

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

**Facultad de Derecho**



**Análisis de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual sobre  
su libertad sexual**

**Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de Abogada**

**Autora**

Rosa Isabel Pilar Salvador Mayorga

**Revisor**

Vladimir Katherniak Padilla Alegre

Lima, 2021

## RESUMEN

El caso materia de análisis versa sobre la comisión del delito de Violación Sexual en agravio de una persona con discapacidad intelectual que, a la fecha de los hechos, la agraviada de iniciales A.C.CH. tenía la edad de 27 años, y a lo largo del proceso penal se concluyó que la misma presentaba el diagnóstico de Retardo Mental Moderado y un cuadro de Esquizofrenia. El tipo penal vigente al momento de los hechos regulaba la “Violación de Persona en Incapacidad de Resistencia”, en donde de acuerdo con la interpretación de la Corte Suprema, no se requiere que el retardo mental que presente la agraviada, 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; esto es, solo se requiere acreditar el diagnóstico de “retardo mental” para automáticamente concluir la existencia del delito de violación sexual en agravio de una persona con discapacidad intelectual. En ese sentido, el objetivo del presente trabajo es poder determinar si una persona con discapacidad intelectual tiene la capacidad jurídica para poder disponer sobre su libertad sexual, y finalmente señalar que, el artículo 172° del Código penal deberá ser interpretado conforme a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, a fin de garantizar la autonomía de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que los demás.

**Palabras claves:** Personas con Discapacidad, capacidad jurídica, libertad sexual

## ABSTRACT

The case that is the subject of analysis deals with the commission of the crime of Sexual Rape to the detriment of a person with intellectual disability who, at the date of the events, the victim of the initials A.C.CH. was 27 years old, and had a diagnosis of Moderate Mental Retardation and Schizophrenia. The felony at the time of the events regulated the "Sexual Abuse of a Person in Resistance Disability", where according to the interpretation of the Supreme Court, it is not required that the mental retardation presented is regular intensity serious that does not allow him to understand what sexual practices represent. On the contrary, it is only required to prove the diagnosis of "mental retardation" to automatically conclude the existence of the crime of sexual abuse to the detriment of a person with intellectual disability. In this regard, the objective of this report is determining whether a person with intellectual disabilities has the legal capacity to consent sex, and

be able to dispose of their sexual freedom, and finally to point out that Article 172 of the Criminal Code must be interpreted in accordance with the Convention of Rights of Persons with Disabilities, in order to guarantee the autonomy of persons with disabilities, under the same conditions as others.

**Keywords:** People with Disabilities, legal capacity, consent



# ÍNDICE DE CONTENIDO

## ÍNDICE DE CONTENIDO

### ABREVIATURAS

I. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN.....	1
II. RELACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA CONTROVERSIA DE LA QUE TRATA LA RESOLUCIÓN.....	2
2.1 Hechos del caso que motivaron el proceso.....	2
2.2 Resolución en primera instancia.....	3
2.3 Resolución en segunda instancia.....	3
2.4 Recurso de casación.....	4
2.5 Resolución de la Casación.....	5
III. IDENTIFICACIÓN DE LO PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS.....	8
IV. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS.....	8
4.1 Primer problema jurídico: ¿Las personas con discapacidad intelectual tienen capacidad jurídica para disponer sobre su libertad sexual?.....	9
4.1.1 Antecedentes históricos de la discapacidad.....	9
4.1.1.1. Modelos de la discapacidad.....	10
4.1.1.2. Concepto de discapacidad.....	13
4.1.2 Nociones básicas de la capacidad jurídica.....	16
4.2 Segundo problema jurídico: ¿La Corte Suprema del Perú debió realizar una interpretación del artículo 172° del Código Penal conforme a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad?.....	22
4.2.1 Análisis del término “retardo mental” como elemento normativo del tipo penal.....	22
4.2.2 Análisis de la interpretación realizada por parte de la Corte Suprema sobre el artículo 172° del Código Penal.....	38
4.2.2.1 Concepción de la discapacidad basada en estereotipos.....	40
4.2.2.2 Un análisis entre indemnidad sexual y libertad sexual, y su relación con la capacidad jurídica de las PCD.....	42
4.2.3 Propuesta interpretativa del artículo 172° del Código Penal.....	48
V. CONCLUSIONES.....	51
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	53

## ABREVIATURAS

A.C.CH.	Agraviada
CP	Código Penal
CDPCD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer
Comité CDPCD	Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
INEI	Instituto Nacional de Estadística e Informática
NCPP	Nuevo Código Procesal Penal
PCD	Persona con Discapacidad
PCDI	Persona con Discapacidad Intelectual
Relato Especial PCD	Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad

## I. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN

A lo largo de la historia, las personas con discapacidad se han visto excluidas y segregadas de la sociedad, viendo recortados sus derechos, y encontrándose limitadas por barreras sociales, legales, y actitudinales, que han estado evitando su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás. En ese sentido, gracias a la vigencia del Modelo Social de la Discapacidad, introducido por la Convención PCD, se reconoce el deber de los Estados Partes de promover, proteger y asegurar el goce pleno, y en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, debiéndose además promover el respeto por su dignidad humana.

Teniendo ello en consideración, y bajo la idea que todas las PCD ostentan la autonomía y libertad de adoptar decisiones en cualquier aspecto de su vida, en igualdad de condiciones que el resto de personas, uno podría preguntarse si ello también incluye el ámbito sexual, específicamente si se trata acerca de personas que presenten alguna discapacidad intelectual o mental; lo cual, hace preguntarnos si una persona con discapacidad intelectual puede consentir el mantener relaciones sexuales con otra persona, pero anterior a ello, preguntarnos si es posible que la PCDI presente la capacidad jurídica para poder disponer de su libertad sexual, o incluso, primero determinar si la normativa vigente en el Perú reconoce la libertad sexual a las PCDI, o muy por el contrario, si solo lo reduce a un ámbito de indemnidad sexual.

Estas interrogantes son la justificación para la realización del presente trabajo, dado que, dentro del ámbito penal, resulta imprescindible no solo la aplicación del principio de legalidad para la resolución de un caso en concreto, sino que, además es fundamental que la autoridad judicial pueda realizar un análisis del tipo penal vigente sobre Violación Sexual de personas con retardo mental, no desde una mirada estereotipada del concepto de discapacidad, sino muy por el contrario, realizar una interpretación constitucional del tipo penal, lo cual incluye la aplicación de tratados internacionales suscritos por el Perú, que reconocen derechos y libertades fundamentales a todas las PCDI, sin importar el tipo de discapacidad que presenten, en igualdad de condiciones que el resto de individuos, lo cual es conforme a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.

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

### 2.1 HECHOS DEL CASO QUE MOTIVARON EL PROCESO

Se atribuye al imputado Ernesto Pascual Félix Chumpitaz, el haber abusado sexualmente de la ciudadana de iniciales A.C.CH, de 27 años de edad (persona con discapacidad intelectual), en el mes de agosto de 2007.

En ese sentido, se acusó al imputado por la comisión del delito contra la Libertad Sexual – Violación de persona en incapacidad de resistencia, regulado en el artículo 172° del Código Penal vigente al momento de los hechos; el cual regula lo siguiente: *“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”*

De esta forma, El Ministerio Público del Distrito Fiscal de Cañete ofreció los siguientes medios probatorios:

- El Protocolo de Pericia Psicológica practicado a la agraviada de iniciales A.C.CH. en donde se concluyó que la peritada presenta un Retardo Mental Moderado, y un cuadro de Esquizofrenia
- El Informe del Tratamiento que recibe la agraviada de iniciales A.C.CH. en el Hospital Larco Herrera
- La declaración de la Psicóloga Peláez García, en donde señaló que clínicamente la agraviada de iniciales A.C.CH tiene un desarrollo intelectual de retardo mental asociado a esquizofrenia, y que, para determinar su coeficiente intelectual y mental, resultaría necesario tomar una prueba, una escala de inteligencia para medir la categoría mental
- La declaración de la Psicóloga Núñez Tasayco, quien señaló que la agraviada presenta retardo mental moderado con una edad mental de 13 años, vulnerable, y presenta síntomas de ansiedad depresiva. Asimismo, añade que la peritada presenta una edad cronológica de 27 años, y su físico lo aparenta, pero cuando conversa con ella, se da cuenta que tiene expresiones y actitudes

referentes a la de una menor de edad- Añade que tiene un daño orgánico a nivel cerebral que ha interrumpido el normal desarrollo de las actividades cognitiva y en general de la agraviada.

- Declaraciones testimoniales de vecinos de la agraviada en donde señalan que la misma siempre ha presentado una discapacidad intelectual.

## **2.2 RESOLUCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA**

Con fecha 14 de octubre del 2011, luego de analizar los medios probatorios presentados por el Ministerio Público del Distrito Fiscal de Cañete, el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Cañete condenó al imputado Ernesto Pascual Félix Chumpitaz como autor del delito de Violación Sexual en la modalidad de Violación de persona en incapacidad de resistir, imponiéndole 20 años de pena privativa de libertad y el pago de S/.5000 soles de reparación civil, y tratamiento terapéutico.

## **2.3 RESOLUCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

Con fecha 16 de enero de 2012, la Sala Penal de Apelaciones señaló que, para determinar si a la fecha de los hechos, la víctima presentaba retardo mental moderado, la prueba pericial psicológica sería el único medio probatorio idóneo para acreditar tal hecho, de acuerdo a lo señalado en el artículo 172° NCPP, que indica *“la pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado, de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada”*

Por su parte, la defensa del imputado señaló que, pese a las conclusiones de las pericias psicológicas y psiquiátricas, no se estableció que, a la fecha de los hechos, la agraviada presentara el estado psicológico que se indica. De esta forma, compulsados los actuados periciales del caso, la Sala entiende que, a la fecha de los hechos, no se estableció que la agraviada presentara *“anomalía psíquica y/o retardo mental”*

Aunado a ello, el A quo estableció que, a efectos de configurarse el delito materia de acusación, el retardo mental y/o esquizofrenia debe ser de tal forma que la víctima no pueda conocer o valorar lo que supone las prácticas sexuales,



encontrándose por ello limitado a una autodeterminación sexual de manera consciente. Por ello en el presente caso, se concluyó que con las pericias señaladas no se llegó a ese nivel de convicción que el estado psicológico de la agraviada tenga tal característica, ni mucho menos que el retardo mental descrito se haya presentado a la fecha de los hechos.

De esta forma, no se llegó a acreditar que, a la fecha de los hechos, la agraviada se haya encontrado en un estado mental limitante a su libre autodeterminación sexual, por cuanto en ningún momento los peritos psicológicos han llegado a tales conclusiones, determinando una total ausencia de medios probatorios que resultan fundamentales para establecer la comisión del delito atribuido al imputado; motivo por el cual, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Cañete, revocó por unanimidad la sentencia de primera instancia, y absolvió al acusado Ernesto Pascual Félix Chumpitaz, de haber abusado sexualmente de la agraviada A.C.CH. (27).

## **2.4 RECURSO DE CASACIÓN**

La Primera Fiscalía Superior Penal del Distrito Fiscal de Cañete interpuso Recurso de Casación alegando las causales previstas en los incisos 1 y 3 del Artículo 429° NCPP:

- (i) Inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal o material (debido proceso – valoración probatoria)

Se argumentó la trasgresión al debido proceso, respecto al derecho a la prueba, en el sentido que la Sala habría limitado la acreditación de lo que es objeto de prueba, a tan solo un medio de prueba, toda vez que la Sala señaló que el retardo mental de la agraviada solo puede ser acreditado mediante una pericia psicológica.

En ese sentido, de acuerdo con el Ministerio Público, se estaría inobservando el artículo 157° NCPP, el cual señala que “*los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley*”; esto es, no limita que un hecho que debe ser acreditado, deba serlo con un

solo medio de prueba específico, sino que amplía dicha actividad probatoria con cualquier tipo de prueba.

Asimismo, el Ministerio Público alegó la inobservancia del inciso 1 del artículo 158° NCPP, el cual señala que *“en la valoración de la prueba, el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia, las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados”*

(ii) Errónea interpretación de la ley penal

El Ministerio Público señaló que la Sala Penal de Apelaciones habría realizado una interpretación errónea de la ley penal descrita en el Artículo 172° del Código Penal vigente al momento de los hechos, toda vez que exigió para la configuración del delito incriminado, nuevos elementos objetivos no descritos en el artículo 172° del cuerpo normativo antes mencionado.

En ese sentido, se habría trasgredido el Principio de Legalidad al exigir que la enfermedad mental de la agraviada deba ser de una intensidad regularmente grave, que no le permita conocer o valorar lo que supone las prácticas sexuales. El Ministerio Público argumentó que el error realizado por la Sala Penal de Apelaciones, se encontró que a dicha judicatura no le bastó el diagnóstico de Retardo Mental Moderado de la víctima según el Protocolo de Pericia Psicológica, sino que exigió que este “retardo” sea uno de intensidad grave que no le permita conocer y consentir la relación sexual, lo cual sería un elemento que no exige el tipo penal materia de análisis

## **2.5 RESOLUCIÓN DE LA CASACIÓN N° 71-2012-CAÑETE**

Con fecha 20 de agosto de 2013, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema admitió el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Superior, por los motivos previstos en los incisos 1 y 3 del Artículo 429 NCPP.

En primer lugar, respecto a la inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal, se entiende que el Ministerio Público cuestiona la garantía genérica del debido proceso. En ese sentido, la Corte señala que, en el presente

caso, se requería especiales cuidados en la actuación, apreciación y valoración de la prueba, así como en la motivación del fallo. De esta manera, desde la óptica incriminatoria, se trataba de una evaluación de aspectos centrales de la personalidad de la agraviada, motivo por el cual, resultaba necesario no solo tomar en cuenta la prueba especializada, sino también testimoniales e indicios; por eso se exigía al Tribunal Superior un esmerado trabajo en la actuación, valoración y justificación de los argumentos expuestos por las partes. Hecho que no se vio en el presente caso, dado el descuido de los magistrados al evaluar la prueba y justificar sus conclusiones, las que resultan insuficientes, aparentes y deficientes al objeto de la decisión; no cumpliendo con las exigencias que el presente caso requería.

Asimismo, la Sala Penal Permanente estableció que la sentencia de vista carece de una debida motivación, toda vez que se realizó un juicio de valor de forma individual y aislado de las conclusiones de las pericias psicológicas, y sus correspondientes ratificaciones en el juicio, teniéndose un razonamiento lógico equivocado respecto al retardo mental y cuadro de esquizofrenia de la agraviada. De esta forma, no explicó por qué no se tomó en cuenta todo el caudal probatorio en su conjunto, y no solo las pericias psicológicas actuadas en plenario. Es decir, no se motivó por qué no se valoró las declaraciones testimoniales de vecinos que establecen el estado mental de la agraviada, ni por qué no se expusieron argumentos para señalar que dichas versiones no resultaban hábiles, pertinentes ni conducentes para generar certeza de la enfermedad de la mental de la agraviada.

En segundo lugar, respecto al argumento del Tribunal Superior sobre que *“debido a que las pericias psicológicas no establecieron ni acreditaron que a la fecha de los hechos, la agraviada padeciera de retardo mental, el delito incriminado no se habría materializado”*, la Corte Suprema sostiene que dicho argumento resulta subjetivo, dado que solo se valoró dichos medios de prueba, sin atender al hecho objeto de acusación; y en su caso solo utilizó las deficiencias en las que incurrió el juzgador de primera instancia respecto los motivos por los cuales se ordenó practicar varias pericias psicológicas y psiquiátricas a la agraviada. Por tanto, el mencionado juicio de valor no resulta válido, llegándose a advertir la

inobservancia de una garantía constitucional de carácter procesal, en específico, la valoración probatoria.

En tercer lugar, respecto a la posición del Tribunal Superior sobre el argumento de que *“aun cuando la afectada presentaba un cuadro de retardo mental moderado, ello no supone que sea de una intensidad regularmente grave que no le permita conocer o valorar lo que representa las prácticas sexuales, y por tanto no es posible configurar el delito de violación sexual de persona en incapacidad de resistir”*; aquí también la Corte Suprema advierte que la Sala Penal de Apelaciones afectó el principio de legalidad material y procesal, la cual forma parte de la garantía genérica del debido proceso. Ello, al no haberse tomado en cuenta que el Juez debe ser leal al principio de legalidad, lo que significa que la determinación de los tipos penales debe hacerse conforme a la ley, y por ello se debió realizar un adecuado juicio de legalidad y subsunción, mediante una correcta adecuación del supuesto de hecho al tipo legal preexistente.

De esta manera, la Corte Suprema advierte que para la configuración del artículo 172° del Código Penal, el agente no necesita desplegar esfuerzo o actividad alguna previa al acto sexual o análogo, sino que, atendiendo a la tesis inculpativa, en el presente caso, se refiere que el acusado, aprovechándose del retardo mental que padece la agraviada -déficit intelectual serio que le impide entender a cabalidad lo que ocurre en su medio ambiente-, la sometió a un trato sexual, tipificándose por ello el artículo 172° del Código Penal.

Aquí la Sala Penal Permanente señala que no se requiere que el retardo mental que tiene la agraviada, 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; pues caso contrario, se estaría añadiendo otro elemento objetivo que no prevé la norma penal materia de análisis.

Por eso, ante las consideraciones antes expuestas, la Corte estableció que la sentencia en vista resulta nula, al haberse valorado en forma independiente a la prueba personal, en este caso ni siquiera mencionadas, y al estimarse que se infringió el debido proceso al interpretar erróneamente la ley penal anteriormente

mencionada; motivo por el cual, declaró FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Fiscal Superior del Distrito Fiscal de Cañete, por la inobservancia de garantías constitucionales y errónea interpretación de la ley, declarando NULA la sentencia de vista.

### **III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS RELEVANTES**

Los problemas jurídicos identificados a raíz de la resolución materia de análisis, se desarrollarán de la siguiente manera:

**3.1 Primer problema jurídico:** ¿Las personas con discapacidad intelectual tienen capacidad jurídica para disponer sobre su libertad sexual?

**3.1.1** Antecedentes históricos de la discapacidad

**3.1.2** Nociones básicas de la capacidad jurídica

**3.2 Segundo problema jurídico:** ¿La Corte Suprema del Perú debió realizar una interpretación del artículo 172° del Código Penal conforme a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad?

**3.2.1** Análisis del término “retardo mental” como elemento normativo del tipo penal

**3.2.2** Análisis de la interpretación realizada por parte de la Corte Suprema sobre el artículo 172° del Código Penal

**3.2.2.1** Concepción de la discapacidad basada en estereotipos

**3.2.2.2** Un análisis entre indemnidad sexual y libertad sexual, y su relación con la capacidad jurídica de las PCD

**3.2.3** Propuesta interpretativa del artículo 172° del Código Penal

### **IV. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS**

El presente caso versa sobre una ciudadana de iniciales A.C.CH, de 27 años de edad, que es una persona con discapacidad intelectual al presentar un diagnóstico de “retardo mental moderado”, asociado a un cuadro de esquizofrenia, la cual, en el mes de agosto de 2007, habría sido víctima de violación sexual por parte del imputado Ernesto Pascual Félix Chumpitaz.

En ese sentido, consideramos relevante analizar el argumento de la Corte Suprema, sobre el deber de realizar una interpretación literal del artículo 172° del Código Penal vigente al momento de los hechos, atendiendo al Principio de Legalidad en el Derecho Penal, mediante el cual en el presente caso, se concluye que el Ministerio Público solo tendría la obligación de probar que la víctima presenta el diagnóstico de “retardo mental”, para automáticamente concluir que se ha tipificado el tipo penal de Violación Sexual De Persona En Incapacidad De Resistir. De ello se desprende que la Corte Suprema está dando a entender que, por un lado, toda persona que mantenga relaciones sexuales con una persona con discapacidad con retardo mental -sin importar el grado de retardo que presente- sería necesariamente autor del delito materia de análisis; y, por otro lado, estaría concluyendo que las personas con retardo mental no tendrían capacidad para disponer sobre su libertad sexual, por motivos de su discapacidad.

De esta forma, para sustentar y fundamentar una crítica hacia la argumentación de la Corte Suprema mencionado en el párrafo precedente, resulta trascendente conocer los antecedentes históricos de la comunidad de personas con discapacidad a lo largo de la historia, y lo que significó su papel dentro de la sociedad, a efectos de comprender cómo se ha ido tratando la noción de discapacidad, y, a raíz de ello, cómo se ha ido interpretando el tipo penal materia de análisis; para finalmente señalar el cómo se debió interpretar dicha norma penal a la luz de la normativa internacional vigente al momento de la resolución de la controversia materia de análisis. De esta manera, primero se expondrá los modelos de discapacidad a fin de conocer las distintas valoraciones que se tenía sobre las PCD y su papel en la sociedad, y como se les ha venido tratando, tanto a nivel legal como social, para posteriormente abordar el tema de capacidad jurídica que ostentan las PCD, a raíz del instrumento normativo internacional (CDPCD), que dispuso la eliminación de cualquier forma de discriminación por motivos de discapacidad, otorgamiento plena autonomía a toda persona con discapacidad, para disponer sobre su vida, y por tanto, tanto sobre su sexualidad.

**4.1 Primer problema jurídico:** ¿Las personas con discapacidad intelectual tienen capacidad jurídica para disponer sobre su libertad sexual?

**4.1.1 Antecedentes históricos de la discapacidad**

#### **4.1.1.1. Modelos de la discapacidad**

Actualmente, partimos de la premisa que, desde el derecho internacional, se reconoce a las personas con discapacidad como titulares de derechos, que pueden ser ampliamente exigidos, sin discriminación alguna y sobre la base de igualdad de oportunidades. De esta manera, nos avocamos al tema de la presente investigación, presentando información relevante sobre el proceso de reconocimiento de la capacidad jurídica y el derecho a la libertad sexual de las personas con discapacidad, considerando pertinente recordar de manera sucinta todo el proceso histórico de cómo se ha entendido la discapacidad a lo largo de los siglos, y cómo la misma ha ido cambiando, sobre todo desde la entrada en vigor de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En ese sentido, Teresa Tovar nos habla acerca de todo este proceso de entendimiento y aceptación de la diversidad humana que ha tenido que pasar la humanidad, para aceptar “el hecho de reconocimiento del otro como diferente, pero igualmente valioso que uno, reclamándose no solo como derecho, sino como condición civilizatoria y valor agregado de una modernidad” (TOVAR, 2015). De esta forma, entiende que el discurso de la diversidad se construye en tensión con una postura conservadora que aún persiste, pues mira las diferencias desde un punto discriminador, dando lugar a políticas excluyentes y segregadoras. Es por esto que colectivos como mujeres, población indígena, o personas con discapacidad, han tenido que luchar para ser entendidos como seres humanos de igual condición humana que los demás. Ante ello, presentaremos un breve resumen sobre el proceso de reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad.

Partimos desde el **modelo de la prescindencia**, donde se entendía que las causas de la discapacidad tienen un motivo religioso, siendo asumidas como innecesarias por diferentes razones: “porque se estima que no contribuyen a las necesidades de la comunidad, que albergan mensajes diabólicos, que son la consecuencia del enojo de los dioses, o que –por lo desgraciadas- sus vidas no merecen la pena ser vividas” (PALACIOS,

El modelo social de la discapacidad, 2015, pág. 10), lo que traería como consecuencia que las sociedades adopten la decisión de prescindir de las PCD, ya sea mediante métodos eugenésicos, o mediante la marginación de las mismas.

Dentro de este modelo, pueden distinguirse dos clases de paradigmas o sub-modelos, que tienen los mismos presupuestos del modelo de la prescindencia. A uno de ellos se le denomina, el *sub-modelo eugenésico*, “situado en la antigüedad clásica, donde tanto la sociedad griega como romana, basándose en motivos religiosos y políticos, consideraban inconveniente el desarrollo y crecimiento de niños con diversidad funcional” (PALACIOS, El modelo social de la discapacidad, 2015). En estas situaciones, se decidía por la implementación de prácticas eugenésicas, como el infanticidio en el caso de niños y niñas con diversidad funcional, basado en la concepción de que una vida con discapacidad no merecía la pena ser vivida, aunado a la idea de “carga” que estas personas traerían tanto a los familiares, como a la sociedad.

A esto se le suma otro paradigma denominado el *sub-modelo de la marginación*, ubicado en la Edad Media, “en donde las personas con discapacidad se encontraban insertas dentro del grupo de pobres y marginados, signadas por un destino marcado esencialmente por la exclusión (...) además del hecho de considerar a la diversidad funcional como una situación inmodificable, originaba que sea aceptada con resignación” (PALACIOS, El modelo social de la discapacidad, 2015). En este sentido, ya sea por menosprecio o por miedo, la exclusión parecía ser la respuesta social que generaba mayor tranquilidad dentro de las comunidades en esa época.

Posteriormente, se adoptó el “**modelo rehabilitador**”, o “**modelo médico**”, que partía de la premisa que la discapacidad era una cuestión médica e individual, cuya causa son esas limitaciones que padecían estas personas, entendidas como enfermedades que debían ser curadas. Por lo tanto, “lo que se pretendía era tratar tal deficiencia con el objetivo de



rehabilitar a esas personas e incorporarlas a la sociedad. El ser «discapacitado» se consideraba como un ser enfermo que había que normalizar. Si no era posible una adaptación suficiente había que segregarlo, lo que daba lugar, entre otras cosas, al sistema de centros especiales” (FERNANDEZ, 2017).

Siguiendo la misma línea, se entiende que, si bien estas personas dejaban de ser vistas como innecesarias, ello será así, en la medida que puedan ser rehabilitadas, teniendo como principal objetivo, el normalizar a las PCD, lo que implicaba conjuntamente la necesidad de desaparecer esa deficiencia, o en último de los casos, ocultarla. Esto se expresaba en la visión de la discapacidad como una enfermedad, que, por lo tanto, debía de ser curada, o tratada por los profesionales de la salud, lo que requería tratamientos médicos individuales. No obstante, esto traía una serie de complicaciones para las personas que no se ajustaban a esos estándares de normalidad, como el caso de las personas con discapacidad mental o intelectual, lo que traía como consecuencia, su internamiento forzado en centros psiquiátricos, como un medio de tratamiento, y bajo la idea de querer curarlos y eliminar deficiencia, siendo este un problema de la persona. Conjuntamente con esta idea, también se observaba restricciones de derechos, por motivos de “incapacidad mental”, basados en nociones paternalistas de las mismas sociedades.

Teniendo todos estos antecedentes históricos de la concepción de la discapacidad, que logra justificar la necesidad de adoptar un modelo que proyecte la autonomía de las PCD, eliminando cualquier noción de menosprecio o rechazo, o que estas sean vistas como formas de asistencia social. De esta forma, se introduce el **Modelo Social de la Discapacidad**, que construye una visión donde “la cuestión problemática se traslada del individuo a la sociedad, que es la que impone las limitaciones que llevan a la exclusión y a la discriminación. Tales limitaciones no son naturales ni insalvables, sino que son producto de una construcción social, por lo que la persona con discapacidad no es un enfermo sino un ciudadano más que no tiene que ser «normalizado»” (FERNANDEZ, 2017). Como

consecuencia de ello, no hay necesidad de centrarse en la prevención de la «deficiencia», sino en la prevención de la discriminación, construida por las barreras discapacitantes producto de la misma sociedad (BROGNA, 2009)

En este sentido, dicho Modelo Social de la Discapacidad “parte de la premisa que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad, (...) donde uno de los presupuestos de este modelo es que no son las limitaciones individuales las raíces del fenómeno, sino, las limitaciones sociales para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social” (PALACIOS, El modelo social de la discapacidad, 2015)

Asimismo, este modelo apunta primordialmente a la autonomía de la PCD para tomar decisiones sobre aspectos de su propia vida, y para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera -ya sea legal, social o actitudinal-, con el objetivo de brindar una adecuada equiparación de oportunidades. Esto tiene como base a valores intrínsecos de los derechos humanos, como son, el respeto a la dignidad humana, el reconocimiento de la igualdad ante la ley, la libertad personal, conjuntamente con la aplicación de determinados principios recogidos en un instrumento internacional pertinente para la presente investigación, como lo es la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad, que tiene como principios fundamentales, el derecho a la vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, participación, e igualdad de oportunidades.

#### **4.1.1.2 Concepto de discapacidad**

A partir del modelo social de la discapacidad, se realiza una distinción entre deficiencia y discapacidad, en donde el primer término hace referencia a un órgano con problemas de funcionamiento, físico o mental,

mientras que la segunda noción abarca restricciones o barreras sociales que aíslan y excluyen a las PCD de una participación plena en la sociedad. De esta manera, resulta imperioso comprender que la discapacidad no se agota en la “deficiencia” en sí misma de la persona, sea esta física o mental, y con carácter de permanente. Ello, debido a que se parte de la premisa que, la discapacidad no es en sí misma una enfermedad, ni tampoco un sinónimo de incapacidad, sino más bien, respecto al tema de deficiencia, a esto se le suma el elemento de barrera, pudiendo encontrarse en una norma, o en el mismo entorno, referentes a los temas de accesibilidad, o hasta ser barreras sociales, impuestas por la misma sociedad. De esta manera, se deberá comprender a la discapacidad como la suma de una deficiencia de la persona, más la existencia de una barrera, que configuraría un impedimento para que estas personas puedan tener una participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás.

Lo anteriormente mencionado se deduce del contenido del artículo 1 de la CDPCD, mediante el cual señala que:

*“Las personas con discapacidad incluyen 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”*

En el caso materia de análisis, la agraviada de iniciales A.C.CH, de 27 años de edad presentaba una discapacidad intelectual que, de acuerdo al Protocolo de Pericia Psicológica practicado a dicha ciudadana, se concluyó que la peritada presentaba un Retardo Mental Moderado, y un cuadro de Esquizofrenia. La noción general de la discapacidad en el presente caso hace referencia a una “discapacidad mental”, la cual es un concepto que incluye tanto la discapacidad intelectual, como la discapacidad psicosocial. En ese sentido, “se considera discapacidad intelectual aquella originada en la deficiencia temporal o permanente de

una persona que presente limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual como en el comportamiento adaptativo. (por ejemplo, una persona con Síndrome de Down, o una persona con retardo mental). Por su parte, se entiende por discapacidad psicosocial aquella originada en la deficiencia temporal o permanentemente de una persona en su forma de pensar, relacionarse o interactuar (por ejemplo, una persona con esquizofrenia, una persona con trastorno bipolar, o una persona con síndrome de Asperger)” (BREGAGLIO & RODRIGUEZ, 2017)

En ese sentido, desde una visión preliminar, la ciudadana de iniciales A.C.CH. (27) al presentar un retardo mental, asociado también a un cuadro de esquizofrenia, es considerada como una PCDI, susceptible de ser sujeto pasivo del delito de “Violación de Persona en Incapacidad de Resistencia” vigente al momento de los hechos, el cual fue materia de análisis del presente caso. No obstante, a diferencia de la interpretación judicial limitada que realiza la Corte Suprema, consideramos relevante señalar que el análisis del tipo penal del Artículo 172° CP, al encontrarse dentro del libro de delitos contra la Libertad Sexual, , se deberá realizar la determinación de si hubo o no un consentimiento de la víctima para realizar el acto sexual mencionado, justamente porque el bien jurídico tutelado en los delitos sexuales, referentes a personas mayores de 14 años, es la Libertad Sexual de una persona, entendida como “la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad” (Acuerdo Plenario N°04-2008/CJ-116, 2008).

De esta forma, a efectos de poder determinar si existió o no consentimiento por parte de la víctima a realizar el acto sexual y concluir si existió efectivamente un abuso sexual por parte del imputado, se deberá primero establecer si la agraviada de iniciales A.C.CH (27) en su calidad de PCDI, contaba con una capacidad jurídica para poder disponer sobre su libertad sexual. Por estos motivos, a continuación, se procederá a desarrollar la institución de la capacidad jurídica de las PCD, de acuerdo a los instrumentos internacionales suscritos por el Perú, que realizan un

reconocimiento de este derecho a todas las personas, presenten o no algún tipo de discapacidad.

#### **4.1.2. Nociones básicas de la capacidad jurídica**

La noción de “capacidad jurídica” es un concepto que presupone la capacidad de ser un titular de derechos y obligaciones, pero además supone la capacidad de ejercer dichos derechos y contraer obligaciones por sí mismos (PALACIOS, El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2008). Asimismo, se entiende que la capacidad jurídica abarca, por un lado, la capacidad de derecho, o goce que es inherente al ser humano y, por lo tanto, no puede ser restringido. Y a su vez, abarca también la capacidad de obrar, o de ejercicio, que se entiende como la capacidad de desenvolverse en la vida jurídica, administrando bienes y celebrando actos y contratos que implican contraer obligaciones (PALACIOS, 2008).

Con la regulación del artículo 12 de la CDPCD<sup>1</sup>, se reconoce a las PCD, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, señalando expresamente que toda PCD ostenta una capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de la población. No obstante, conforme lo descrito por el Comité CDPCD en la Observación General N°1, con dicho instrumento internacional no se está estableciendo derechos adicionales a favor de las PCD, sino que, simplemente se estaría describiendo los elementos específicos que los Estados partes deben tener en cuenta para garantizar a las PCD, el derecho a la igualdad ante la ley, en igualdad de condiciones con las demás (Comité CDPCD, 2014).

Ello en razón que, mucho antes de la entrada en vigencia de la CDPCD en el Perú, de acuerdo al derecho internacional de derechos humanos, no existe ninguna circunstancia que permita privar o limitar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley, sin importar si

---

<sup>1</sup> La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad entró en vigor para el Estado peruano el 03 de mayo de 2008

presenta o no una discapacidad. Esto se puede ver reflejado en la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>2</sup>, que de acuerdo a su artículo 6, *“todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”*; en concordancia con el artículo 7, que señala que *“todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”*.

De la misma forma, de acuerdo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>3</sup>, según su artículo 3, *“los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”*. Asimismo, en el artículo 16 reconoce que, *“todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”*.

Adicionalmente, conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>4</sup>, toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, en atención al artículo 3; y en concordancia con ello, en el artículo 24 del mismo cuerpo normativo, se establece que todas las personas son iguales ante la ley, y, en consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igualdad protección de la ley.

Finalmente, de acuerdo a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)<sup>5</sup>, el numeral 1 del artículo 15, establece que *“los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley”*, y en el numeral 2 del mismo artículo, se señala lo siguiente:

---

<sup>2</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948

<sup>3</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado y proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas, y entró en vigor el 23 de marzo de 1976

<sup>4</sup> Convención Americana de Derecho Humanos entró en vigor el 18 de julio de 1978

<sup>5</sup> Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer fue suscrita por el Estado peruano el 23 de julio de 1981

*“Los estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales” (CEDAW, 1979) (el subrayado y cursiva es nuestro)*

En ese sentido, atendiendo a la normativa internacional anteriormente mencionada, se puede concluir que, en el marco jurídico internacional, el cual forma parte del derecho nacional, se establece el reconocimiento de la capacidad jurídica para todas las personas, en atención al principio de igualdad ante la ley, que permite reconocer la personalidad jurídica a todos los ciudadanos sin distinción alguna.

No obstante, en la práctica jurídica, pese al reconocimiento internacional de derechos en igualdad de condiciones para todos, de todas formas, han existido controversias acerca si una PCD, en especial una que presente discapacidad intelectual, pueda o no tener capacidad jurídica que le permita desenvolverse libremente en igualdad de condiciones dentro de una sociedad. Ello, a raíz de demandas de ciertos grupos, como cuidadores o familiares de las PCD que, en base a consideraciones de cuidado y protección, reclamaban un modelo de sustitución de voluntad en la toma de decisiones, mediante figuras como la tutela. Sin embargo, se critica que dicho mecanismo fue construido sin consultar a las PCD, y desde donde se asume que algunas personas por razón de su discapacidad, no tendrían la capacidad para tomar decisiones jurídicamente vinculantes, que afecten directamente su propia esfera jurídica.

A raíz de ello, con la entrada en vigencia de la CDPCD, se adoptó un cambio de paradigma en el que exista un reconocimiento expreso que todas las personas tienen igual capacidad jurídica, sin realizar ninguna distinción basada en la discapacidad. De esta forma, consideramos que

un aspecto fundamental para que la PCD pueda tener las herramientas necesarias para gozar de autonomía y vivir una vida independiente, se encuentra relacionado con el reconocimiento de la capacidad jurídica, regulado en el artículo 12 de la CDPCD, el cual regula lo siguiente:

*“Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*

*1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*

*2. 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*

*3. 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*

*4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica 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. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.*

*5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos*



*económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria” (CDPCD, 2008)*

De esta manera, “desde el modelo social, se aspira a que las personas con discapacidad no sean impedidas de dicho ejercicio a través de técnicas de sustitución de su voluntad, sino que, al contrario, se les brinde los mecanismos de desarrollo de dicho ejercicio a través de medidas de asistencia” (PALACIOS, El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2008), a efectos de no limitar el ejercicio de derechos de las PCD.

De esta manera, se advierte que, desde la vigencia de la CDPCD, el modelo social de la discapacidad, parte del reconocimiento de la igualdad en la capacidad jurídica entre personas con o sin discapacidad, motivo por el cual, se hace referencia, a la temática de la capacidad jurídica, como una condición *sine qua non* a los efectos del goce y ejercicio de todos los derechos, en igualdad de oportunidades (PALACIOS, El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2008).

En ese sentido, el marco legal establecido por el artículo 12 contempla un cambio de paradigma a la hora de regular la capacidad legal de las personas con discapacidad, especialmente en aquellas situaciones en las cuales puede resultar necesario algún tipo de intervención de terceros, cuando la persona tiene limitaciones o restricciones para tomar decisiones propias. De esta forma, se elimina el modelo de sustitución de la voluntad, para adoptar un modelo de asistencia en la toma de decisiones; y en donde la capacidad jurídica implique una igualdad de

condiciones que, por un lado, conlleve ser un verdadero sujeto de derechos, y como correlato, también ser un sujeto titular de obligaciones.

Aunado a ello, es pertinente mencionar que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Observación General N°01, realizó un desarrollo para la interpretación del artículo 12 de la CDPCD, norma que regula la capacidad jurídica de las PCD, en donde señala que dicha norma se funda en los principios de la Convención, haciendo referencia por un lado, a la dignidad humana, y a la autonomía individual de la persona de poder tener la libertad de tomar sus propias decisiones, en un ámbito de independencia, y, por otro lado, también postula el respeto por la diferencia y aceptación de las PCD como parte de la diversidad humana de una sociedad.

Respecto a este punto, cabe precisar que el Comité CDPCD es muy enfático al reafirmar que el hecho que una persona tenga alguna discapacidad (incluyendo una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial), ello no debe ser nunca el motivo por el cual se le niegue la capacidad jurídica a una PCD, ni ningún otro derecho establecido en el artículo mencionado; justamente porque el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley -establecido a partir de tratados internacionales suscritos por el Estado peruano, incluso antes de la vigencia de la CDPCD- entraña que la capacidad jurídica es un ámbito universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana, y debe mantenerse para las PCD en igualdad de condiciones con las demás, toda vez que la capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de derechos civiles, políticos, económicos, sociales, y culturales, lo cual adquiere aun mayor relevancia cuando versan sobre la esfera de la PCD, al momento de tomar decisiones, en cualquier aspecto de su vida diaria (Comité CDPCD, 2014, fundamento 8)

Por las consideraciones anteriormente expuestas, es posible concluir que al momento de la resolución del caso materia de análisis por parte de la autoridad judicial, toda PCD poseía una capacidad jurídica, reconocida

por tratados internacionales suscritos por el Estado peruano que, de acuerdo al artículo 55 de la Constitución Política del Perú, “*los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional*”; en concordancia con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Peruana vigente, la cual establece que “*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*”.

En ese sentido, se podrá afirmar que, toda PCD incluyendo la agraviada de iniciales A.C.CH, a la fecha de la resolución del caso, tenía capacidad jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, en igualdad de condiciones con las demás personas, en todos los aspectos de su vida, lo cual incluye en efecto, la capacidad jurídica de una persona de poder autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad; motivo por el cual, se concluye que toda PCD, sin importar el tipo de discapacidad que presente, tiene capacidad jurídica para disponer sobre su libertad sexual, conforme no solo desde la mirada del Modelo Social de la Discapacidad introducida por la CDPCD, sino además, gracias al reconocimiento de personalidad jurídica sin distinción alguna que realizan una serie de tratados internacionales de obligatorio cumplimiento para el Perú.

**4.2 Segundo Problema Jurídico:** ¿La Corte Suprema del Perú debió realizar una interpretación del artículo 172° del Código Penal conforme a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad?

**4.2.1 Análisis del término “retardo mental” como elemento normativo del tipo penal**

En el presente caso, el Ministerio Público presentó una serie de medios probatorios, entre ellos, un protocolo de pericia psicológica, y declaraciones de peritos psicológicos y psiquiátricos, que concluyeron que la agraviada de iniciales A.C.CH. de 27 años de edad, presentaba el diagnóstico de “retardo mental moderado” asociado a un cuadro de esquizofrenia. En ese sentido, atendiendo a que el término de “retardo

mental” constituye un elemento normativo del tipo penal bajo análisis, consideramos imprescindible comprender a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos que la peritada presenta dicho diagnóstico, a efectos de realizar una debida interpretación del tipo penal, caso por caso, y si es posible determinar que en la práctica toda PCDI ostenta una capacidad para disponer sobre su vida, hasta incluso sobre su libertad sexual.

De esta manera, para la presente investigación, se realizó una entrevista a un Perito Psicológico Forense del Ministerio Público, a efectos de coadyuvar a la comprensión del término “retardo mental”, como elemento constitutivo para la configuración del delito de Violación de Persona en incapacidad de resistir, vigente al momento de los hechos.

**DECLARACIÓN DE PERITO PSICÓLOGO JUAN CARLOS  
QUILICHE VARGAS**

**IDENTIFICACIÓN DEL DECLARANTE:**

<b><i>Nombres y apellidos</i></b>	<i>Juan Carlos Quiliche Vargas</i>
<b><i>DNI N°</i></b>	<i>40236214</i>
<b><i>Teléfono</i></b>	<i>971145890</i>
<b><i>Domicilio laboral</i></b>	<i>Jr. San Martín 1234 – Lamas – Distrito Fiscal de San Martín</i>
<b><i>Correo electrónico</i></b>	<a href="mailto:jquiliche@mpfn.gob.pe"><i>jquiliche@mpfn.gob.pe</i></a>

***PREGUNTAS FORMULADAS PARA LA ENTREVISTA:***

- 1. PARA QUE DIGA: ¿A QUE ACTIVIDAD LABORAL SE DEDICA, DONDE Y DESDE CUANDO? Dijo: Actualmente soy psicólogo forense, trabajo en la División de Medicina Legal de Lamas desde el 2010 hasta la fecha***
- 2. PARA QUE DIGA: ¿CUANTOS AÑOS TIENE EJERCIENDO LA PROFESIÓN DE PSICÓLOGO, Y CUANTOS AÑOS EN LA ESPECIALIDAD DE PSICOLOGÍA FORENSE? Dijo: Como psicólogo***

*desde el 2005, cinco años en el ámbito clínico, hasta el 2010, y desde el 2010 a la fecha, dedicado al área forense*

3. **PARA QUE DIGA: ¿A LA FECHA, CUANTOS PROTOCOLOS DE PERICIA PSICOLÓGICA HA REALIZADO SOBRE VÍCTIMAS DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL, QUE PRESENTEN ALGUNA DISCAPACIDAD MENTAL O INTELECTUAL?** *Dijo: Con esa particularidad especial, a lo largo de este tiempo, habrán sido un promedio de unos 20 aproximadamente, podría ser un poco más, no han había tantos casos.*
4. **PARA QUE DIGA: ¿PODRÍA INDICAR LA DIFERENCIA ENTRE DISCAPACIDAD MENTAL Y DISCAPACIDAD INTELECTUAL, O AMBOS SIGNIFICAN LO MISMO?** *Dijo: La discapacidad intelectual es el retraso mental, que es lo que comúnmente se conoce. Y lo otro es un trastorno mental, eso es otra cosa, es una enfermedad en la cual se altera más que nada el funcionamiento mental, no solamente la inteligencia sino varias áreas, principalmente la conciencia. Cuando hablamos de trastornos mentales, una de las áreas que más se altera es la conciencia. Mientras que, en los otros sujetos, lo que se altera es la inteligencia.*
5. **PARA QUE DIGA: ¿QUÉ MÉTODOS E INSTRUMENTOS UTILIZA PARA ELABORAR PERICIAS PSICOLÓGICAS EN PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL, VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL?** *Dijo: A ver, aquí hay que ver dos puntos, he visto niños, adolescentes, y también adultos con este tipo de deficiencia intelectual, bueno si cuento todos los grupos etarios, habré practicado un aproximado de 50 protocolos de pericia a más, yo me estaba centrando solamente en niños. Entonces en niños, un promedio de 20, pero si yo cuento de adultos y adolescentes, podrían pasar los 50 casos a lo largo de este tiempo. En cuanto a la metodología, el instrumento base que utilizamos en el ámbito forense es la Entrevista Clínica Forense, siempre se ha utilizado eso para contrastar con otras técnicas como, por ejemplo, la observación, la conducta, y posterior a eso también se utilizan los instrumentos, en este caso, de inteligencia para contrastar realmente a nivel psicométrico, cuanto tiene de manera objetiva, esta menor o persona adulta. Generalmente se utiliza la escala Wechsler, en algunos casos, de acuerdo a las*

características, puede ser también otros instrumentos, como podría ser, por ejemplo, el test de California, el test de Beta III, o el de matrices progresivas que son instrumentos específicos para medir inteligencia

6. **PARA QUE DIGA: ¿Y ESTOS TEST PARA MEDIR INTELIGENCIA, CON QUÉ FIN LOS REALIZA? ¿PARA MEDIR LA EDAD MENTAL DE UNA PERSONA? Dijo:** Para sacar su coeficiente intelectual, que es uno de los criterios que uno debe tener en cuenta para afirmar que una persona presenta un nivel de retraso, o lo que se denomina discapacidad intelectual. Hoy en día ya no se utiliza ese término de retraso mental, sino que se utiliza el término de discapacidad intelectual. Estas son personas que tienen esta facultad de desventaja social, que principalmente a nivel de su funcionamiento intelectual, que está por debajo del promedio de las personas, se les conoce más que nada como personas con discapacidad intelectual, pero anteriormente se ha llamado esto como “retardo mental”. Y uno de los criterios para ser diagnosticada con este tipo de discapacidad intelectual, esta persona tiene que tener menos de dieciocho años, aunque también puede haber otro tipo de retrasos adquiridos, ya sea por un accidente o alguna lesión, que ya es otra cosa.
7. **PARA QUE DIGA: ¿PODRÍA PRECISAR QUÉ SE ENTIENDE POR EL TÉRMINO DE “RETARDO MENTAL”? Dijo:** una persona que tiene un coeficiente por debajo del promedio. Recordemos que el promedio de una persona normal es de 90 a 110. Estas personas su coeficiente está de 70 hacia abajo. Mientras menos coeficiente intelectual, mayor gravedad del nivel de retraso que tenga. Y si hacemos una equivalencia, por ejemplo, una persona que tiene un retraso mental moderado, su edad mental puede fluctuar en un niño de 06 años hasta 09 años, según lo que nos dice la teoría, esa sería la edad mental, pues esa persona podría tener 18 años o más edad, de repente es adolescente, pero su edad mental de funcionamiento es de un niño de 06 años, por ejemplo. Un nivel de retraso grave, la edad mental es menor a eso, es un niño de 03 a 04 años, para tener la equivalencia. Eso es más que nada para que se pueda entender.
8. **PARA QUE DIGA: ¿PODRÍA DIFERENCIAR LOS TIPOS DE RETARDO MENTAL QUE EXISTEN, Y LAS RESPECTIVAS CARACTERÍSTICAS DE CADA UNO? Dijo:** Claro, le decía que es de

acuerdo al funcionamiento que tenga, y de acuerdo a la capacidad intelectual que hayan obtenido en el test psicométrico. O sea, esa es una de las características principales que uno tiene que ver. SI bien es cierto que encontramos en la clasificación clásica, el retardo mental leve, moderado, grave y profundo que es el que tiene mayor deterioro; en los diferentes niveles van a tener ciertas particularidades en las personas que tiene ese determinado nivel. Por ejemplo, un niño que tenga un retardo mental leve, es capaz de mantener una conversación, o sea tú lo puedes entender, hay ciertas limitaciones, especialmente a nivel abstracto, pero si se puede manejar una entrevista. Algo que de repente es más dificultoso con quien presenta un retardo mental moderado, que responde con monosílabos, porque su nivel de comprensión es mucho mas bajo. Y la persona de nivel de retraso profundo son personas que a veces están postradas, que ya no tienen esa capacidad psíquica de interactuar con su medio. Son personas ya totalmente de su entorno.

- 9. PARA QUE DIGA: ENTIENDO QUE ESO SE REFIERE EN CUANTO A NIÑOS, ¿QUÉ PASA CON PERSONAS YA ADULTAS? Dijo:** Lo que pasa es que ese nivel de retraso se mantiene, no quiere decir que a mayor edad esa persona va a subir de nivel, no. Si una persona es diagnosticada con retardo mental leve, toda su vida va a tener esa capacidad. O si tiene un retardo mental moderado, toda su vida va a tener esa capacidad. No es que con el tiempo mejore, sino que ese es el nivel que siempre lo va a presentar. Recordemos que el retraso mental no se cura.
- 10. PARA QUE DIGA: ¿COMO PODRÍA DIFERENCIAR ENTRE UNA PERSONA CON RETARDO MENTAL LEVE, Y OTRA QUE TENGA UN RETARDO MENTAL MODERADO? Dijo:** Una persona con retardo mental leve, adquiere cierta independencia, puede inclusive a veces conseguir un trabajo, pero en actividades prácticas, no que requieran un esfuerzo tanto académico o intelectual, por ejemplo, actividades sencillas sí las puede hacer, bajo supervisión. A diferencia de una persona con retraso moderado, que son más dependientes, que son personas que requieren más apoyo, por ejemplo, a las justas podría adquirir esas habilidades de cambiarse, asearse, algo con lo que uno con retardo mental

leve sí lo podría hacer, pues podría incluso terminar cierto grado de estudios, que les permitiría adquirir, de forma limitada, estas aptitudes.

**11. PARA QUE DIGA: Y EN ESTA CLASIFICACIÓN CLÁSICA QUE UD MENCIONA, ¿ESO LO TOMAN EN CUENTA AL MOMENTO DE DIAGNOSTICAR A UNA PERSONA? Dijo:**

*Generalmente utilizamos dos clasificaciones, puede ser la del CIE 10 o la del DSM. Generalmente aquí en nuestro ámbito utilizamos el CIE10, que es la Clasificación Internacional de Enfermedades, ahora estamos en la versión 10, aun no se usa la 11. Y ahí tenemos diferentes niveles, desde un nivel de retraso mental leve, hasta un nivel de retraso profundo, que son las categorías que podemos encontrar, pero esto es en base a su CI (coeficiente intelectual)*

**12. PARA QUE DIGA: ¿Y CUAL ES EL MÉTODO ESPECÍFICO QUE UD UTILIZA PARA DETERMINAR QUE TAL PERSONA PRESENTA UN RETARDO MENTAL LEVE, MODERADO, GRAVE O PROFUNDO?**

*Dijo: Uno es la entrevista, pues esta te va a permitir ver el funcionamiento de adquisición de algunas habilidades en la persona. Generalmente vemos todas las áreas, desde su cuidado personal, de su independencia, autonomía, educación, todas las áreas, para ver si hay alguna deficiencia, porque uno de los criterios es que la persona que tiene retraso mental generalmente tiene más de dos áreas en su vida que tiene déficit. Otro criterio es que tenga menos de 70 de capacidad intelectual. Y otro criterio es que sea menor de 18 años. Esos son los criterios que se manejan en el CIE10*

**13. PARA QUE DIGA: RESPECTO AL CRITERIO QUE ME INDICA DE LA INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA, ¿PODRÍA BRINDAR MAYORES DETALLES? Dijo:**

*Lo que pasa es que cuando nosotros exploramos, vemos también su nivel de comunicación, su lenguaje, la adquisición que tiene de comprensión, de elaborar, extraer conceptos, y desde ahí ya nos damos una idea si esta persona presenta o no un nivel de retraso. Por ejemplo, puede ser un niño que tenga 10 años, y capaz su nivel de comunicarse y dialogar sea muy pobre, que a las justas pueda armar frases cortas. Algo que un niño a esa edad arma frases un poco más complejas. Entonces le costaría un poco más entender lo que yo le pregunto, y de ahí nomás ya uno sospecha ese tipo de situación y va explorando, lo*



*cual lo corroboras con una prueba psicométrica, para tener la certeza que una persona tiene retraso. Adicionalmente también se utilizan las entrevistas colaterales, que son entrevistas con los familiares, principalmente los más directos, papá o mamá, para ver cómo ha sido el desarrollo con el nacimiento, porque a veces el retraso mental tiene causas genéticas en algunos casos, a veces ha habido alteraciones a nivel cromosómico, u otros factores que han predispuesto que este menor padezca de un retraso mental. Hay varias áreas, no solo es el área de cuidado personal, sino que más que nada es la interacción que tiene este menor en su funcionamiento con su entorno, a nivel académico, a nivel de aprendizaje, a nivel de autocontrol, etc.*

**14. PARA QUE DIGA: ¿Y SI ESTUVIÉSEMOS HABLANDO DE UNA PERSONA YA ADULTA, SERIAN LOS MISMOS CRITERIOS? Dijo:**

*Claro, las características que van a describir a una persona con un determinado tipo de retraso se van a mantener, puesto que una persona con retraso mental es una persona dependiente de otra, una persona que necesita ayuda. Adquiere algunas capacidades de la vida diaria, pero limitadas. No tiene esa capacidad de repente para buscar fácilmente un trabajo, o independizarse, porque siempre va a tener que estar al cuidado de una persona. Esas características siempre las va a mantener.*

**15. PARA QUE DIGA: ¿PODRÍA PRECISAR QUE SE ENTIENDE POR EL TÉRMINO “LA PERITADA PRESENTA UN CUADRO DE ESQUIZOFRENIA”? ¿EXISTE ALGUNA RELACIÓN ENTRE ESQUIZOFRENIA Y RETRASO MENTAL? Dijo:**

*No, son dos cosas diferentes. El retraso mental está relacionado principalmente con el trastorno del desarrollo, mientras que la esquizofrenia ya es un trastorno mental, trastorno psicótico, que es muy diferente a lo que es un retraso mental. Podría ser que una persona con psicosis tenga un retraso mental, si, o sea, como comorbilidad, pero no quiere decir que toda persona con retraso mental va a ser psicótico, o esquizofrénico. Esto es, una persona con esquizofrenia es posible que pueda presentar un retraso mental, porque respecto a la esquizofrenia, conforme avanza la enfermedad, va deteriorando algunas áreas mentales, por ejemplo, la inteligencia, tu nivel de capacidad va disminuyendo. Al contrario, de una persona que ya padece*

*desde el nacimiento, o lo ha adquirido, esta persona con retardo mental no necesariamente va a desarrollar un cuadro psicótico como la esquizofrenia. La esquizofrenia es una enfermedad genética, con antecedentes genéticos.*

**16. PARA QUE DIGA: ¿PODRÍA SEÑALAR ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE PERSONAS QUE PRESENTEN ESTA ENFERMEDAD DE ESQUIZOFRENIA? Dijo:**

*La esquizofrenia se caracteriza porque hay una alteración a nivel de las funciones superiores, principalmente la percepción, el comportamiento, o al nivel de pensamiento. Se altera básicamente esas áreas, y empieza a tener una ruptura con la realidad. O sea, su desempeño se basa principalmente en lo que a veces fantasiosamente tiene esta persona. A diferencia de un niño por ejemplo que tiene algún retardo mental leve, él sí se da cuenta de lo que hace, de lo que le pasa; en cambio una persona con psicosis no, porque una persona con psicosis se desvincula de la realidad, no sabe muchas veces lo que está haciendo. No hay conciencia, a diferencia de una persona que tiene retraso, que sí tiene conciencia, pero también es disminuida.*

**17. PARA QUE DIGA: ¿ENTONCES SÍ ES POSIBLE QUE UNA PERSONA CON ESQUIZOFRENIA A SU VEZ PRESENTE RETARDO MENTAL? Dijo:**

*claro, es que, si yo evaluó a una persona que ya tiene esquizofrenia desde hace años, como esquizofrenia catatónica, o paranoide, conforme pasen los años, esa persona constantemente se va a ir deteriorando, porque es una enfermedad degenerativa, y su nivel intelectual, de repente, si antes que comience la enfermedad tenía secundaria completa, o superior, cuando uno lo evalúa a nivel intelectual, los niveles van a estar por debajo de su desempeño que uno espera en él. Yo he tenido casos, cuando trabajaba en el Hospital Noguchi, que llegaban chicos ya universitarios o profesionales, al servicio de rehabilitación, con este diagnóstico, y si se veía en su forma de interactuar y a nivel intelectual, había una pobreza, pero como deterioro de la misma enfermedad.*

**18. PARA QUE DIGA: ¿QUÉ TIPOS DE ESQUIZOFRENIA EXISTEN? Dijo:**

*Existen varios subtipos, la Paranoide, la esquizofrenia simple, la catatónica, la indiferenciada, la residual, la hebefrénica que es la más dañina, y eso generalmente empieza en la adolescencia. Mientras más temprano empieza la esquizofrenia, mayor es el deterioro. Existen varios*

tipos, pero la más común es la Paranoide. Por ejemplo, en algunos casos de esquizofrenia, tiene como con morbilidad, el retraso mental. Cuando hablamos del término “con morbilidad” nos referimos que presenta paralelamente otra enfermedad. Entonces, habría un diagnóstico principal que sería la esquizofrenia, pero paralelamente, podría tener otros cuadros clínicos, como, por ejemplo, el retraso mental, u otras patologías más

**19. PARA QUE DIGA: ¿QUÉ CARACTERÍSTICAS DEBERÍA TENER UNA PERSONA QUE HA SIDO DIAGNOSTICADA CON ESQUIZOFRENIA, Y A SU VEZ, CON UN CUADRO DE RETARDO MENTAL MODERADO? Dijo:**

*En la esquizofrenia como mencioné, hay una ruptura con la realidad, esa es una de las principales características, hay una alteración a nivel de unos procesos mentales, como por ejemplo la percepción que es la más común, empiezan a escuchar voces, o también, de repente hay un control a nivel de pensamiento, piensan que otras personas controlan su pensamiento; a nivel de comportamiento, hay un comportamiento desadaptativo, en algunos casos hasta impulsivo, pero generalmente hay un desajuste con la realidad, eso es lo que caracteriza un esquizofrénico. En algunos casos hay déficit de algunas funciones, y en algunos casos, hay un aumento en dichas funciones. Y por lo general se dan en personas adultas, salvo la hebefrénica que comienza alrededor de los 15 años, con respecto a la esquizofrenia.*

**20. PARA QUE DIGA: ¿LA ESQUIZOFRENIA QUE TIPO DE DISCAPACIDAD SERÍA? Dijo:**

*Sería una discapacidad mental, pues está dentro de los trastornos mentales.*

**21. PARA QUE DIGA: ¿EL RETRASO MENTAL QUÉ TIPO DE DISCAPACIDAD SERÍA? Dijo:**

*Uno tiene que ver con la parte de la inteligencia, el retardo mental tiene que ver con procesamiento, con aprendizajes. Es una persona que le cuesta ir al ritmo de otras personas, su pensar es mucho más lento. En cambio, el esquizofrénico no, pues el esquizofrénico actúa de acuerdo a esas percepciones o alteraciones de pensamiento que tengan. Por ejemplo, un esquizofrénico puede pensar que del televisor le mandan mensajes, y actúa de acuerdo a esos mensajes, sus pensamientos son controlados por eso, o de acuerdo a sus alucinaciones que tiene.*

- 22. PARA QUE DIGA: ¿NO SERÍA CONTRARIO TENER UN DIAGNOSTICO QUE DETERMINE QUE, UNA PERSONA TIENE RETARDO, ESTO ES, QUE LE CUESTA EL APRENDIZAJE, PERO SÍ ES CONSCIENTE, Y A LA VEZ, QUE SEÑALE QUE TAMBIÉN ES UN ESQUIZOFRÉNICO, ESTO ES, QUE PRESENTA UNA RUPTURA CON LA REALIDAD?** *Dijo: No, porque cuando uno habla de retardo mental, específicamente habla que tu capacidad intelectual no es como los demás, está por debajo de lo normal. Comúnmente una persona tiene entre 90 a 110 de Coeficiente Intelectual. Pero lo que pasa en la esquizofrenia es que la parte intelectual, conforme avanza la enfermedad, también se va deteriorando, por eso es que también a veces se le suma que presenta un nivel de retraso, pero ahí ya sería adquirido, por la enfermedad que padece. Es como una persona por ejemplo que tiene un accidente, que se rompe la cabeza, tiene un TEC moderado, severo, y se recupera, y comienza a no tener esa capacidad funcional o intelectual que tenía antes, de repente se olvida sumar, o realizar algunas ecuaciones que antes sí hacía, y ahí tendría un nivel de retraso, en algunos casos reversible, y en otros, irreversible. Pero no es que toda persona con esquizofrenia va a tener necesariamente un retraso, sino que, algunos lo desarrollan si es que no reciben un tratamiento oportuno, deviniendo en que su capacidad intelectual pueda bajar.*
- 23. PARA QUE DIGA: ¿EN QUE CASO UN RETRASO PODRÍA SER REVERSIBLE?** *Dijo: En casos por ejemplo de lesiones, pero cuando son daños a nivel orgánico, ya es bien difícil.*
- 24. PARA QUE DIGA: ¿Y QUÉ ES LO QUE INFLUYE QUE UNA PERSONA CON ESQUIZOFRENIA, TAMBIÉN PRESENTE UN RETRASO, Y EN OTROS CASOS NO?** *Dijo: En este caso, sería un retraso mental adquirido, por enfermedad (esquizofrenia que no ha sido tratado oportunamente), a diferencia del retraso mental por desarrollo, que generalmente se da más en niños. Como dije, los criterios son que, para ser diagnosticado con retraso mental, generalmente tiene que ser una persona menor de 18 años. Pero después de esa edad, hay que determinar si esa deficiencia intelectual puede deberse a una demencia también, no necesariamente a un retraso, o puede ser a consecuencia de un cuadro*

*psicótico, hay varios factores que hay que diferenciar. Es muy complejo, analizar a una persona que tiene algún retraso mental, o trastorno del desarrollo, tienes que explorar varias aristas, no solamente centrarte en una de ellas.*

**25. PARA QUE DIGA: DURANTE UNA EVALUACIÓN PSICOLÓGICA, ¿ES POSIBLE DETERMINAR QUE TIPO DE RELATO PRESENTA LA PERSONA CON RETARDO MENTAL (EN TÉRMINOS DE COHERENCIA DEL RELATO)?**

*Dijo: con respecto a la consistencia, si es posible determinar a nivel gestual con lo que va expresando, pero para eso tenemos que explorar varios aspectos, con respecto a lo que ha vivido, con respecto de haber sido violentado sexualmente. A veces su campo de experiencia, te empieza a contar cosas que no es normal que un niño a esa edad tenga ese tipo de conocimientos. Por ahí ya se tiene un indicio, y eso los vas contrastando con otras cosas más, pero es limitado*

**26. PARA QUE DIGA: ¿LO MISMO PASA CON MUJERES ADULTAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL?**

*Dijo: claro, lo que se puede tener más información, y más consistencia, es de repente con una persona que tenga un retraso mental leve, que se asimila a un niño de 08 o 09 años, que a esa edad, es un ser que tiene una capacidad para contar, sobre qué es lo que ha pasado, donde ha sucedido, y pueda dar más características; a diferencia de una persona con retraso mental moderado, que a veces, me ha tocado casos, que no tienen capacidad expresiva, o que a veces a todas las partes del cuerpo le dicen el mismo nombre, y ahí su nivel de comunicación es bien pobre y no puedes establecer a veces un vínculo de consistencia o no, porque no trasmite a veces lo que realmente ha vivido; a diferencia de uno que tenga un retraso leve por ejemplo, ahí sí se podría manejar.*

**27. PARA QUE DIGA: ¿Y ESTA CARACTERÍSTICA DE LA COMUNICACIÓN QUE ES UN POCO POBRE EN RETARDO MODERADO, ES INTRÍNSECO A ESTE NIVEL DE RETRASO, O VA A DEPENDER DE LA PERSONA?**

*Dijo: Es variable. Pero generalmente es muy limitado, su nivel de comprensión en una persona con retraso moderado, va a depender de algunas características o factores, ambientales a veces, o del hecho que uno haya tratado de estimular en el sujeto. Pero*

generalmente se encuentra ese déficit para interactuar. Su nivel de comprensión no va a ser el que uno espera

- 28. PARA QUE DIGA: ¿PODRÍA PRECISAR HASTA QUÉ PUNTO UNA PERSONA CON RETARDO MENTAL PUEDE DISPONER SOBRE ACTIVIDADES COTIDIANAS DE SU VIDA? Dijo:** Siempre va haber una limitación. Una persona que ya ha sido diagnosticada con retraso, con retardo mental en este caso, ya es una persona que está en desventaja social con otros, siempre son personas dependientes, tienen un tope, a nivel académico, por ejemplo, a lo mucho y con esfuerzo pueden culminar la primaria. Después de eso, ya les cuesta bastante, por eso repiten constantemente. Por eso es que, generalmente son personas que necesitan supervisión de un tercero, ya los limitas socialmente, esa es una desventaja en ellos.
- 29. PARA QUE DIGA: ¿Y LO ANTERIORMENTE SEÑALADO DEPENDE DEL NIVEL DE RETARDO QUE PRESENTEN? Dijo:** Si, depende del nivel de retardo que tenga.
- 30. PARA QUE DIGA: ¿HASTA QUE PUNTO UNA PERSONA CON RETARDO MENTAL PUEDE DISPONER SOBRE SU SEXUALIDAD? Dijo:** Generalmente no hay esta capacidad para decidir, generalmente son muy manipulables. Así tengan 20 años o más edad, es como si estuvieras tratando con un niño, es fácil engañarlo, manipularlo, seducirlo, pues no tiene esa capacidad de análisis, o de juicio para determinar si es bueno o malo lo que está haciendo
- 31. PARA QUE DIGA: ¿EN UNA ENTREVISTA PSICOLÓGICA, ES POSIBLE EVALUAR LA CAPACIDAD SEXUAL DE UNA PERSONA CON RETARDO MENTAL? Dijo:** Capacidad sexual es más que nada un término médico, que generalmente este tipo de exámenes lo hace Medicina. Lo que hacemos nosotros es que generalmente evaluamos cómo es el desarrollo psicosexual, la parte cualitativa, mas que nada los patrones de comportamiento frente a lo que ha sido su sexualidad. Porque hablar de capacidad sexual se refiere más que nada a temas más físicos, por ejemplo, el nivel de excitación, erectibilidad, etc, eso ya es otra cosa.
- 32. PARA QUE DIGA: RESPECTO A ESTOS ASPECTOS PSICOSEXUALES DE UNA PERSONA, POR EJEMPLO, UNA**

**PERSONA YA ADULTA, VÍCTIMA DE PRESUNTA VIOLACIÓN SEXUAL, ¿ES POSIBLE QUE UD PUEDA DETERMINAR SI TAL PERSONA PUDO CONSENTIR O NO?** *Dijo:* Generalmente, acá el nivel de consentimiento, si es que ha habido total libertad y consciencia para asumir el acto sexual, la verdad si sería un poco difícil determinar si esa persona con retardo mental tiene capacidad para hacerlo, generalmente no la tiene, o a veces está disminuida

**33. PARA QUE DIGA: ¿UNA PERSONA CON RETARDO MENTAL LEVE PODRÍA TENER ESA CAPACIDAD?** *Dijo:* Lo que pasa es que su capacidad de pensar es de esa edad de 08 o 10 años dependiendo la persona, por más que tenga 20 o 30 años, eso no va a cambiar, pues es como si estuvieses interactuando con una persona de 08 o 10 años

**34. PARA QUE DIGA: ¿ES POSIBLE DETERMINAR QUE UNA PERSONA CON RETARDO MENTAL PUEDA CONOCER Y ENTENDER LO QUE SIGNIFICAN LAS PRÁCTICAS SEXUALES?** *Dijo:* Generalmente no tienen ese conocimiento de este tipo de situaciones, a lo mucho, a veces te diferencian que es un niño o una niña, algunas características físicas, pero ir más allá, por ejemplo, el explorar de repente otro tipo de situaciones, es bien pobre en ellos, generalmente no tienen ese conocimiento. Inclusive me han tocado casos que no saben que es una menstruación, uno pregunta cuando fue el último periodo de regla, y no saben qué es eso.

**35. PARA QUE DIGA: CUANDO EL MINISTERIO PÚBLICO TIENE ESE TIPO DE CASOS DE PRESUNTOS HECHOS VIOLENCIA SEXUAL EN AGRAVIO DE MUJERES ADULTAS CON RETARDO MENTAL, ¿QUÉ ES LO QUE SOLICITAN AL PERITO PSICÓLOGO PARA QUE PUEDAN DETERMINAR EN LA VÍCTIMA?** *Dijo:* Uno, nos piden determinar si es que hay afectación psicológica o no, por motivos del caso, como una violación sexual. Pero a la vez te piden determinar si esta persona presenta o no un nivel de retraso mental. Generalmente es eso lo que piden

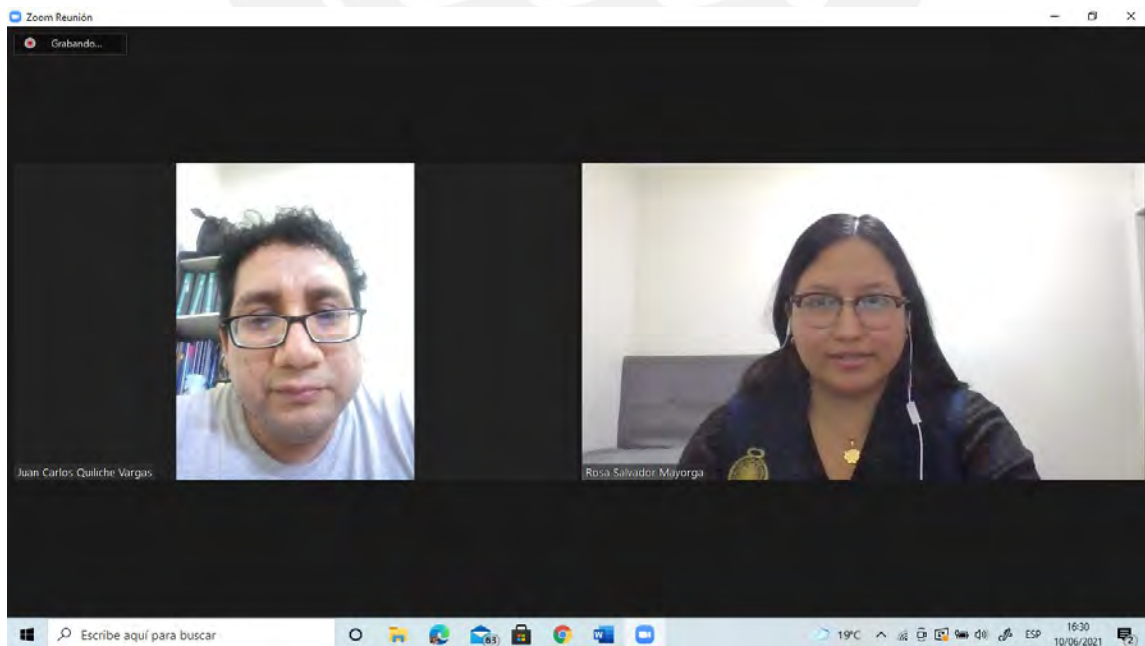
**36. PARA QUE DIGA: ESTANDO A SU RESPUESTA ANTERIOR, ¿EL MINISTERIO PÚBLICO PIDE EXPRESAMENTE DETERMINAR SI DICHA PERSONA PUDO CONSENTIR O NO EL ACTO SEXUAL?** *Dijo:* No, no piden eso. Hablar de un nivel de retraso es como hablar sobre

*el nivel de un niño, que a lo mucho puede llegar a una edad mental de 12 años.*

- 37. PARA QUE DIGA: ¿CÓMO ES POSIBLE DETERMINAR QUE UNA VÍCTIMA DE VIOLACIÓN SEXUAL CON RETARDO MENTAL, PRESENTE AFECTACIÓN PSICOLÓGICA? Dijo:** *Ello se determina de acuerdo a los síntomas que presenta, si es una experiencia muy traumática empieza a desarrollar síntomas, a veces ansiosos, y para eso tiene que cumplir ciertos criterios clínicos, que te van a permitir determinar si presente o no algún tipo cuadro clínico de afectación*
- 38. PARA QUE DIGA: ¿Y CUALES SERIAN ESTOS SÍNTOMAS QUE LA VÍCTIMA PODRÍA PRESENTAR? Dijo:** *Depende del cuadro, no hay un solo cuadro, el más común es el estrés post traumático, o un estrés agudo que tiene varios síntomas.*
- 39. PARA QUE DIGA: ¿ENTONCES SI ES POSIBLE DETERMINAR QUE UNA VÍCTIMA CON RETARDO METAL PRESENTE AFECTACIÓN PSICOLÓGICA QUE NO DERIVE DE SU DISCAPACIDAD, SINO, DEL EVENTO SEXUAL? Dijo:** *Sí, si es posible determinar. Para eso también se utilizan las entrevistas colaterales, porque a veces la persona no te da la información necesaria, pero sí un acompañante, o generalmente son los padres, que a veces te dan síntomas de manera indirecta sobre lo que está aconteciendo en la persona que ha sido violentada. Uno al final va contrastando.*
- 40. PARA QUE DIGA: USUALMENTE EXISTEN CASOS EN DONDE SON LOS FAMILIARES DE LA VÍCTIMAS QUIENES DENUNCIAN PRESUNTOS HECHOS DE VIOLENCIA SEXUAL EN AGRAVIO DE SU HIJO/A, ENTONCES EN SU EXPERIENCIA MÉDICA, ¿HA ENCONTRADO ALGÚN CASO, EN DONDE LA PRESUNTA VÍCTIMA LE HAYA MANIFESTADO QUE ELLA SI CONSINTIÓ, O EN TODO CASO, QUE SÍ ESTUVO DE ACUERDO CON EL ACTO SEXUAL? Dijo:** *Generalmente no utilizan esa terminología de consentimiento. En la experiencia que he tenido, no he encontrado un fraseo de ese tipo, o si quería el acto sexual o no. Generalmente, a veces la persona sí es conocida para la víctima, dice que ha sido su amigo, o vecino, pero no establecen algún tipo de relación sentimental con esa persona.*



- 41. PARA QUE DIGA: RESPECTO A LA PERSONA CON UN CUADRO DE ESQUIZOFRENIA, QUE TIENE ESTA RUPTURA CON LA REALIDAD, ¿ESTA RUPTURA ES CONSTANTE DURANTE LAS 24 HORAS DEL DÍA? Dijo:** *Generalmente la mayor parte del tiempo, si es que no reciben un tratamiento adecuado, va a presentar síntomas, a veces delusivos, de alucinaciones. Pero si reciben un tratamiento farmacológico, puede estabilizarse, puede tener momento o periodos en la cual puede estar estable como cualquier persona, pero siempre va a haber crisis, siempre va a haber caídas, en base a los síntomas que tiene.*
- 42. PARA QUE DIGA: ENTONCES, SI RECIBEN TRATAMIENTO, EN ESOS MOMENTOS EN DONDE LA PERSONA SE ENCUENTRA CALMADA Y LÚCIDA, ¿EN DICHA CIRCUNSTANCIA ES POSIBLE DETERMINAR QUE ESA PERSONA PRESENTE ESE ASPECTO PSICOSEXUAL DE QUERER MANTENER UNA RELACIÓN SEXUAL CON OTRA PERSONA? Dijo:** *Generalmente va a ser un poco complicado determinar si durante el episodio que pasó la situación, esa persona ha estado totalmente lúcida o no. Habría que indagar si esa persona te da la información necesaria que te permita corroborar si ha estado en una completa lucidez durante lo que se ha estado aconteciendo.*



Atendiendo al contenido de la entrevista realizada al Perito Psicológico Forense del Ministerio Público, se puede concluir que las personas con retardo mental tienen una desventaja social que principalmente se encuentra a nivel de su funcionamiento intelectual, el cual está por debajo del promedio de las demás personas. De esta forma, el retardo mental se encuentra relacionado con la parte de la inteligencia, con el procesamiento, y aprendizajes, por lo que es una persona que le cuesta ir al ritmo de otras, dado que su pensar sería mucho más lento. En ese sentido, mientras menos coeficiente intelectual tenga una persona, mayor gravedad tendrá el nivel de retraso que presente.

Aunado a ello, de acuerdo con el perito psicólogo forense, en la clasificación clásica del retardo mental, se pueden encontrar distintos niveles de retardo, tales como el retardo mental leve, moderado, grave y profundo, siendo este último el que presenta mayor deterioro. No obstante, se entiende que la persona va a tener ciertas particularidades en específico, en atención al nivel de retardo que presente; entendiéndose que dicho nivel de retardo se mantendrá a lo largo de su vida.

A modo de ejemplo, se advierte que una persona con retardo mental leve, puede adquirir cierta independencia, puede inclusive conseguir un trabajo, pero en actividades prácticas, en actividades sencillas las cuales sí las puede realizar, bajo supervisión. A diferencia de una persona con otro nivel de retraso, que son más dependientes, que son personas que requieren más apoyo, en adquirir habilidades como el poder cambiarse, y asearse; lo cual, una persona con retardo mental leve sí lo podría hacer, pues podría incluso terminar cierto grado de estudios, que le permitiría adquirir, de forma limitada, estas aptitudes.

De esta forma, se entiende que una persona con algún tipo de retardo mental, va a necesitar algún tipo de apoyo para el desenvolvimiento de actividades en su vida cotidiana, dado que puede tener dichas capacidades, pero de manera limitada. Esto es que, por ejemplo, en el retardo mental leve, si es posible señalar que el individuo puede percibir

y entender lo que se encuentre realizando, o lo que está sucediendo en su entorno.

Asimismo, respecto al relato de las víctimas de violencia sexual, que, a su vez, presenten alguna discapacidad intelectual, de acuerdo con el perito psicológico, sí es posible hablar en términos de consistencia en el relato, dado que es posible determinar a nivel gestual con lo que va expresando.

Finalmente, podemos advertir que, en la práctica jurídica, uno de los criterios que se manejan en el CIE10 para poder afirmar que una persona presenta un retardo mental, es practicar un test para medir la coeficiencia intelectual de la persona, a fin de medir el nivel de retraso que presenta. No obstante, otro método específico para determinar que una persona presenta cierto nivel de retardo, es la entrevista con el psicólogo, puesto que con ello se va a permitir ver el funcionamiento de adquisición de algunas habilidades en la persona. Generalmente se analizan varias áreas, desde su cuidado personal, de su independencia, autonomía, educación, todas las áreas, para ver si hay alguna deficiencia, porque uno de los criterios es que la persona que tiene retraso mental generalmente tiene más de dos áreas en su vida que tiene déficit.

#### **4.2.2 Análisis de la interpretación realizada por parte de la Corte Suprema sobre el artículo 172° del Código Penal**

Desde una visión procesal del caso materia de análisis, la Corte Suprema parte del argumento que, desde la óptica incriminatoria, en el presente caso resultaba necesario la evaluación de aspectos centrales de la personalidad de la agraviada, para lo cual, no solo era necesario tener en cuenta la prueba pericial especializada, sino también, tener en consideración las demás testimoniales e indicios presentados en el proceso penal; hecho que la Sala Penal de Apelaciones no realizó, toda vez que su juicio de valor habría sido alcanzado de forma individual, y aislado de las conclusiones de las pericias psicológicas y sus respectivas ratificaciones en juicio. Máxime, si la Sala en segunda instancia, no fundamentó ningún tipo de argumentación para sustentar que las demás

versiones de testigos no resultaban pertinentes, conducentes, ni suficientes para tener certeza de la enfermedad mental de la agraviada; lo cual, trajo como consecuencia la inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal, como lo es el debido proceso, en relación a la valoración probatoria realizada por la Sala Penal de Apelaciones.

Por otro lado, desde una visión sustancial del tipo penal bajo análisis, la Corte Suprema en el fundamento décimo primero, concluye que el tribunal en segunda instancia habría afectado el principio de legalidad material y procesal, al haber omitido tener en cuenta que, “el Juez Penal debe ser leal al principio de legalidad desde el inicio del proceso, lo que significa que la determinación de los tipos penales debe hacerse conforme a la ley, (...), por lo que para ello deberá realizarse una correcta adecuación del supuesto de hecho al tipo legal preexistente (juicio de tipicidad y subsunción)” (Corte Suprema, 2012).

Ello, en razón que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema analizó el argumento expuesto por el Tribunal Superior, mediante el cual se absolvió al imputado, por motivos que “aun cuando la afectada presenta un cuadro de retardo mental moderado, ello no supone que sea de una intensidad regularmente grave que no le permita conocer o valorar lo que representan las prácticas sexuales, motivo por el cual, no se ha podido determinar la configuración del tipo penal”.

Ante ello, la Corte Suprema precisa en el fundamento jurídico décimo segundo que, “en la norma jurídica mencionada, el agente no necesita desplegar esfuerzo o actividad alguna previa al acto sexual o el análogo, puesto que la víctima es encontrada en una situación tal que está incapacitada de ejecutar actos opositores a la acción del agente, de lo que se vale este para realizar el acto sexual o el análogo” (Corte Suprema, 2012). Por lo que, respecto al hecho materia de denuncia, se entiende que el acusado sometió a la víctima al acto sexual, aprovechándose del retardo mental -adolece de un déficit intelectual serio que le impide

entender a cabalidad lo que ocurre en su medio ambiente- que padece la agraviada, por lo que, de acuerdo con la Corte Suprema, evidentemente ello tipificaría el tipo penal incriminado regulado en el artículo 172° del Código Penal.

Finalmente, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema concluye que 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; caso contrario, se estaría añadiendo otro elemento objetivo que no prevé la norma penal

#### **4.2.2.1 Concepción de la discapacidad basada en estereotipos**

Con la fundamentación que realiza la Corte Suprema, en donde concluye que el retardo mental de la víctima como elemento normativo del tipo penal, no se requiere que sea de una intensidad regularmente grave para su configuración, dicha argumentación trae como consecuencia que, para efectos de la tipificación del artículo 172° CP, bastaría solo con la acreditación del diagnóstico de retardo mental, para automáticamente señalar que nos encontramos frente a la comisión de un delito de violación sexual en agravio de una persona con retardo mental.

Esto trae como consecuencia, no solo una vulneración de una serie de derechos en agravio de las PCDI, sino que, además se le estaría negando a las PCDI, el derecho de tener la capacidad jurídica de poder tomar sus propias decisiones en cualquier aspecto de su vida, lo que, de manera específica, incluye la capacidad jurídica para disponer sobre su propia libertad sexual, conforme lo señalado en el primer acápite de la presente investigación.

No hay que olvidar que históricamente han existido diversos tipos de barreras que han impedido a las PCD el efectivo goce de sus derechos y libertades fundamentales. Y dentro del ámbito sexual como un aspecto central de la vida de cualquier persona, las PCDI han establecido su deseo de poder entablar relaciones sexuales en igualdad de condiciones que las demás personas.

Una de las principales barreras en detrimento del goce de derechos de las PCDI, la podemos encontrar en las barreras legales, en donde las legislaciones sobre la capacidad de consentir en tener relaciones sexuales, puede constituir una barrera para las relaciones íntimas de personas con discapacidades intelectuales, dado que, en algunas legislaciones se criminaliza el hecho de tener relaciones sexuales con una PCDI. En ese sentido, si bien a la fecha de los hechos, en el Código Penal de manera literal no se desprende dicha barrera, de acuerdo con la interpretación de la Corte Suprema, sí podríamos suponer que la interpretación judicial en este caso constituiría una barrera legal para el ejercicio de derechos de toda persona que presente un retardo mental para disponer sobre su libertad sexual, por motivos de su discapacidad.

Dicha interpretación judicial trae como consecuencia que se impregne en la conciencia social el mensaje de que las personas con discapacidades intelectuales no tienen el mismo derecho a la toma de decisiones sobre su sexualidad, que los demás. En ese sentido, consideramos que la Corte Suprema parte de una visión estereotipada de la discapacidad para arribar a dicha interpretación del artículo 172° CP.

En atención a ello, luego de tener en consideración la existencia de antecedentes históricos que constituyeron barreras sociales, legales y actitudinales para el ejercicio de la sexualidad de una PCDI, se tiene como punto de partida, el Movimiento Eugenesico que trajo una serie de prejuicios en la visión de cómo se entendían a las PCD, dado que, las concebían como un peligro para la sociedad, lo cual justificó su segregación y marginación por un largo periodo de tiempo.

El movimiento eugenésico a finales del siglo 19 e inicios del siglo 20, se constituyó como una era estrictamente discriminatoria. Este movimiento consideró que la reproducción por una PCDI era un daño para la sociedad. “La errónea preocupación de dicha reproducción se encontraba en que era considerado una amenaza para la herencia de la inteligencia de la sociedad” (Murphy, 2004). Asimismo, este movimiento causó una clara discriminación y abuso en perjuicio de las PCDI, y también profundizó y facilitó el crecimiento del estigma en relación a que los

efectos de una discapacidad intelectual podrán aun perdurar por largos años más.

Aunado a ello, este movimiento contribuyó a incrementar la segregación en agravio de las PCDI, pero también, “provocó la esterilización obligatoria masiva de mujeres con discapacidad intelectual, teniéndose que, por ejemplo, solo en Estados Unidos, se estima que por lo menos 50,000 mujeres fueron esterilizadas en la primera mitad del siglo 20” (Kempton & Kahn, 1991). Lo anteriormente mencionado son solo algunos ejemplos de cómo se ha venido comprendiendo a la PCD y el ejercicio de su sexualidad.

Por otro lado, otra visión estereotipada que se ha venido realizando, constituye el entender a las PCDI como seres asexuales, los cuales, serían seres que debían ser protegidos del sexo, en donde las PCDI eran percibidas y entendidas como niños perpetuos, los cuales no deberían ser expuestos a “actividades de adultos” (Arstein-Kerslake, 2016). Lo cual, en la práctica, dichos prejuicios no solo son concebidos por parte de la autoridad judicial como en el presente caso, sino también, en muchas ocasiones, son los propios familiares de las PCD los que suelen tratar a sus hijos con discapacidad, como infantes perpetuos, sin importar la edad, y el nivel de independencia que pueden lograr alcanzar a lo largo de su vida.

Dichas nociones de la discapacidad basadas en estereotipos, no pueden justificar de ninguna manera, la restricción de derechos fundamentales previamente reconocidos desde la ratificación de una serie de tratados internacionales por parte del Estado peruano, y, sobre todo, desde la entrada en vigor de la CDPCD, la cual se encontraba vigente al momento que la Corte Suprema expidió la presente Casación.

#### **4.2.2.2. Un análisis entre indemnidad sexual y libertad sexual, y su relación con la capacidad jurídica de las PCD**

Conforme al Acuerdo Plenario N°004-2008/CJ-116, se entiende a la libertad sexual como la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de la sexualidad, y, por otro

lado, entiende a la indemnidad sexual como la preservación de la sexualidad de una persona, cuando no se encuentra en condiciones de decidir sobre su actividad sexual (Acuerdo Plenario N°04-2008/CJ-116, 2008), teniéndose como ejemplo a los menores de 14 años de edad.

En ese sentido, se entiende que el objeto de protección del delito de violación sexual en agravio de una persona mayor de 14 años, es la libertad sexual, el cual es entendida como “la facultad que tiene toda persona para disponer de su cuerpo en materia sexual, eligiendo la forma, el modo, el tiempo y la persona con la que va a realizar la conducta sexual, pues caso contrario, se estarían lesionando el bien jurídico al realizar actos que violentan la libertad de decisión que goza toda persona en el ámbito de su vida sexual (...)” (R.N. N°751-2003-Ayacucho, 2003)

Teniendo ello en consideración, la Corte Suprema al determinar que resulta suficiente solo el probar el diagnóstico de retardo mental para lograr la configuración del tipo penal del artículo 172° CP, con ello da a entender que toda PCDI, sin importar el nivel de retardo que presente, y a causa de su “déficit intelectual”, no tendría la capacidad jurídica para poder entender lo que significa el acto sexual, restándole cualquier noción de autonomía para la toma de decisiones dentro de su esfera sexual. Esto es, realiza una interpretación del tipo penal, sin reconocer la capacidad jurídica que tiene toda PCDI, dado que, en base a estereotipos ya mencionados, percibe a la PCD como un sujeto al que hay que proteger, equiparándolo a un infante, y, por tanto, lo considera como un sujeto que tiene una indemnidad sexual como bien jurídico objeto de protección.

Al respecto, resulta pertinente aplicar lo desarrollado por el Comité CDPCD, en donde señala que “la capacidad jurídica y la capacidad mental son dos conceptos distintos, en donde la capacidad jurídica es la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal), y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar), lo cual resultado imprescindible para lograr una participación verdadera dentro de una sociedad. Por otro lado, 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. No obstante, cabe mencionar que los tratados internacionales anteriormente mencionados, no realizan ninguna distinción entre ambas capacidades; siendo que, incluso el propio artículo 12 de la CDPCD deja en claro que nociones como el “desequilibrio mental” u otras concepciones discriminatorias, no pueden servir como razones legítimas para negar o restar capacidad jurídica; toda vez que los déficits en la capacidad mental no pueden servir como justificación para negar la capacidad jurídica de una PCD (Comité CDPCD, 2014, fundamento 13).

De esta manera, este conflicto entre capacidad jurídica y capacidad mental, resulta problemático dado que se centra en las deficiencias percibidas del individuo, en lugar de explorar la situación dado el momento, el lugar, las circunstancias, y el papel de las otras partes. Ello, debido a que el enfoque principal no se encuentra en conocer qué información estaba disponible, o qué esfuerzos se hicieron por la otra parte para asegurar que el individuo entendió y estuvo de acuerdo con las prácticas sexuales, sino que, muy por el contrario, el momento de la determinación de la capacidad mental, a menudo se encuentra basado en la existencia de una discapacidad intelectual; hecho que potencialmente niega a las personas con discapacidad intelectual, el derecho a la capacidad jurídica de consentir el acto sexual, por motivos del diagnóstico de una discapacidad (Arstein-Kerslake, 2015).

En ese sentido, constituye un error en la interpretación judicial el entender que por motivos de su discapacidad, las PCDI no tendrían las condiciones suficientes para disponer sobre su libertad sexual, lo cual, no solo resultaría discriminatorio, sino que además, dicha interpretación resultaría contraria al contenido expreso de la CDPCD, siendo dicho instrumento internacional de obligatorio cumplimiento para el Estado peruano, al poseer un rango constitucional, y formar parte de nuestro derecho interno.

De los desarrollado en los párrafos precedentes, se entiende que, a partir de la interpretación judicial realizada por la Sala Penal Permanente de la

Corte Suprema, sobre el tipo penal del artículo 172° CP, se derivan una serie de vulneraciones a derechos y libertades fundamentales en agravio de las PCD. En primer lugar, existe una vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación, el cual, “se traduce en un mandato de no discriminación: todas las personas son iguales ante la ley, y no deben ser discriminadas por su raza, sexo, origen, religión, condición económica o de cualquier otra índole; siendo que, dicho mandato de no discriminación se traduce a su vez, en una prohibición de tratamientos diferenciados no justificados entre las personas. Esta prohibición resulta exigible en primer lugar al Estado, pero también a los sujetos privados en cualquier tipo de relación” (Landa, 2017, pág. 30)

En ese sentido, la interpretación judicial realizada en el presente caso, estaría afectando el mandato de igualdad y no discriminación, dado que la Corte Suprema estaría aplicando un tratamiento diferenciado sobre la libertad de disponer que tiene una persona acerca de su libertad sexual, toda vez que excluye a las personas con retardo mental, del ejercicio de dicho derecho, justamente por motivos de su discapacidad.

En segundo lugar, respecto al derecho a la capacidad jurídica, “la Corte IDH, ha señalado que el derecho a la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de derecho. Por tanto, implica el reconocimiento de toda persona como sujeto de derechos y obligaciones, por lo que la violación de aquel reconocimiento hace a la persona vulnerable frente al Estado o particulares. De este modo, el contenido de este derecho se refiere al correlativo deber del Estado de procurar los medios y condiciones para que la personalidad jurídica pueda ser ejercida libre y plenamente por sus titulares, o en su caso, la obligación de no vulnerar dicho derecho” (Volio, 1981). Al respecto, con la interpretación judicial anteriormente descrita, podemos señalar que también se está desconociendo la capacidad jurídica que tienen todas las PCD para ser titulares de derechos y obligaciones dentro de nuestro sistema jurídico, lo cual, trae como consecuencia que no se esté garantizando su autonomía individual, y restringiéndole la libertad de poder tomar sus propias decisiones en base al principio de autonomía

otorgado por la CDCPD. Más aún si se entiende que el reconocimiento de la personalidad jurídica es condición *sine qua non* para el goce y ejercicio de todos los derechos, empero, la interpretación judicial realizada por la Corte, nos muestra nuevamente que a las PCDI se les suele afectar su derecho a la capacidad jurídica, no por motivos de sexo, raza, o condición económica, sino que, se les restringe este derecho ya reconocido por motivos de su propia discapacidad. Frente a ello, consideramos que la capacidad jurídica de estas personas (para disponer de su libertad sexual de manera particular) no debe restringirse por el prejuicio de que no cuentan con la supuesta sabiduría o prudencia para tomar decisiones, sino que, muy por el contrario, este derecho deberá garantizarse conforme al principio del respeto a la dignidad, libertad fundamental, y autonomía de todas las personas, conforme al artículo 3 literal a) de la Convención PCD.

En tercer lugar, con la interpretación que realiza la Corte Suprema, se estaría dando a entender que las PCDI no podrían ser sujetos de derechos sexuales y reproductivos. Frente a ello, se deberá tener en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos reconoce que los derechos sexuales y los derechos reproductivos son derechos fundamentales de todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, sin excepción. En ese sentido, los derechos sexuales comprenden el derecho de todas las personas a “una sexualidad plena en condiciones seguras, así como el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias, y responsables sobre su sexualidad, con respeto a su orientación sexual, e identidad de género, sin coerción, discriminación, ni violencia” (Caribe, 2013).

Por su parte, los derechos reproductivos “comprenden el derecho de todas las personas a la autonomía reproductiva, esto es, al derecho a tener control sobre su cuerpo, su sexualidad, y su reproducción; y, a adoptar decisiones informadas sobre estos aspectos fundamentales de su plan de vida, sin verse sujetas a ninguna forma de violencia, discriminación o coerción (...)” (Cabrera & Casas)

De esta forma, podemos advertir que de lo anteriormente señalado se desprende la obligación estatal de garantizar que las PCD puedan ejercer sus derechos sexuales y reproductivos en condiciones de igualdad y no discriminación. En particular, “esta obligación se traduce en el deber del Estado de eliminar los estereotipos, prejuicios, y prácticas consuetudinarias que dan lugar a formas de discriminación múltiple y/o interseccional contra las mujeres con discapacidad en el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos” (Minieri, 2017, pág. 15)

Por ello es que se aprecia que la interpretación judicial realizada por la Corte Suprema sobre el artículo 172° CPD, niega claramente la posibilidad de que las PCDI puedan ser titulares, y ejercer sus derechos sexuales y reproductivos; lo cual, es contrario al artículo 23° de la CDPCD, mediante el cual se reconoce la libertad de la PCD de formar una familia, y contraer matrimonio en base al libre consentimiento; lo cual refuerza la idea de autonomía y el libre ejercicio de derechos en igualdad de condiciones dentro de una sociedad, motivo por el cual, dicho instrumento internacional regula en su artículo 23 lo siguiente:

*“Artículo 23: Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, 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 (...)*

Finalmente, es pertinente señalar que si bien la Corte Suprema señala que el hecho de analizar si la agraviada presenta un retardo mental de intensidad regularmente grave que no le permita conocer y comprender lo que significa las prácticas sexuales, no constituye un elemento objetivo del tipo penal, no obstante, con la presente investigación se pretende

también señalar que junto al principio de legalidad que debe seguir toda autoridad judicial, esta práctica debe ir siempre acompañada de una interpretación conforme a la Constitución.

Sumado a ello, es preciso mencionar que al momento de la resolución de la controversia por parte de la Corte Suprema, ya se encontraba vigente la CDPCD; motivo por el cual, también resultaba imperante que la autoridad judicial aplique e interprete el presente tipo penal, conforme al mencionado tratado internacional suscrito por el Estado peruano, dado que forma parte de nuestro derecho interno, y en donde si bien en un primer momento, el legislador pudo haber regulado el presente tipo penal desde una visión del modelo eugenésico, o modelo médico de la discapacidad, se debe entender que el derecho no es una institución estática, sino que muy por el contrario, es un sistema dinámico que va cambiando conforme el tiempo en el cual nos encontramos. De esta manera, considero que más allá de tener a un juez como boca de la ley, se debió aplicar el modelo social de la discapacidad, a fin de realizar una interpretación constitucional del presente tipo penal, garantizando con ello derechos de toda PCD.

#### **4.2.3 Propuesta interpretativa del artículo 172° del Código Penal**

Luego de analizar la interpretación que realizó la Corte Suprema en la presente Casación, a modo de recomendación, se expondrá una sucinta propuesta interpretativa del presente ilícito penal.

En primer lugar, atendiendo a la entrevista realizada al perito psicólogo forense del Ministerio Público, somos conscientes de las diversas aristas que debe tenerse en cuenta al momento de determinar que una persona presenta algún tipo de retardo mental, y como ello, también se entiende la magnitud del problema de poder discrepar si una PCDI pudo o no comprender lo que significaba mantener relaciones sexuales con otra, y consentir el acto sexual. Más aún, si existen varios niveles de retardo mental que puede presentar una persona, tales como el nivel leve, moderado, grave y severo, y sus características generales de cada uno de ellos. Sin embargo, hay que tener presente, que no por poseer una

discapacidad, existe fundamento para el recorte de derechos, dado que, a la luz de nuestra propia Constitución, y demás tratados internacionales de los cuales Perú es parte, ello estaría prohibido.

Por ello, en la presente investigación se parte desde la premisa que toda PCD tiene capacidad jurídica, y, el hecho de mantener relaciones sexuales con una PCDI no constituye *per se* un acto de violación sexual que debería ser criminalizado por el derecho penal. No obstante, tampoco se puede obviar las características que conlleva ser una PCDI que presente algún retardo mental, tales como uno que sea grave o severo, que podrá a su vez exigir un apoyo constante para el pleno desarrollo de su vida.

Atendiendo a dichas circunstancias, considero que deberá existir una “presunción de capacidad jurídica” de las PCD para disponer sobre su Libertad Sexual, a fin de no restringir derechos ya reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, no se deberá interpretar el presente tipo penal desde un enfoque en donde se entienda que la PCD por su discapacidad intelectual no pueda comprender lo que significa las prácticas sexuales; sino, sería todo lo contrario, en donde el juez al momento de analizar un caso sobre presunta violación sexual en agravio de una PCDI, deberá partir en primer lugar, desde la comprensión que toda PCD tiene capacidad jurídica para poder tomar decisiones en cualquier aspecto de su vida diaria, incluyendo el ámbito de su libertad sexual.

Para ello, resulta imprescindible que la autoridad judicial realice un análisis caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias en la cuales se suscitaron los hechos. Esto es, desde el punto de vista de la víctima, la Entrevista en Cámara Gesell resulta fundamental para un mayor esclarecimiento de los hechos; así como también, la entrevista psicológica que realiza el perito especializado, a fin de conocer los factores de vulnerabilidad que pueda tener la persona, y los niveles de dependencia que pueda presentar, y el nivel cognitivo que presente al

momento de tomar decisiones sobre cualquier aspecto de su vida, incluyendo el ámbito de su libertad sexual.

En ese sentido, se mantendrá la obligación estatal de eliminar cualquier interpretación basada en estereotipos y prejuicios sobre la noción de la discapacidad, inclusive si ésta proviene de familiares de la víctima, puesto que comúnmente, como ya se mencionó líneas arriba, son los propios familiares de la presunta parte agraviada, quienes denuncian estos tipos de delitos contra la libertad sexual, por motivos de no aceptar que su hijo o hija decida mantener una relación sentimental con otra persona, y ejercer una autonomía para autodeterminarse en el aspecto sexual, y reproductivo, conforme el artículo 23 de la CDPCD.

Finalmente, con la presente propuesta interpretativa no se propone alegar la eliminación del mencionado tipo penal, sino que, se plantea mantener el artículo 172° CP (con la última modificación realizada el 04 de agosto 2018), pero con la interpretación realizada conforme a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que reconoce explícitamente que toda PCD ostenta una capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de la población. Ello, debido a que se tiene en consideración la voluntad del legislador de tipificar una serie de supuestos en los cuales se puede cometer el acto de “Violación Sexual”. Esto es, si bien al tipo penal base sería el mismo para todos los supuestos, se entiende que el nivel de reprochabilidad no es el mismo, en cuanto se abusa sexualmente de una persona, 1) mayor de 14 años y menor de 18 años”, 2) a una persona que el agente ha puesto en un estado de indefensión, o imposibilidad de resistir, por ejemplo, con el uso de narcóticos, 3) a una persona en una situación de dependencia del agente, al encontrarse en un hospital, asilo, o que se encuentre recluida en un centro penitenciario; y 4) a una persona que presente un estado de inconsciencia o retardo mental que no le permita tener un mínimo grado de independencia, que si bien por reconocimiento internacional presenta una capacidad jurídica para ser titular de derechos y obligaciones, por las circunstancias y características personal, se ve impedida de ejercer dichas

aptitudes en el ámbito sexual, lo cual, es aprovechado por el agente para cometer el ilícito penal bajo análisis.

De esta manera, se estaría realizando una *interpretación conforme* a la Constitución, y manteniendo la norma penal, pero con el deber que la autoridad judicial realice una interpretación constitucional, lo cual incluye los derechos reconocidos internacionalmente por el Estado peruano, a favor de toda PCD, velando por su autonomía y por el libre ejercicio de sus derechos fundamentales, en igualdad de condiciones que el resto de personas.

## V. CONCLUSIONES:

- En primer lugar, se ha podido determinar que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema no interpretó el artículo 172° del Código Penal de acuerdo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el cual se encontraba vigente a la fecha de la resolución de la presente sentencia. Esto es, se advierte que la Corte solo basó su razonamiento en determinar que, dado que las pericias psicológicas practicadas a la agraviada concluían que la misma presentaba retardo mental, ello traería como consecuencia la configuración del tipo penal antes aludido.
- No se realizó ningún análisis exhaustivo respecto a si la persona de iniciales A.C.CH., en su condición de agraviada, tenía la capacidad de consentir o no, dicho acto sexual; sino que, muy por el contrario, le resta importancia a las condiciones individuales de la persona respecto a la comprensión de las prácticas sexuales que pueda tener una persona con discapacidad intelectual, y solo bastó que la misma presente un diagnóstico de “retardo mental”, para que *per se*, pueda convertirla en víctima de hechos tipificados en el artículo 172° del Código Penal, vigente al momento de los hechos.
- De acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención de Eliminación de todas las formas de



Discriminación contra la Mujer, se puede advertir el reconocimiento de la personalidad jurídica a todas las personas, sin discriminación alguna, lo cual, a la fecha de los hechos, los instrumentos internacionales anteriormente mencionados, y de obligatorio cumplimiento para el Estado peruano, ya establecían el reconocimiento de la personalidad jurídica de todas las personas, en igualdad de condiciones.

- De manera específica, con la Convención de las Personas con Discapacidad ratificada por el Estado peruano, y vigente en el Perú desde el 03 de mayo 2008, se establece de manera expresa la existencia de capacidad jurídica para todas las PCD, sin importar el tipo de discapacidad que presenten, en base al derecho al reconocimiento de igualdad ante la ley.
- El tipo penal del artículo 172° del Código Penal deberá ser interpretado constitucionalmente conforme a la CDPCD, en donde se reconoce la capacidad jurídica a todas las PCD, para poder tomar decisiones en cualquier aspecto de su vida, incluyendo de manera específica, el poder disponer de su libertad sexual.

## Bibliografía

- Acuerdo Plenario N°04-2008/CJ-116 (Corte Suprema 18 de julio de 2008).
- Ariely, D., & Loewenstein, G. (2006). The Heat of the Moment: The Effect of Sexual. *Journal of Behavioral Decision Making* 19, 87-98.
- Arstein-Kerslake, A. (2015). Understanding sex: the right to legal capacity to. *Disability & Society*. Vol 30 No. 10, 1459-1473.
- Arstein-Kerslake, A. (2016). Understanding sex: the right to legal capacity to consent to sex. *Disability & Society*. Vol. 30 No. 10, 1459–1473.
- BREGAGLIO, R., & RODRIGUEZ, J. (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 entorno a los derechos de las personas con discapacidad* (págs. 119-161). Ciudad de Mexico: UBIJUS Editorial.
- BROGNA, P. (2009). *Visiones y revisiones de la discapacidad*. México: Fondo de Cultura Económica. .
- Cabrera, O., & Casas, X. (s.f.). Marco General: Obligaciones de los Estados en Materia de Derechos sexuales y derechos reproductivos. En PROMSEX, *Los derechos Reproductivos: un debate necesario* (pág. 19).
- Caribe, C. E. (5 de setiembre de 2013). Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo LC/L 3697.
- Comité CDPCD (2014) Observación General N°1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley
- FERNANDEZ, J. (2017). “La reconfiguración del derecho a la educación de las personas con discapacidad” *Fundamentos: cuadernos monográficos de la teoría del Estado, derecho público, e historia constitucional*. . España: año 2017, número 9, pp. 393-424.
- Hollomotz, A. (2011). *Learning Difficulties and Sexual Vulnerability: A Social Approach*. London: Jessica Kingsley Publishers.
- INEI, I. N. (2019). *Encuesta Demográfica y de Salud Familiar - ENDES*. Lima.
- Kempton, W., & Kahn, E. (1991). Sexuality and People with Intellectyual Disabilities: A Historical Perspective. *Sexuality and Disability*, 93-111.
- Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales - Colección Lo Esencial Del Derecho 2*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Minieri, S. (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).
- Murphy, G. A. (2004). Capacity of Adults with Intellectual Disabilities to Consent to Sexual Relationships. *Psychological Medicine*, 1347-1357.
- Observación General N°1. Artíulo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 19 de mayo de 2014).

PALACIOS, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Grupo Editorial CINCA.

PALACIOS, A. (2015). El modelo social de la discapacidad. En E. y. SALMÓN, *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (págs. pp.9-34). Lima: IDEHPUCP.

PODER JUDICIAL

2008 Acuerdo Plenario N°4-2008/CJ-116. Sentencia: 18 de julio de 2008

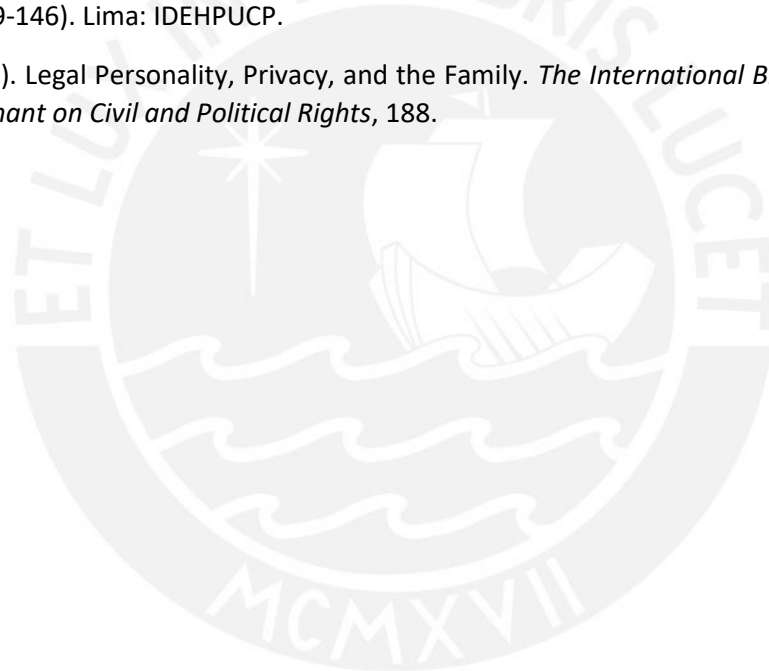
PODER JUDICIAL

2012 Casación N° 71-2012-Cañete. Sentencia: 20 de agosto de 2013

R.N. N°751-2003-Ayacucho (Sala Penal 2003 de junio de 2003).

TOVAR, T. (2015). El modelo de educación inclusiva. En E. y. SALMÓN, *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (págs. pp.119-146). Lima: IDEHPUCP.

Volio, F. (1981). Legal Personality, Privacy, and the Family. *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, 188.





## SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veinte de agosto de dos mil trece.-

**VISTOS;** en audiencia privada; el recurso de casación por inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal o material (debido proceso - valoración probatoria) y errónea interpretación de la ley penal, interpuesto por el señor Fiscal Superior de la Primera Fiscalía Superior Penal del Distrito Judicial de Cañete contra la sentencia de vista de fojas ciento setenta y seis, de fecha dieciséis de enero de dos mil doce, que revocó la sentencia de primera instancia de fojas ochenta y nueve, de fecha catorce de octubre de dos mil once, y reformándola absolvió al encausado Ernesto Pascual Félix Chumpitaz del delito contra la Libertad, en la modalidad de violación de la libertad sexual, en su forma de violación de persona en incapacidad de resistir (artículo ciento setenta y dos del Código Penal), en agravio de la persona identificada con las iniciales A.C.CH.

Interviene como panente la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado.

## FUNDAMENTOS DE HECHO

### I. Del Itinerario de la causa en primera instancia

**PRIMERO:** El encausado Ernesto Pascual Félix Chumpitaz fue procesado penalmente con arreglo a las pautas del Código Procesal Penal. Que el señor Fiscal Provincial en lo Penal mediante requerimiento de fojas dos, de fecha veintidós de febrero de dos mil once -véase cuaderno de control de acusación-, formuló acusación contra el precitado por el delito contra la Libertad Sexual, en la modalidad de violación de persona en incapacidad de resistir, en perjuicio de la persona identificada con las iniciales A.C.CH. previsto en el artículo ciento setenta y dos del Código Penal.

Que, el acta de audiencia preliminar de control de acusación -véase fojas cuarenta y seis del cuaderno respectivo- fue llevada a cabo por el señor Juez de la Investigación Preparatoria. El auto de enjuiciamiento fue expedido por el Juez



del Segundo Juzgado Unipersonal de Cañete con fecha veintidós de junio de dos mil once -véase fojas nueve del cuaderno de debate-.

**SEGUNDO:** Seguido el juicio de primera instancia por el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Cañete -como se advierte de las actas de audiencia privada de fojas veintiséis, treinta y uno, treinta y ocho, cuarenta, cuarenta y tres, cuarenta y nueve, sesenta y siete y sesenta y nueve-, se dictó la sentencia de fojas ochenta y nueve, de fecha catorce de octubre de dos mil once, que condenó a Ernesto Pascual Félix Chumpitaz como autor del delito contra la Libertad, en la modalidad de violación de la libertad sexual, en su forma de violación a persona en incapacidad de resistir, en agravio de la persona identificada con las iniciales A.C.CH., a veinte años de pena privativa de libertad, fijó en la suma de cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá cancelar el sentenciado a favor de la agraviada y dispuso el tratamiento terapéutico del antes mencionado conforme lo dispone el artículo ciento setenta y ocho - A del Código Penal, para facilitar su readaptación social.

Contra la referida sentencia el imputado interpuso recurso de apelación por escrito fundamentado a fojas ciento diecinueve. Este recurso fue concedido por auto de fojas ciento veintiséis, de fecha dos de noviembre de dos mil once.

## II. Del trámite recursal en segunda instancia

**TERCERO:** La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cañete, culminada la fase de traslado de la impugnación y habiéndose declarado inadmisibles el ofrecimiento de nuevas pruebas por parte de la defensa del encausado, por auto de fojas ciento treinta y dos, de fecha veinte de diciembre de dos mil once, emplazó a las partes a fin que concurran a la audiencia de apelación de sentencia. Realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas ciento cincuenta y cuatro, de fecha cuatro de enero de dos mil doce, el Tribunal de Apelaciones cumplió con emitir y leer en audiencia privada la sentencia de apelación de fojas ciento setenta y seis, de fecha dieciséis de enero de dos mil doce.



**CUARTO:** La sentencia de vista recurrida en casación revocó por unanimidad la sentencia de primera instancia de fojas ochenta y nueve, de fecha catorce de octubre de dos mil once, que condenó a Ernesto Pascual Félix Chumpitaz como autor del delito contra la Libertad, en la modalidad de violación de la libertad sexual, en su forma de violación a persona en incapacidad de resistir, en agravio de la persona identificada con las iniciales A.C.CH., a veinte años de pena privativa de libertad, fijó en la suma de cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá cancelar el sentenciado a favor de la agraviada y dispuso el tratamiento terapéutico del antes mencionado conforme lo dispone el artículo ciento setenta y ocho - A del Código Penal, para facilitar su readaptación social y lo absolvió de la acusación fiscal.

### III. Del Trámite del recurso de casación de la defensa del procesado Ernesto Pascual Félix Chumpitaz.

**QUINTO:** Leída la sentencia de vista, el señor Fiscal Superior de la Primera Fiscalía Superior Penal del Distrito Judicial de Cañete interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ciento ochenta y cuatro, invocando las causales previstas en los incisos uno y tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, esto es, inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal (debido proceso - valoración probatoria) e interpretación errónea de la ley penal.

Concedido el recurso por auto de fojas ciento noventa y siete, de fecha seis de febrero de dos mil doce, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha seis de febrero de dos mil doce, según oficio de fojas uno del cuaderno de casación formado en esta Instancia Suprema.

**SEXTO:** Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas once, de fecha veinticinco de mayo de dos mil doce -véase cuaderno de casación-, admitió el trámite del recurso de casación por los motivos previstos en los incisos uno y tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, esto es,



inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal (debido proceso) e interpretación errónea de la Ley Penal.

**SÉTIMO:** Instruido el expediente en Secretaría, señalada la fecha para la audiencia de casación el día veinte de agosto de dos mil trece, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

**OCTAVO:** Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia privada -con las partes que asistan- se realizará por la Secretaría de la Sala el día diecisiete de setiembre de dos mil trece, a las ocho horas con treinta minutos de la mañana.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I. Del ámbito de la casación.

**PRIMERO:** Conforme se estableció en la Ejecutoria Suprema de fojas once, de fecha veinticinco de mayo de dos mil doce, del cuaderno de casación, los motivos de casación admitidos son: **i)** inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal (debido proceso - motivación de las resoluciones judiciales); e, **ii)** interpretación errónea de la ley penal. Sobre el particular el Fiscal Superior expresó en su recurso formalizado de fojas ciento ochenta y cuatro, que se trasgredió el debido proceso, respecto al derecho a la prueba, al limitar la acreditación de lo que es objeto de prueba, tan sólo con un medio de prueba; al señalar que el retardo mental de la agraviada, sólo puede ser acreditado con una pericia; inobservando con ello lo señalado en el inciso uno del artículo ciento cincuenta y siete del Código Procesal Penal, que prescribe que: "*los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley*"; esto es, no limita que determinado hecho que sea objeto de prueba deba ser necesariamente acreditado con algún medio de prueba específico; sino que amplía dicha probanza con cualquier tipo de prueba, inobservándose el inciso uno del artículo ciento cincuenta y ocho del Código Procesal Penal, que establece:



5 "En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados". De otro lado, el recurrente señala que la Sala Penal de Apelaciones efectuó una errada interpretación de la ley penal, dado a que exige para la configuración del delito incriminado la aparición de elementos objetivos que no se encuentran descritos en el artículo ciento setenta y dos del Código Penal, por ello trasgredió el principio de legalidad al exigir que la enfermedad mental que padece la agraviada, debe ser de una intensidad regularmente grave que no le permita conocer o valorar lo que supone las prácticas sexuales, es decir no basta el retardo mental moderado de la víctima según la pericia psicológica que se le practicó.

SEGUNDO: Al respecto, el Tribunal Supremo en la Ejecutoria de fojas once, de fecha veinticinco de mayo de dos mil doce, luego de analizar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del recurso de casación, indicó que las postulaciones formuladas por el recurrente corresponden a las causales invocadas, pues se cuestiona la inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal (debido proceso - motivación de las resoluciones judiciales) e interpretación errónea de la ley penal, ya que en relación a las causas específicas de procedencia el recurrente cumplió con desarrollar sus argumentos concernientes a las garantías constitucionales que se habrían vulnerado con la decisión, las que se relacionan con la valoración de la prueba efectuada por el Colegiado Superior que según sostiene, atenta contra la normatividad procesal y deja de lado los principios que regulan la actividad probatoria dentro del proceso, concretamente en el juicio de apelación de sentencias; asimismo, ha precisado las cuestiones sustantivas que no se habrían tomado en cuenta al momento de emitirse la decisión cuestionada, específicamente, en cuanto a la estructura típica del delito previsto en el artículo ciento setenta y dos del Código Penal y su configuración en el caso concreto, considerando las características particulares que presenta el delito, debiendo analizarse la posibilidad del consentimiento de las relaciones sexuales y la posibilidad que medie violencia o amenaza en el desarrollo de la conducta delictiva.





## II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.

**TERCERO:** La sentencia de vista impugnada en casación en relación al punto controvertido precisó:

3.1. que a efecto de determinar si a la fecha de los hechos, esto es, a agosto del año dos mil siete, la víctima presentaba retardo mental moderado y cuadro de esquizofrenia, se erige como único medio probatorio idóneo la prueba pericial conforme lo establece el artículo ciento setenta y dos del Código Procesal Penal.

3.2. Sostiene que se admitió como órganos de prueba del Ministerio Público los exámenes del perito Luis Eduardo Ruiz Díaz, sobre el informe del tratamiento que recibe la agraviada en el Hospital Víctor Larco Herrera, de la psicóloga Nancy Altamirano Yañez, de dicho nosocomio y de los médicos psiquiatras sobre la evaluación practicada a la agraviada, de los cuales se prescindió por su inconcurrencia al juzgamiento.

3.3. Menciona que la perito psicóloga Peláez García, sobre el resultado de la evaluación psicológica practicada a la agraviada señala que clínicamente impresiona un desarrollo intelectual de retardo mental asociado a esquizofrenia, indicando que para determinar el coeficiente intelectual y mental necesitaría tomar una prueba, una escala de inteligencia para medir la categoría mental. Por su parte la perito psicóloga Núñez Tasayco evidenció que la agraviada presenta retardo mental moderado con una edad mental de trece años, vulnerable y presenta síntomas de ansiedad depresiva; agrega que tiene una edad cronológica de veintisiete años y su físico lo aparenta, pero cuando conversa en forma inmediata da cuenta que tiene expresiones y actitudes pueriles de una menor de edad; asimismo, tiene un daño orgánico a nivel cerebral que ha interrumpido el normal desarrollo de las actividades cognitiva y en general de la agraviada.

3.4. Señala que la defensa sostiene que pese a las conclusiones periciales no se determinó si a la fecha de los hechos la agraviada presenta el estado psicológico que indican, lo cual resulta cierto, es decir no se estableció



que la agraviada presentaba a la época de los hechos incriminados, esto es, agosto de dos mil siete, anomalía psíquica y/o retardo mental.

3.5. Indica que el retardo mental y/o esquizofrenia debe ser de tal forma que la víctima no pueda conocer o valorar lo que supone las prácticas sexuales encontrándose por ello limitada a una autodeterminación sexual de manera conciente. Situación que en el presente caso las pericias psicológicas no crean un nivel de convicción de que el estado psicológico de la agraviada tenga tal característica, ni menos que el retardo mental en los términos que han respondido se presente a la fecha de los hechos (agosto de dos mil siete), puesto que en ningún momento lo indican así, ni siquiera fueron preguntadas.

3.6. Concluye que en tal situación, no obstante que el procesado admitió haber sostenido relaciones sexuales con la agraviada en el mes de agosto de dos mil siete, no se ha llegado a establecer que a la fecha de los hechos ésta se haya encontrado en una situación psicológica de retardo moderado ni cuadro de esquizofrenia, que haya determinado un estado mental limitante de su libre autodeterminación sexual, por cuanto en ningún momento los peritos psicólogos han llegado a tales conclusiones, determinando la total carencia de medios probatorios en tal extremo que resulta fundamental para establecer la comisión del delito atribuido al procesado.

**III. De los motivos casacionales. Inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal (debido proceso - motivación de las resoluciones judiciales); e, interpretación errónea de la ley penal.**

**CUARTO:** Que, antes de referirnos en concreto al caso de autos, es necesario tener en consideración que el proceso penal está revestido de diversas garantías de reconocimiento constitucional que buscan no sólo otorgar al encausado un marco de seguridad jurídica, sino en última instancia mantener un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado, los cuales constituyen un límite al poder punitivo estatal, cuya protección y respeto no pueden ser ajenos a una justicia penal



contemporánea. En tal contexto, las garantías constitucionales del proceso penal se erigen como límite y marco de actuación de la justicia penal.

**QUINTO:** Que, en este orden de ideas, todo sistema procesal penal reconoce dos bloques de garantías procesales: las genéricas y las específicas. Entre las primeras se encuentran el derecho a la presunción de inocencia, la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de defensa y el debido proceso. Entre las segundas se incluyen aquellas garantías derivadas de las genéricas y que tienen un ámbito propio de protección: igualdad de armas, igualdad ante la ley, inmediación, inviolabilidad de domicilio, derecho a un juez natural, prohibición de valoración de prueba prohibida, etcétera.

**SEXTO:** Que, ahora bien, como el recurrente cuestiona la garantía genérica del debido proceso, resulta pertinente tener en cuenta algunos aspectos doctrinarios antes de emitir pronunciamiento respecto al motivo por el cual se declaró bien concedido el recurso de casación; que, en efecto, contemporáneamente la definición del derecho al debido proceso se presenta como una suerte de compilación de garantías individuales, de tipo formal o material, que buscan lograr y preservar un mínimo de equilibrio entre el particular y la entidad estatal al entrar en un conflicto; que, en efecto, el debido proceso es un derecho fundamental, parte esencial de los derechos humanos elevado al rango de norma constitucional con el fin de preservar su integridad: tiene protección internacional a través de los sistemas de salvaguarda de los derechos humanos, tanto a nivel mundial como a nivel regional; es el límite entre el derecho y la arbitrariedad en el campo de la administración de justicia; de ahí que el derecho al debido proceso constituye una garantía inherente a la persona humana y aplicable a cualquier clase de procedimiento, siendo entendido como el trámite que permite oír a las partes de la manera prevista en la Ley y que ajustado a derecho otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas, es por ello el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia, es decir, que le afirman la libertad y la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a Derecho.



**SÉTIMO:** Que, dentro de este contexto, una de las garantías que componen el debido proceso es la motivación de las resoluciones judiciales; que, en efecto, el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, concordante con el artículo doce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, imprimen al sistema de administración de justicia la obligación de justificar sus decisiones de modo adecuado. Una debida motivación es aquella decisión que se sustenta en criterios de racionalidad y razonabilidad, esto es, respetando las pautas de la lógica formal ciñéndose a lo previsto por el Derecho y las conductas sociales aceptadas, de no ser así, se originaría el vicio procesal llamado motivación defectuosa en sentido estricto, la que indudablemente vulnera el principio lógico de congruencia; que, en efecto, toda sentencia -sea absolutoria o condenatoria- debe ser la expresión lógica de la valoración concreta de las pruebas practicadas -motivación fáctica- y de la interpretación de la norma aplicable -motivación jurídica-, de modo que se garantice a los justiciables (y a la colectividad) una resolución fundada en derecho; de ahí, que una de las manifestaciones de la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales, es la exigibilidad al órgano judicial para que explique las razones que sustentan su fallo, de modo que haga posible conocer las pruebas y el razonamiento en virtud de los cuales condena o absuelve a un encausado, y del mismo modo, las razones legales en cuya virtud la conducta se subsume o no en el tipo penal materia de incriminación; que este derecho es una garantía de las partes del proceso, mediante el cual se puede comprobar que la resolución expedida es consecuencia de una exigencia racional del ordenamiento jurídico y no producto de la arbitrariedad judicial.

**OCTAVO:** Que, al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado: "*El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del*

5 *contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales".<sup>1</sup>*

NOVENO: Que, ahora bien, en el presente caso, desde la propia estructura de la imputación fiscal resultaba claro que la presente causa requería especiales cuidados en la actuación, apreciación y valoración de la prueba, y, especialmente, en la tarea de motivación del fallo definitivo, pues desde la óptica incriminatoria se trataba de la evaluación de aspectos centrales de la personalidad de la afectada para lo cual era necesario tomar en cuenta no sólo prueba especializada, sino también testimoniales e indicios, siendo esta última de necesario desarrollo desde la perspectiva del Fiscal Superior, todo lo cual exigía del Tribunal Superior un esmerado trabajo en la actuación, valoración y justificación de los argumentos expuestos por las partes en conflicto; empero, de la lectura de la impugnada, se aprecia que dicha tarea no fue acabadamente desarrollada por el Tribunal Superior, pues materialmente se evidencia el descuido de los magistrados al evaluar la prueba y justificar sus conclusiones, las que resultan insuficientes, aparentes y deficientes al objeto de decisión, procediendo de este modo, de forma contraria a las exigencias que el caso requería, presentándose como una decisión final que no garantiza una correcta administración de justicia.

5 DÉCIMO: Que, en atención a lo antes expuesto y luego de revisar la motivación de la decisión adoptada por la Sala Penal de Apelaciones en correlación con la prueba incorporada válidamente en la investigación preliminar y en la etapa de la investigación preparatoria (estos sirvieron de sustento al requerimiento del Ministerio Público - acusación) advertimos que el juicio de valor realizado fue en forma individual y asilado de las conclusiones de las pericias psicológicas y sus correspondientes ratificaciones en el juzgamiento, siendo el raciocinio lógico equivocado en relación al retardo mental y cuadro de esquizofrenia que padece la agraviada, lo cual determina que la sentencia de vista recurrida carece de una debida motivación, pues no expone de modo suficiente porqué soslayó valorar en conjunto todo el caudal probatorio y porqué sólo estimó compulsar las pericias psicológicas actuadas en el plenario; que el respeto al derecho de motivación de las resoluciones

<sup>1</sup> STC Exp. N° 3264-2009-PHC/TC - caso: "Javier León Eyzaguirre".



judiciales implica explicar de modo puntual porqué no valoró las declaraciones testimoniales de sus vecinos que establecían el estado mental de la agraviada; que, en efecto, el Tribunal de Mérito no expuso argumentos determinantes ni suficientes para descartar porqué dichas versiones no resultaban hábiles, pertinentes, conducentes y suficientes para tener certeza de la enfermedad mental de la afectada; que, por lo demás, el razonamiento del Tribunal de Instancia relacionado con el hecho que como las pericias psicológicas no establecieron que a la fecha de los hechos la agraviada sigue padeciendo de retardo mental y un cuadro de esquizofrenia, tal circunstancia no se encuentra probada, en tanto ello no se advierte de sus conclusiones ni de los interrogatorios a los que fueron aquellas sometidas, y por ende al no acreditarse con ello el delito incriminado no se habría materializado; que, sin embargo, dicho razonamiento resulta subjetivo, dado a que sólo se compulsó o valoró tales medios de prueba sin atender al hecho objeto de acusación y en su caso utilizó las deficiencias en las que incurrió el juzgador de primera instancia respecto a los motivos por los cuales se ordenó practicar varias pericias psicológicas y psiquiátricas a la agraviada -no precisó en forma adecuada y puntual el motivo de los exámenes y en los que debían incidir estos-, por tanto, el mencionado juicio de valor no resulta válido y por ende se inobservó una de las garantías constitucionales de carácter procesal o material (debido proceso - valoración probatoria); que, en consecuencia, desde esta perspectiva al haberse vulnerado la garantía genérica del debido proceso no estamos frente a una resolución arreglada al mérito de lo actuado y a ley, por lo que corresponde anularla y disponer que otro Colegiado Superior emita nuevo pronunciamiento que deberá contener una valoración racional de todo el material probatorio incorporado a los autos.

**DÉCIMO PRIMERO:** Que, de otro lado, apreciamos que el Tribunal de Instancia afectó el principio de legalidad material y procesal, el mismo que también forma parte de la garantía genérica del debido proceso; que, en efecto, en relación a lo primero la Sala Penal de Apelaciones omitió tener en cuenta que el Juez Penal debe ser leal al principio de legalidad desde el inicio del proceso, lo que significa que la determinación de los tipos penales deben hacerse conforme a ley, de acuerdo al aforismo latino "*nulla crimen nulla poena sine lege*", y para ello deberá de realizar una correcta adecuación del



supuesto de hecho al tipo legal preexistente (juicio de tipicidad y subsunción); que, dicho esto, al revisar, entre otros, los fundamentos absolutorios del Tribunal Superior observamos que uno de ellos está relacionado al hecho de estimar que aún cuando la afectada presenta un cuadro de retardo mental moderado ello no supone que sea de una intensidad regularmente grave que no le permita conocer o valorar lo que representa las prácticas sexuales y por tal motivo no es posible configura el delito de violación sexual de persona en incapacidad de resistir previsto en el artículo ciento setenta y dos del Código Penal.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Que, para la configuración de la hipótesis jurídica que describe la norma jurídica antes mencionada es necesario señalar que el agente no necesita desplegar esfuerzo o actividad alguna previa al acto sexual o el análogo, pues la víctima es encontrada en una situación tal que está incapacitada de ejecutar actos opositores a la acción del agente, de lo que se vale éste para realizar el acto sexual o el análogo, por ello, este injusto sanciona a: *"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..."*; que el hecho materia de denuncia y posterior acusación fiscal está referido a que el encausado aprovechándose del retardo mental -adolece de un déficit intelectual serio que le impide entender a cabalidad lo que ocurre en su medio ambiente- que padece la agraviada la sometió a trato sexual, lo que evidentemente tipificaría la conducta que detalla el artículo ciento setenta y dos del Código Penal, es decir, 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 éste debe ser regularmente intenso, lo cual sería añadir otro elemento objetivo que no prevé la norma penal; que, por consiguiente, desde esta óptica también la sentencia materia del recurso de casación resulta nula; que, del mismo modo, afectó el principio de legalidad procesal, en tanto no tuvo en cuenta lo establecido en el inciso dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Código



Procesal Penal, que señala; "la Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia."; que, de esta manera al haber valorado en forma independiente las pericias psicológicas con omisión de las demás pruebas aportadas a los autos y asimismo, al haberles otorgado un valor diferente a la prueba personal, en este caso, ni siquiera mencionartas, se estima que también desde este punto se infringió el debido proceso al interpretar erróneamente la ley penal, por lo que corresponde anular la sentencia de vista materia de grado.

**DECISIÓN:**

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal o material (debido proceso – valoración probatoria) y errónea interpretación de la ley penal, interpuesto por el señor Fiscal Superior de la Primera Fiscalía Superior Penal del Distrito Judicial de Cañete.

II. Declararon **NULA** la sentencia de vista de fojas ciento setenta y seis, de fecha dieciséis de enero de dos mil doce, que revocó la sentencia de primera instancia de fojas ochenta y nueve, de fecha catorce de octubre de dos mil once, y reformándola absolvió al encausado Ernesto Pascual Félix Chumpitaz del delito contra la Libertad, en la modalidad de violación de la libertad sexual, en su forma de violación de persona en incapacidad de resistir (artículo ciento setenta y dos del Código Penal), en agravio de la persona identificada con las iniciales A.C.CH.; en consecuencia:

III. **ORDENARON** que otro Colegiado Superior actuando como Sala Penal de Apelaciones emita nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.





**IV. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia privada por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

**V. MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

S.S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA


BARRIOS ALVARADO

TELLO GILARDI

NEYRA FLORES

BA/rhp

24 MAR 2014

  
Dr. Lucio Jorge Ojeda Barazorda  
Secretario de la Sala Penal Permanente  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA