte la obligación de reconocer esta situación y protegerlas frente a ello.
- xi) De esta manera, haciendo una lectura integral de la CDPD, y a efectos específicos del caso concreto, se debe interpretar que el Estado peruano tiene dos mandatos que cumplir a la luz de la CDPD. Por un lado, el garantizar la autonomía y asegurar el goce y ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos a través de la capacidad jurídica que asiste a las personas con discapacidad (preámbulo y artículos, 3, 12, 23 y 25); y, por otro lado, brindar protección a las niñas, adolescentes y mujeres con discapacidad frente a la explotación, el abuso y la violencia (artículos 6 y 16). En tal sentido, se debe lograr un equilibrio entre ambos deberes y, para ello, es determinante una correcta interpretación de los artículos 170 y 172 del Código Penal, a fin de asegurar los derechos sexuales sin liberalizar aquello que está penado.
- xii) Por tal motivo, resultaba pertinente que la Corte Suprema pudiera brindar líneas interpretativas para identificar en qué supuestos se aplicaría el artículo 172 del Código Penal y, para ello, establecer pautas para analizar los casos en los que una persona con discapacidad intelectual no puede dar su

consentimiento. Puntualmente, se sugiere incorporar algunas de las siguientes ideas:

- En la aplicación del artículo 172 - identificar si la persona con discapacidad intelectual tenía capacidad para consentir:
 - a. Efectuar una aproximación situacional del caso analizado.
 - b. Evaluar la comprensión de la naturaleza sexual del acto.
 - c. Analizar la habilidad para comunicarse de la persona.
 - d. Identificar la existencia o ausencia de apoyos o ajustes.

- En la aplicación del artículo 170 - identificar si la persona con discapacidad intelectual brindó consentimiento, desde un enfoque de discapacidad:
 - a. Efectuar una aproximación situacional del caso analizado.
 - b. Identificar la comunicación del consentimiento desde la perspectiva de discapacidad.
 - c. Apartarse de la racionalidad como guía para el análisis.
 - d. Identificar las circunstancias particulares del caso que colocan a la persona con discapacidad en mayor riesgo frente a la violencia o al abuso.

xiii) En tal sentido, respecto al segundo problema jurídico **“Para el caso de violación sexual de persona con discapacidad intelectual en el marco de la imputación contra Eusebio, ¿se interpretó correctamente el artículo 172 del Código Penal?** Debe indicarse que este no fue correctamente aplicado pues no se efectuó el control de convencionalidad requerido en el caso concreto y que debía analizar, necesariamente, el consentimiento de A.M.A.G., así como las circunstancias particulares del caso para determinar la existencia o no de violación sexual. El no haberlo hecho es un riesgo como, en efecto, se puede colegir de dos sentencias contradictorias y con argumentos

opuestos. Esto refleja la necesidad de contar con líneas interpretativas, lo cual pudo haber sido desarrollado por la Corte Suprema.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AMNISTÍA INTERNACIONAL. (2011). Violación y Violencia Sexual Leyes y Normas de Derechos Humanos en la Corte Penal Internacional. Recuperado de <http://www.amnesty.org/en/library/asset/IOI53/001/2011/en/b82aaa3e-f7e0-46bc-97bd-1c6c4f1cbc49/ior530012011es.pdf>
- BACH, Michael y Kerzner, Lana. (2010). A New Paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity. Prepared for the Law Commission of Ontario.
- BAZÁN, Víctor. (2012). Estimulando sinergias de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad». En Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Querétaro: Fundap.
- BENEDET, Janine y Grant, Isabel (2013). A situational approach to incapacity and mental disability in sexual assault. *Ottawa L. Rev* 1.
- BREGAGLIO, Renata y Rodríguez, Julio. (2017). Modelo social de la discapacidad y Derecho Penal: aproximaciones al ordenamiento jurídico peruano. En: *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: Reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad*. pp. 119-162. Ciudad de México. Editorial Ubijus.
- BREGAGLIO, Renata; Ramos, Valquiria; Constantino, Renato; y Verano, Cristina. (2019). El mandato de toma de conciencia en la Convención

Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad frente a los estereotipos interseccionales en medios de comunicación sobre mujeres con discapacidad. *IUS ET VERITAS* (59), pp. 56-71.

- BROSANAN, Liz y Flynn, Eilionóir. (2017). Freedom to negotiate: a proposal extricating “capacity” from “consent”. *International Journal of Law in Context*.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. (1989). Observación General N° 18 sobre la No Discriminación.
- COMITÉ CDPD. (2013). Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley.
- COMITÉ CDPD. (2016). Observación general N° 3 sobre las mujeres y niñas con discapacidad.
- COMITÉ CDPD. (2018). Observación General N° 6 sobre la igualdad y la no discriminación.
- CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS Y DERECHOS HUMANOS (ICHRP). (2010). *Sexualidad y Derechos Humanos*. Ginebra: ICHRP. Recuperado de http://www.ichrp.org/files/reports/57/137_report_es.pdf Consulta: 01 de octubre de 2020.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. (2013). Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo, LC/L.3697, 5 de septiembre de 2013, online: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

- COOK, Rebeca; y Cusack, Simone.(2010). Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales. Bogotá: Profamilia.

- COURTIS, Christian (2009). “La implementación de políticas antidiscriminatorias en materia de discapacidad”. En BROGNA, Patricia (comp.). *Visiones y revisiones de la discapacidad*. México D.F.: FCE. pp: 411-430.

- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2007). “La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes”. Documento Defensorial N° 2. Lima, pp. 28-30.

- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2009). “Actuación del Estado frente a la discriminación. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo”. Informe de Adjuntía N° 005-2009-DP/ADHPD. Lima, pp. 11-14.

- DEL ÁGUILA, Luis Miguel. (2015). “La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector”. En: SALMON, Elizabeth y Renata BREGAGLIO (Coord). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Lima: IDEHPUCP, 2015, pp. 51-71. Recuperado de: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2015/03/Libro-Discapacidad-PDF-VERSIÓN-COMPLETA-FINAL.pdf>

- HÖRNLE, Tatjana. (2018). Rape as Non-Consensual Sex. In P. Schaber & A. Müller (Eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*. pp. 235–246. Abingdon: Routledge.

- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA (INEI). (2017). *Censo Nacional de Población y Vivienda*. Lima: Instituto Nacional de

Estadística e Informática. Recuperado de <http://censos2017.inei.gob.pe/redatam/>. Consulta: 02 de agosto de 2020.

- MINIERI, Sofia. (2017). *Derechos sexuales y derechos reproductivos de las mujeres con discapacidad*. Aportes teóricos para una agenda de incidencia inclusiva, Buenos Aires: Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI).

- MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. (2019). *Violencia hacia las personas con discapacidad: Análisis interseccional de los casos atendidos en los Centros Emergencia Mujer 2017 – 2018* [diapositiva]. Recuperado de <https://observatorioviolencia.pe/wp-content/uploads/2019/08/Violencia-personas-con-discapacidad-.pdf> Consulta: 23 de setiembre de 2020.

- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL (2017) “La salud y los derechos en materia sexual y reproductiva de las niñas y las jóvenes con discapacidad” Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, A/72/133 (14 de julio de 2017), recuperado de: <https://www.refworld.org/es/pdfid/59b6de1c4.pdf> . Consulta: 08 de agosto de 2020.

- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU). (2015). “Más del 80% de las personas con discapacidad son pobres”. En Centro de Noticia ONU. Recuperado de https://s3.amazonaws.com/files.pucp.edu.pe/homepucp/uploads/2016/06/08105745/Guia_PUCP_para_el_registro_y_citado_de_fuentes-2015.pdf Consulta: 01 de octubre de 2020.

- PALACIOS, Agustina y Barifi, Francisco. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Madrid: CINCA.

- PALACIOS, Agustina. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid, CINCA. Recuperado de <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/coleccion/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>

- PALACIOS, Agustina. (2015). “Una introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. En: SALMON, Elizabeth y Renata BREGAGLIO (Coord). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Lima: IDEHPUCP. pp. 9-33. Recuperado de <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2015/03/Libro-Discapacidad-PDF-VERSIÓN-COMPLETA-FINAL.pdf>

- PRADO, Victor. (2017). *Derecho Penal: Parte especial: los delitos*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

- SEGATO, Rita. (2013). *La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*, Buenos Aires, Tinta Limón, 2013.

- SWEENEY, Eva (2020). A Brief guide to consenting with a nonverbal partner. *Scarleteen sex ed for the world*. Recuperado de: https://www.scarleteen.com/article/disability_relationships_sexuality/a_brief_guide_to_consenting_with_a_nonverbal_partner?fbclid=IwAR1mqT4z7mH-AIAWTg_Y7_QPWKzVgDP616wJ8RTptGfVGd6pITQhz6uINVQ#.X8VolxLQAL8.twitter Consulta: 4 de diciembre de 2020.

- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH) (2008). Case Shtukaturov v. Russia. Application N° 44009/05, Sentencia del 27 de marzo de 2008. Consulta: 21 de setiembre de 2020.

- VELARDE, Valentina. (2012). “Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico”. *Empresa y Humanismo*. Colombia, 2012, vol. XV, N° 1, p. 115 – 136. Recuperado de https://s3.amazonaws.com/files.pucp.edu.pe/homepucp/uploads/2016/06/08105745/Guia_PUCP_para_el_registro_y_citado_de_fuentes-2015.pdf Consulta: 23 de setiembre de 2020.

- VILLAREAL, Carla. (2014). *El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su incompatibilidad con los efectos jurídicos de la interdicción y la curatela: Lineamientos para la reforma del Código Civil y para la implementación de un sistema de apoyos en el Perú*. Tesis de maestría en Derechos Humanos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado.

- WHISNANT, Rebecca. (2017). "Feminist Perspectives on Rape", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edward N. Zalta (ed.). Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/feminism-rape/>.



EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE PERSONA CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL (ARTÍCULO 172 DEL CÓDIGO PENAL)

Sumilla. La Ley N.º 30838, que modificó el artículo 172 del Código Penal, introdujo el elemento normativo y descriptivo “libre consentimiento”. En ese sentido, la norma interna se ha adaptado a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y lo que corresponde es una interpretación y aplicación de este dispositivo en concordancia con dicho instrumento normativo, lo cual implica tener en cuenta que: a) el sujeto activo conozca que el sujeto pasivo padece de discapacidad intelectual que le impide prestar un libre consentimiento; b) el sujeto activo se prevalega de este conocimiento, y se aproveche de la discapacidad de la víctima en el momento de los hechos; y c) el sujeto pasivo padezca de discapacidad intelectual –conocida bajo el modelo médico como retardo mental– la que le impide comprender y consentir la relación sexual, esto es, que su nivel de discapacidad no le permita, en el momento del hecho, consentir válidamente el acto sexual.

Esta determinación se efectuará según las circunstancias de cada caso en particular, y con el apoyo de las pericias psiquiátricas y psicológicas, cuya actuación es de rigor, las que deben tener en cuenta los déficits intelectuales de la persona con discapacidad. Además con los medios de prueba que aporten las partes.

—SENTENCIA DE CASACIÓN—

Lima, nueve de mayo de dos mil diecinueve

VISTO: en audiencia pública, el recurso de casación, interpuesto por el **FISCAL SUPERIOR PENAL DE HUAURA**, contra la sentencia de segunda instancia del diecinueve de mayo de dos mil dieciséis (foja 172), emitida por la Sala Penal de Apelaciones y Liquidación de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que revocó la de primera instancia del once de marzo de dos mil dieciséis (foja 132) que **condenó** a Eusebio Alejandro Suárez Giraldo como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de persona en incapacidad de resistencia, en perjuicio de la menor con iniciales A. M. A. G., le impuso quince años de pena privativa de la libertad efectiva, y fijó en cinco mil soles la reparación civil; y

reformándola se le **absolvió** de la acusación fiscal y se declaró infundada la pretensión indemnizatoria, con lo demás que contiene.

Intervino como ponente la jueza suprema **CASTAÑEDA OTSU**.

HECHOS OBJETO DEL PROCESO PENAL

Primero. El fiscal adjunto provincial de Barranca formalizó acusación (foja 25) contra Eusebio Alejandro Suárez Giraldo, por los siguientes hechos:

- 1.1.** El veintisiete de marzo de dos mil quince, a las doce y treinta horas aproximadamente, en circunstancias que la menor con iniciales A. M. A. G. se dirigía de su domicilio sito en el centro poblado Santa Elena Norte mz. F, lote 23-A, Barranca, hacia la institución educativa Juan Velazco Alvarado, ubicada en el mismo centro poblado; en el camino se encontró con su tío Eusebio Alejandro Suárez Giraldo, quien manejaba una minivan y le pidió que fueran a pasear a Barranca; por lo que, subió al vehículo.
- 1.2.** Suárez Giraldo condujo por Agropensa con la finalidad de que la madre de la menor no advirtiera su presencia, hasta llegar a su casa ubicada en la urbanización Las Palmeras, mz. IC 3 (portón verde), Barranca, donde hizo ingresar a la menor. En un cuarto, le realizó tocamientos en sus partes íntimas y le quitó la ropa, pese a que la menor le manifestó que no le saque sus prendas, y luego él se quitó la ropa y abusó sexualmente de ella con la introducción de su pene en su vagina, pese a que ella puso resistencia.
- 1.3.** Posteriormente, la trasladó hasta Santa Elena Norte, Barranca, y la dejó a una cuadra de su centro educativo, en el cual se encontró con su profesora "Cecilia", quien le preguntó de dónde venía tan

tarde, y esta le contó lo ocurrido. Luego, la profesora informó al director y se comunicó el hecho a la madre de la menor.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Segundo. De los actuados remitidos por la Sala Penal de Apelaciones y de Liquidación de la Corte Superior de Justicia de Huaura (Sala Penal de Apelaciones), se tiene los siguientes actos procesales:

- 2.1.** El fiscal adjunto provincial de Barranca formuló acusación contra Eusebio Alejandro Suárez Giraldo, como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de persona en incapacidad de resistir —con retardo mental—, previsto en el artículo 172 del Código Penal (CP), en perjuicio de la menor con iniciales A. M. A. G. (foja 25). Solicitó se le imponga veinte años de pena privativa de la libertad y diez mil soles por concepto de reparación civil.
- 2.2.** Mediante sentencia del once de marzo de dos mil dieciséis (foja 132) el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Huaura, condenó a Eusebio Alejandro Suárez Giraldo como autor del mencionado delito y como tal le impuso quince años de pena privativa de la libertad efectiva, y fijó en cinco mil soles por concepto de reparación civil.
- 2.3.** La sentencia fue apelada por el defensor público de Suárez Giraldo el veintiocho de marzo de dos mil dieciséis (foja 150), la que fue concedida por auto del cinco de abril del mismo año (foja 154), y se dispuso su elevación a la Sala Penal de Apelaciones.

- 2.4.** La Sala Penal de Apelaciones, el diecinueve de mayo de dos mil dieciséis revocó la sentencia de primera instancia y absolvió de la acusación fiscal a Suárez Giraldo y declaró infundada la pretensión indemnizatoria.
- 2.5.** Contra la sentencia de segunda instancia, el dieciséis de junio de dos mil dieciséis el fiscal superior penal de Huaura interpuso recurso de casación, que es materia de la presente ejecutoria suprema.

SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO

Tercero. El fiscal superior penal de Huaura en su recurso de casación (foja 184) invocó como causales de su recurso, los incisos 1 y 3, artículo 429, del CPP, relativos a la casación constitucional y casación material, con base en los siguientes argumentos:

- 3.1.** La Sala Penal de Apelaciones con base en el inciso 2, artículo 12, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y la Ley N.º 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, concluyó que las personas con retardo mental gozan del derecho a decidir libremente sobre su actividad sexual; sin embargo, esta conclusión enerva la protección de los menores que presentan dicha discapacidad intelectual.
- 3.2.** La Sala Penal de Apelaciones sostuvo que no se demostró que la menor agraviada no esté en condiciones de decidir, y que de acuerdo a la pericia psicológica se inferiría que el acto sexual con Suárez Giraldo fue consentido. Estima que debió valorarse debidamente la Pericia Siquiátrica N.º 044289-2015-PSQ, que acredita que la menor agraviada presenta retardo mental de

leve a moderado, con una edad mental clínica entre siete a nueve años de edad, y conación (no es dueña de su voluntad), y; por tanto, no podía expresar su voluntad. En ese sentido, no se observó el inciso 2, artículo 425, del CPP, ya que no se valoró la citada pericia siquiátrica, que demuestra que la menor no podía expresar manifestación de voluntad alguna, circunstancia de la que se aprovechó el acusado.

Concluye que al haber sostenido Suárez Giraldo relaciones sexuales con una menor con retardo mental de leve a moderado, se configuró el delito previsto en el artículo 172 del CP. Su pretensión es que se declare nula la sentencia de segunda instancia y se ordene un nuevo pronunciamiento por otra Sala Penal de Apelaciones

ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

Cuarto. Conforme a la ejecutoria suprema del cinco de mayo de dos mil diecisiete (foja 26), se concedió el recurso de casación por la causal prevista en el inciso 3, artículo 429, del CPP (errónea aplicación o interpretación de la ley penal material).

En este caso, el examen casacional se circunscribe a la errónea interpretación del artículo 172 del CP —violación sexual de persona en incapacidad de resistencia—, por cuanto se habría realizado una decodificación aparentemente inadecuada de este dispositivo legal. Se consignó que la decisión tiene la utilidad simultánea de brindar solución al asunto y, a la par, servir de guía a la actividad judicial ante las diversas interpretaciones a las que se puede arribar en la aplicación de este tipo penal.

Quinto. Luego de la admisión del recurso de casación, el expediente se puso a disposición de las partes por el plazo de diez días. Mediante decreto del siete de marzo de dos mil diecinueve (foja 36), se fijó fecha para la audiencia de casación el veintiocho de marzo de dos mil diecinueve. En dicha fecha se realizó la audiencia con la concurrencia del fiscal adjunto supremo en lo penal Abel Pascual Salazar Suárez. Su desarrollo consta en el acta correspondiente.

Sexto. Concluida la audiencia, se realizó la deliberación de la causa en sesión secreta. Luego del debate, se efectuó la votación, en la que se obtuvo los votos necesarios para la emisión de la presente sentencia de casación, cuya lectura se efectúa el día de la fecha.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO

SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 172 DEL CÓDIGO PENAL

Sétimo. El artículo 172 del Código Penal, hasta la fecha, ha sido objeto de 4 modificatorias. La redacción vigente al momento en que ocurrieron los hechos es la establecida por la Ley N.º 28704¹ —publicada el 5 de abril de 2006—, que sanciona con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años a quien tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos al introducir objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, conociendo que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir.

¹ Ley que modifica artículos del Código Penal relativos a los delitos contra la libertad sexual y excluye a los sentenciados de los derechos de gracia, indulto y conmutación de la pena.

Establece una modalidad agravada, cuando el autor comete el delito al abusar de su profesión, ciencia u oficio, en cuyo caso, la pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

Octavo. Conforme a la precitada regulación, para que se configure el delito se debe acreditar lo siguiente: **i.** un acceso carnal; **ii.** que el sujeto pasivo sufra anomalía síquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentre en incapacidad de resistir; **iii.** que el sujeto activo, conociera esa condición y hubiese abusado de ella. Se trata de un tipo penal doloso, no se admite la comisión culposa.

Según la redacción literal del artículo en mención, y en relación a lo que es objeto del recurso de casación, solo basta que se acredite pericialmente en el proceso la discapacidad intelectual –conocida bajo el modelo médico como retardo mental– de la víctima y que el sujeto activo conozca de esa discapacidad y conociéndola abuse de ella.

Noveno. En lo que respecta a la interpretación de este dispositivo legal, en relación al bien jurídico, la Corte Suprema ha establecido:

“En los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía síquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada “intangibilidad” o “indemnidad sexual”. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la

víctima, lo protegido son las condiciones físicas o síquicas para el ejercicio sexual en libertad”².

En algunos casos, la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, consideró que no se requiere que el grado del retardo sea grave³ para que se configure este tipo penal, y en otros, tuvo en consideración si debido al retraso mental la víctima se encontraba en capacidad para consentir las relaciones sexuales⁴.

Décimo. La última modificatoria de este artículo, es la introducida mediante Ley N.º 30838, publicada el cuatro de agosto de dos mil dieciocho con la sumilla: violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento. Se sanciona con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, a quien tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos al introducir objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, **conociendo que está impedida de dar su libre consentimiento** por sufrir de anomalía síquica, grave alteración de la

² Acuerdo Plenario N.º 1-2011/CJ-116, del seis de diciembre de dos mil once. Asunto: Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual. f. j. 16.

³ Casación N.º 71-2012-Cañete, del 20 de agosto de 2013, f.j. 7. Sala Penal Permanente. “No se requiere que el retardo mental sea de una intensidad regularmente grave que no le permita conocer o valorar lo que representan las prácticas sexuales para que se perfeccione el delito antes citado; que admitir ello sería establecer que para la configuración del tipo penal, además del retardo mental que menciona este debe ser regularmente intenso, lo cual sería añadir otro elemento objetivo que no prevé la norma penal”.

⁴ Recurso de Nulidad N.º 1879-2017, del veinte de setiembre de dos mil dieciocho, f. j. 14. Sala Penal Permanente. “De este modo, no resulta posible sostener que una persona con retraso mental moderado, con una edad cronológica de seis años y limitaciones para su normal desempeño de vida se encuentre en capacidad para consentir relaciones sexuales; y, dado que dicha condición resulta apreciable al contacto social, tampoco puede sostenerse o justificarse el consentimiento que pretende invocar el acusado”.

conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir.

Conforme a la nueva redacción, ya no es suficiente que el dolo del sujeto activo abarque el conocimiento de que la víctima padece de las discapacidades mencionadas, y que además conoce del impedimento para consentir –que le ocasiona la discapacidad– y se aproveche de esta circunstancia.

Decimoprimer. En cuanto a la discapacidad intelectual, la Organización Mundial de la Salud (OMS) lo define como un estado de desarrollo incompleto o interrumpido de la mente, que se caracteriza por la dificultad en el período de desarrollo para adquirir las aptitudes que contribuyen al nivel general de la inteligencia, es decir, las aptitudes cognitivas, de lenguaje, motrices y sociales. En algunos casos, puede estar acompañado de cualquier otro trastorno somático o mental. De hecho, los afectados de una discapacidad intelectual mental pueden padecer todo el espectro de trastornos mentales y su prevalencia es al menos tres o cuatro veces mayor en esta población que en la población general. Se agrega, que tienen un mayor riesgo de sufrir explotación o abusos físicos y sexuales.

El déficit en la función intelectual es considerado como su principal característica. Se toma en cuenta el cociente intelectual (CI) para clasificar los grados de retardo, que deben determinarse mediante la aplicación individual de pruebas de inteligencia estandarizadas y adaptadas a la cultura de la población de la cual es miembro el sujeto.

Los grados o niveles de retraso son clasificados por la CIE-10⁵. Se clasifica en grados: retraso mental leve, moderado, grave y profundo.

Decimosegundo. En lo que concierne al examen casacional, la discapacidad intelectual, es un elemento normativo y descriptivo del artículo 172 del CP, que debe ser interpretado bajo nuevos enfoques, pues la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad se acerca más a un enfoque social⁶, que médico, de la discapacidad⁷, como veremos en el siguiente apartado.

LA LIBERTAD SEXUAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

Decimotercero. La persona con discapacidad es un sujeto de especial protección constitucional. Así lo consagra el artículo 7 de la Constitución Política, relativo al derecho a la salud, que en el párrafo final prescribe: “La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”.

En este orden de ideas, formalmente el constituyente ha determinado que las personas discapacitadas gozan, de los mismos derechos y

⁵ F70 Retraso mental leve (50 a 69 de CI), F71 retraso mental moderado (del 35 a 49 de CI), F72 retraso mental grave (del 20 a 34 de C.I.), F73 retraso mental profundo (menos de 20 de CI), F78 otro retraso mental, y F79 retraso mental sin especificación.

⁶ AGUSTINA PALACIOS. El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Editorial Cinca, Madrid, 2008.

⁷ En ese sentido, se orienta la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Así, en la Sentencia N.º C-458 del 2015, deja sentado que la discapacidad no es un problema físico o de salud de la persona que deba tratarse de manera aislada, sino un problema social del que son víctimas las personas que componen esta población, ya que ante la sociedad no se están generando las medidas de inclusión efectivas desde un lenguaje que los reconozca como personas iguales, y no como sujetos con menos valor en la sociedad, yendo en contra de los fines de los 2 últimos incisos, del artículo 13, de su Constitución Política y la dignidad humana.

garantías que las demás⁸. Es por ello, que se puede afirmar que deben ser merecedores de una protección especial por parte del Estado, y en tal sentido, se precisa de acciones concretas y efectivas, a través de políticas públicas que promueven las acciones afirmativas en defensa de sus derechos.

Decimocuarto. El mencionado artículo 7, debe ser interpretado de conformidad con lo dispuesto en la IV Disposición Final y Transitoria de la Norma Fundamental, según la cual los derechos y 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 Perú⁹. Además, se debe tener en cuenta que conforme el artículo 55 de la Norma Fundamental, los tratados celebrados por Perú y en vigor forman parte del derecho interno.

Decimoquinto. Los tratados que de modo específico abordan los derechos de las personas con discapacidad, en los ámbitos interamericano y universal, son: i) La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹⁰, y ii) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹¹.

⁸ En ese sentido, el Tribunal Constitucional en el f. j. 13 de la STC N.º 02480-2008-PA/TC, dejó establecido, que “la Constitución reconoce a las personas con discapacidad mental como sujetos de especial protección debido a las condiciones de vulnerabilidad manifiesta por su condición síquica y emocional, razón por la cual les concede una protección reforzada para que puedan ejercer los derechos que otras personas, en condiciones normales, ejercen con autodeterminación”.

⁹ Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución: “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”.

¹⁰ Suscrita en Guatemala el 7 de junio de 1999. Aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N.º 27484, del 15 de junio de 2001, y

Decimosexto. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en su artículo primero define el término "discapacidad", como una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. Conforme a su artículo 2, sus objetivos son, la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad.

Decimoséptimo. Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el artículo 1, incluye en este grupo poblacional "a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Además, señala la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.

Decimooctavo. En atención, al propósito de la referida Convención: "que todas las personas con discapacidad gocen de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad", los Estados Parte convinieron en consagrar un conjunto de principios y

ratificada por el Presidente de la República, según Decreto Supremo N.º 052-2001-RE, del 30 de agosto de 2001. En vigor desde el 14 de setiembre de 2001.

¹¹ Suscrita en New York el 13 de diciembre de 2006. Aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N.º 29127, del 30 de octubre del 2007, y ratificada por el Presidente de la República, según Decreto Supremo N.º 073-2007-RE, del 30 de diciembre de 2007. En vigor desde el 3 de mayo de 2008.

derechos con tal finalidad. Así, el inciso 2, artículo 3, dispone que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. En el ámbito de la libertad, se consagra el principio de la **autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones** (artículo 3)¹², y entre otros derechos que provienen de esta libertad, se consagran los de casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges, decidir el número de hijos que quieren tener, y mantener su fertilidad (apartados a, b y c del artículo 23). En el ámbito del derecho a la salud, se dispone que se les debe proporcionar programas y atención de la salud, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva (apartado a del artículo 25)¹³.

Decimonoveno. En el inciso 2, artículo 12 de la Convención, se reconoce a los discapacitados que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Es por ello,

¹² En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha fijado como línea interpretativa en la STC N.º 2313-2009-HC/TC, f.j. 6: “La discapacidad mental no es sinónimo, *prima facie*, de incapacidad para tomar decisiones. Si bien las persona que adolecen de enfermedades mentales, suelen tener dificultad para decidir o comunicar tales decisiones, estas deben ser tomadas en cuenta puesto que ello es una manifestación de su autodeterminación, y en primera instancia de su dignidad”.

¹³ En consideración al modelo social de la Convención, se critica el artículo 172 del CP en la redacción contenida con la Ley N.º 28704: “Esta norma claramente responde a estereotipos propios del modelo médico o rehabilitador, al proteger de manera especial a la persona con discapacidad mental y equipara su tratamiento al de un menor de edad, en donde la falta de consentimiento o voluntad se presume sin permitir prueba en contrario. La equiparación de la discapacidad mental a la minoría de edad es frecuente. Sin embargo, mientras en el caso la minoría de edad, las normas internacionales y nacionales reconocen limitaciones en el ejercicio de la capacidad jurídica, dicho enfoque es radicalmente dejado de lado bajo la lógica del artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (...). En el marco del modelo social, donde prevalece la autonomía, cabe revisar la norma a efectos de no presumir la incapacidad de brindar consentimiento. [BREGAGLIO LAZARTE, Renata y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio. Modelo social de la discapacidad y Derecho penal: aproximaciones al ordenamiento jurídico peruano. En: *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad*. Ciudad de México: Ubijus editorial, 2017, p. 135-136].

que los Estados Parte asumen la obligación de asegurar que para el ejercicio de esta capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos¹⁴.

En el ámbito penal, la Convención contiene dos disposiciones. Una primera del artículo 14, referido a la persona discapacitada como sujeto activo del delito¹⁵, que dispone que los Estados Partes aseguren que estas personas, privadas de su libertad en razón de un proceso, tengan en igualdad de condiciones con las demás, derecho a las garantías del derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la Convención, incluida la realización de ajustes razonables.

La otra disposición es la del artículo 16, respecto a las personas con discapacidad como sujetos pasivos del delito, en el que se prevé que los Estados Partes adopten legislaciones y políticas para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra aquellas sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados, en aras de su protección.

Vigésimo. La Ley N.º 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, reconoce los principios y derechos que consagra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y reitera la conceptualización de la discapacidad (artículo 2). En su artículo 9, garantiza que la persona con discapacidad tiene capacidad

¹⁴ Además que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

¹⁵ Ver: Documenta, Análisis y acción para la justicia social. Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad. Editorial Ubijus, México, 2017.

jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. Y al igual que la citada Convención, se proporcionen salvaguardas para su ejercicio, ya que prescribe: el Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones¹⁶.

En lo atinente a la libertad sexual de los discapacitados, el párrafo final, del inciso 2, de este dispositivo, estipula que el Estado “garantiza su derecho a contraer matrimonio y a decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad y su fertilidad”.

Vigesimoprimer. Si bien esta ley modificó diversas normas del ordenamiento jurídico¹⁷, no contiene referencias expresas a la normatividad penal. Como se anotó, la Ley N.º 30838 que modificó el artículo 172 del CP, introdujo el elemento normativo y descriptivo¹⁸ “libre consentimiento” en este dispositivo y en otras figuras delictivas: Violación

¹⁶ Las salvaguardas que en el ámbito interno se han establecido para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida, han sido introducidas por el Decreto Legislativo N.º 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, y establece diversas modificaciones al Código Civil y Código Procesal Civil.

¹⁷ El Código Civil, la Ley General de Educación, la Ley Universitaria, la Ley General de Salud, la Ley de Radio y Televisión, el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, la Ley General de Aduanas, el Decreto Ley 19846, el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la Ley de promoción de acceso a Internet para personas con discapacidad y de adecuación del espacio físico en cabinas públicas de Internet, y la Ley de la Carrera Judicial

¹⁸ Es normativo, porque requiere para su determinación o interpretación una valoración ética o jurídica y, por tal motivo, un cierto grado de subjetivismo [Zaffaroni, Eugenio Raúl: Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, p. 399], y es descriptivo, porque para precisar su contenido se requiere de conocimientos psicológicos o médico-psiquiátricos que están más allá de las valoraciones jurídicas. El Derecho no es la única rama del conocimiento que nos dice a quienes se les debe considerar como “impedidos de dar su libre consentimiento”.

sexual (artículo 170), tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos “sin consentimiento” (artículo 176), o “sin el consentimiento de esta”, como es el caso del acoso sexual (artículo 176-B). Si bien algunos proyectos de ley que se presentaron para la modificatoria de los artículos correspondientes al título de la violación de la libertad sexual, se basaron en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer¹⁹, es evidente que el legislador tuvo en cuenta la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En ese sentido, la norma interna se ha adaptado a la citada Convención y lo que corresponde es una interpretación y aplicación de este dispositivo en concordancia con este instrumento normativo.

En cuanto al libre consentimiento, constituye una manifestación de la autodeterminación de la persona, quien es libre de tomar sus propias decisiones²⁰. En ese sentido, si la víctima no puede autodeterminarse por su discapacidad intelectual, entonces no es posible que brinde su libre consentimiento.

Vigesimosegundo. En atención a lo expuesto, una interpretación del artículo 172 del CP en concordancia con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, implica tener en cuenta que: a) el sujeto activo conozca que el sujeto pasivo padece de discapacidad intelectual que le impide prestar un libre consentimiento; b) el sujeto activo se prevalega de este conocimiento, y se aproveche de

¹⁹ Proyectos de Ley N.º 1069/2016, N.º 2070/2017-CR, entre otros.

²⁰ De acuerdo al modelo funcional de autodeterminación de Michael Wehmeyer, la autodeterminación es aquella conducta que lleva a la persona a actuar como el principal agente causal de sus acciones sin influencias o interferencias externas innecesarias. Peralta López, Feli; Arellano Torres, Araceli. La autodeterminación de las personas con discapacidad intelectual: situación actual en España, Revista CES Psicología, vol. 7, núm. 2, Medellín, julio-diciembre, 2014, 59-77,

la discapacidad de la víctima en el momento de los hechos²¹; y c) el sujeto pasivo padezca de discapacidad intelectual –conocida bajo el modelo médico como retardo mental– la que le impide comprender y consentir el acceso carnal o el acto sexual cometido²², esto es, que su nivel de discapacidad no le permita, en el momento del hecho, consentir válidamente el acto sexual.

Esta determinación se efectuará según las circunstancias de cada caso en particular, y con el apoyo de las pericias psiquiátricas y psicológicas, cuya actuación es de rigor, las que deben tener en cuenta los déficits intelectuales de la persona con discapacidad. Además con los medios de prueba que aporten las partes.

ANÁLISIS DEL CASO

Vigesimotercero. Como se ha indicado la sentencia de vista revocó la de primera instancia que condenó a Suárez Giraldo por el delito de

²¹ Es preciso que el agente del delito se aproveche, prevenga o abuse de dicha discapacidad para dar rienda suelta a sus instintos lascivos. Este abuso deliberado del agresor es el que también incrementa el contenido de reproche jurídico del delito. De esta manera, el modo con el que actúa el violador y la circunstancia especial de la persona discapacitada son los dos fundamentos sobre los que descansa la conducta descrita en el artículo 172 del CP. En este sentido, Muñoz Conde sostiene que: "(...) precisamente, para evitar una interpretación demasiado objetivista se exige que, además, que el sujeto activo "abuse" del trastorno mental, es decir, se aproveche de la incapacidad del sujeto pasivo para entender el alcance del acto sexual o para autodeterminarse y consiga el contacto sexual precisamente por esa incapacidad. Este "abuso" exige, por tanto, una actitud dolosa, que tiene que ser probada y no simplemente presumida en el correspondiente proceso". [Muñoz Conde, Francisco: Derecho Penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 234].

²² La Sala Plena de la Corte Suprema de Colombia (6 may. 2009, rad. 24055), ha señalado que: la condición especial del sujeto pasivo se asemeja a la figura de la inimputabilidad del procesado en sede de la categoría de la culpabilidad, es decir, tiene que ver con la capacidad psíquica por parte de la víctima de comprender las implicaciones del acceso carnal o del acto sexual cometido, así como de determinarse de acuerdo con esa comprensión (en analogía con las facultades mentales que alrededor de la realización del injusto consagra el artículo 33 de la ley 599 de 2000).

violación sexual de persona con retardo mental –discapacidad intelectual–, y lo absolvió de los cargos.

Vigesimocuarto. Para analizar el caso concreto, este Supremo Tribunal tiene en consideración que en la sentencia de primera instancia se declaró probado que la menor con iniciales A. M. A. G., tuvo acceso carnal por la vía vaginal, conforme a las conclusiones expuestas por la perito médico legista María Paula Coaquira Galindo, quien elaboró el Certificado Médico Legal N.º 986-L-DCLS, del 27 de marzo de 2015, pues se evidenció que presentaba signos de desfloración reciente.

También se declaró probado que la referida menor padece de retardo mental de leve a moderado, conforme a las conclusiones expuestas en juicio oral por el médico cirujano Martín de los Milagros Ramos Mendoza respecto al certificado de discapacidad N.º 065-15 de dicha menor. Asimismo, con lo referido por el perito psicólogo Oscar Alfredo Tirado Camacho, autor del Protocolo de Pericia Psicológica N.º 004199-2015-PSC, quien señaló que la menor evidenció un posible daño a nivel neurológico degenerativo. Y con la oralización de la Evaluación Psiquiátrica N.º 44289-2015-PSQ, del 14 y 24 de agosto de 2015, que estableció una edad clínica de la menor ubicable entre los siete a nueve años de edad, con un síndrome orgánico cerebral (epilepsias sin convulsiones) y de personalidad en estructuración.

Vigesimoquinto. Se declaró probado además que de esta condición de discapacidad intelectual, tuvo conocimiento el acusado absuelto Suárez Giraldo. Ello con base al relato de la madre de la menor en el Protocolo de Pericia Psicológica N.º 004199-2015-PSC, donde refirió que el acusado sabía que su hija estaba mal, y lo vertido en juicio oral, pues

refirió que dicho acusado concurría a su vivienda toda las mañanas a dar alimentos a sus animales (patos y gallinas) que tenía encargados.

Vigesimosexto. La Sala Penal de Apelaciones abordó la cuestión si la menor con iniciales A. M. A. G. estuvo impedida o no de dar su libre consentimiento sexual, con base en el inciso 2, artículo 12 y literal a), inciso 1, artículo 23, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y el inciso 2, artículo 9 de la Ley General de Personas con Discapacidad. La Sala concluyó que el Ministerio Público no demostró que dicha menor se encontraba en condiciones de decidir en su esfera sexual; y que por lo tanto, entendió que sí gozaba del derecho a decidir libremente sobre su actividad sexual.

Con relación a este punto, se aprecia que la Sala Penal de Apelaciones incurrió en una falacia o un error en su argumentación, pues sustentado en que no se acreditó la falta de autodeterminación de la menor, concluyó que si la tenía; obviando la valoración de los otros medios de prueba como: i) el Protocolo de Pericia Sicológica N.º 004199-2015-PSC, del 23 de setiembre de 2015, en el cual, a la pregunta a la menor sobre si sabe que son relaciones sexuales respondió negativamente. Asimismo, no definió o explicó a qué se refiere con violación, solo señaló que son tocamientos, y concibió como un juego los besos del acusado y que le haya quitado la ropa; ii) la Evaluación Psiquiátrica N.º 44289-2015-PSQ, señala que adolece de conación, pues no es dueña de su voluntad, su edad mental se ubica clínicamente entre los siete a nueve años de edad, y se concluyó que presenta una personalidad en estructuración, y recomendó que la menor continúe con tratamiento psiquiátrico y psicológico por el estrés postraumático.

Vigesimosétimo. Asimismo, con base en el Protocolo de Pericia Psicológica N.º 004199-2015-PSC, del veintitrés de setiembre de dos mil quince, practicado a la menor, concluyó que las relaciones sexuales entre el acusado y ella fueron consentidas. Sin embargo, se aprecia que las conclusiones de la pericia psicológica no se corresponderían con el relato de la menor, quien señaló que no quería que le quiten la ropa, y que cuando el acusado le introdujo su pene en su vagina se sintió mal; relato que fue reiterado en su declaración del veintiocho de marzo de dos mil quince²³.

Vigesimoctavo. En el caso en concreto, es evidente que la Sala Penal de Apelaciones realizó un juicio de valor sesgado y parcial, lo que determinó que efectúe una interpretación inadecuada del artículo 172 del CP, cuando aplicó el inciso 2, artículo 12 y literal a), inciso 1, artículo 23, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por tanto, corresponde dictar una sentencia rescindente y reenviar el proceso a otro Colegiado Superior para que se pronuncie sobre el fondo del asunto, teniendo en cuenta la interpretación realizada sobre el citado dispositivo legal.

Vigesimonoveno. Finalmente, de lo actuado aparece que Suárez Giraldo fue condenado el once de marzo de dos mil dieciséis por el Juzgado Penal Colegiado de Huaura a quince años de pena privativa

²³ En el Acuerdo Plenario N.º 4-2015/CIJ-116, se fijó como criterio que el informe debe haberse elaborado de acuerdo a las reglas de la lógica y conocimientos científicos o técnicos. Especialmente, si se analiza el objeto del dictamen, la correlación entre los extremos propuestos por las partes y los expuestos del dictamen pericial, y la correspondencia entre los hechos probados y los extremos del dictamen, la existencia de contradicciones entre el informe y lo vertido por el perito en el acto oral.

de la libertad (foja 132), condena que fue ejecutada de inmediato, pues en dicha fecha se encontraba en un establecimiento penitenciario cumpliendo la medida de prisión preventiva desde el veintisiete de marzo de dos mil quince. En consecuencia, por los efectos de esta sentencia casatoria, retoma su condición de condenado, por lo que debe ordenarse su inmediata recaptura, cursándose los oficios correspondientes con tal fin.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

- I. **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el **FISCAL SUPERIOR PENAL DE HUAURA**, contra la sentencia de segunda instancia del diecinueve de mayo de dos mil dieciséis, emitida por la Sala Penal de Apelaciones y Liquidación de la Corte Superior de Justicia de Huaura.
- II. **CASAR** y declarar **NULA** la citada sentencia de segunda instancia, que revocó la de primera instancia del once de marzo de dos mil dieciséis que condenó a Eusebio Alejandro Suárez Giraldo como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de persona en incapacidad de resistencia, en perjuicio de la menor con iniciales A. M. A. G., le impuso quince años de pena privativa de la libertad efectiva, y fijó en cinco mil soles por concepto de reparación civil; y reformándola se le absolvió de la acusación fiscal y se declaró infundada la pretensión indemnizatoria, con lo demás que contiene.

- III. CON REENVÍO**, ordenar que otro Colegiado Superior emita un nuevo pronunciamiento, previa convocatoria y realización de una nueva audiencia de apelación, en la que deberá tenerse en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia casatoria.
- IV. ORDENAR** la ubicación y captura de Eusebio Alejandro Suárez Giraldo, para lo cual se cursará los oficios correspondientes, conforme al fundamento vigesimonoveno de la presente sentencia casatoria.
- V. DISPONER** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia pública y se publique en la página web del Poder Judicial.
- VI. MANDAR** se remita la causa a la sala superior de origen para su debido cumplimiento, y que se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

QUINTANILLA CHACÓN

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

SYCO/wrqu