EL DELITO DE ACTOS CONTRARIOS AL PUDOR DE PERSONA CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL (ARTÍCULO 176.2 DEL CÓDIGO PENAL)

SUMILLA. El mencionado delito, se debe interpretar de modo sistemático con el tipo base previsto en el primer párrafo del artículo 176 del Código Penal y el artículo 172 del acotado Código. Conforme con la Ley N.° 28704, vigente cuando ocurrieron los hechos, se precisa que se acredite que: **i)** El sujeto activo no tiene el propósito de tener acceso carnal. **ii)** El sujeto activo realiza sobre su víctima actos contrarios al pudor sin que se exija la concurrencia de los elementos normativos violencia o grave amenaza. **iii)** El sujeto pasivo tiene discapacidad intelectual –conocida bajo el modelo médico como retardo mental–. **iv)** El sujeto activo conoce esa condición y se aproveche de esta circunstancia.

En esta interpretación se debe considerar la última modificatoria del artículo 172 del CP (Ley N.º 30838), que cambia el elemento normativo "conociendo que sufre retardo mental" por "conociendo que está impedida de dar su libre consentimiento por sufrir retardo mental". Ya no es suficiente que el dolo del agente abarque el conocimiento de que la víctima padece de discapacidad intelectual, sino que conoce del impedimento para consentir y se aproveche de esta circunstancia.

El libre consentimiento constituye una manifestación de la autodeterminación de la persona, por tanto, para la configuración de este tipo penal se requiere que el nivel de discapacidad intelectual no le permita, en el momento del hecho, consentir válidamente el acto contrario al pudor.

LPDERECHO.PE

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, dos de junio de dos mil veintiuno

VISTO: en audiencia privada, el recurso de casación excepcional por errónea interpretación de la norma penal, interpuesto por la fiscal superior de la **TERCERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE APELACIONES DEL DISTRITO FISCAL DE LAMBAYEQUE** contra la sentencia de vista del veintiocho de marzo de dos mil dieciocho, emitida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que **revocó** la de primera instancia del dieciocho de setiembre de dos mil diecisiete, que

condenó a Julberto Américo Laboriano Malca como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de actos contra el pudor, en perjuicio de la persona identificada con las iniciales O. M. G. S.; y, como tal, le impuso cinco años de pena privativa de libertad y fijó en cinco mil soles la reparación civil que deberá abonar a favor de la agraviada; y, **reformándola**, **lo absolvió** de la acusación fiscal por el citado delito.

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

CONSIDERANDO

HECHOS OBJETO DEL PROCESO

PRIMERO. En la acusación fiscal escrita, ratificada oralmente por el fiscal provincial, se sostuvo que el 18 de setiembre de 2015, a las 16:00 horas, aproximadamente, el padre de la agraviada recibió una llamada telefónica de su esposa, quien le informó que su vecina de nombre Joba Monzón Ramírez observó que la hija de ambos, de iniciales O. M. G. S. (27 años), quien padece de síndrome de Down, había sido llevada con mentiras por Julberto Américo Laboriano Malca por la intersección de las calles San Martín y Mariscal Castilla con dirección a unas chacras de caña brava, lugar que es desolado. Al percatarse de ello y sospechando que algo extraño estaba sucediendo, se acercó dónde estaban, lo que originó que Laboriano Malca saliera apresuradamente del lugar y muy nervioso; por lo que le preguntó a la agraviada qué hacía en dicho lugar, quien no supo responder y corrió a su casa, por lo que la siguió con el fin de contarle lo ocurrido a la madre de la agraviada.

Ante esta situación, la madre le preguntó a la agraviada dónde había estado, quien le contestó que Juber le dijo que su papá estaba abajo y que la esperaba. Esto es lo que comunicó a su esposo, padre de la agraviada, quien interpuso la denuncia al día siguiente. Para el fiscal, dado que la agraviada tiene síndrome de Down y sufre de retardo mental, no pudo comunicar inmediatamente a sus familiares los hechos consistentes en tocamientos indebidos por parte del acusado (–Juber le bajó el pantalón y polo, el calzón,

LPDERECHO.PE

la llevó al rio, a la caña, le besó sus senos y le duele, le besó el cuello y la boca–) y es recién gracias a la intervención de la vecina que se descubrió lo que sucedía.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

SEGUNDO. De los actuados remitidos por la Sala Penal de Apelaciones, se tienen los siguientes actos procesales:

2.1. El fiscal provincial de Cayaltí, mediante requerimiento de acusación directa, acusó a Julberto Américo Laboriano Malca como autor del delito de actos contra el pudor, en perjuicio de la menor con iniciales O. M. G. S. —con retardo mental moderado— previsto en el inciso 2 del artículo 176, del Código Penal (CP). Solicitó se le impongan 5 años y 7 meses de pena privativa de libertad y la suma de 5000 soles por concepto de reparación civil.

2.2. Mediante sentencia del **18 de setiembre 2017**, el juez mixto del distrito de Oyotún condenó a Laboriano Malca como autor del mencionado delito, le impuso cinco años de pena privativa de libertad y fijó en 5000 soles la reparación civil. Además, dispuso el tratamiento terapéutico del sentenciado, conforme con lo establecido en el artículo 178-A del CP.

2.3. La sentencia fue impugnada por la defensa del sentenciado, cuyos cuestionamientos estuvieron centrados en una indebida valoración de la prueba actuada.

2.4. La Tercera Sala Penal de Apelaciones de Lambayeque admitió el recurso y **el 28 de marzo de 2018** revocó la sentencia de primera instancia y, reformándola, **absolvió** a Laboriano Malca de la acusación fiscal. Concluyó que la conducta no era típica por cuanto no se configuró la violencia o grave amenaza requerida por el delito de actos contrarios al pudor previsto en el artículo 176 del CP.

LPDERECHO.PE

SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO

TERCERO. La fiscal superior penal de Lambayeque, Giovana del Río Carreño, en su recurso de casación invocó como causal el inciso 3, artículo 429, del Código Procesal Penal (CPP), relativo a la casación material, con base en los siguientes argumentos:

3.1. La Sala Penal de Apelaciones efectuó una errónea interpretación del inciso 2, artículo 176, del CP, concordante con el artículo 172 del mismo Código, ya que consideró que el delito de actos contra el pudor en persona con retardo mental requiere necesariamente que se haya ejecutado con violencia o grave amenaza a la víctima. Esta interpretación dejó desprotegida a la víctima, puesto que, en el caso concreto, el acusado es su vecino, podría llevarla nuevamente a un lugar desolado y, sin violencia o grave amenaza, tocar sus partes íntimas, quedando su conducta impune. Lo mismo sucederá con futuras víctimas que sufren de retardo mental.

3.2. La Sala Superior no consideró que resulta notorio que en los supuestos en que el sujeto pasivo se encuentra en estado de inconsciencia o en imposibilidad de resistir, es innecesario aplicar alguna forma de violencia, ya sea material o psíquica. Los supuestos del inciso 2, artículo 176, del CP constituyen circunstancias especiales en que se encuentre la víctima –entre ellas, el retardo mental–, las que son figuras penales autónomas que no requieren de modo alguno la ejecución de una conducta violenta o grave amenaza por parte del sujeto activo hacia la agraviada. El bien jurídico protegido en las personas con retardo mental es la indemnidad sexual, la cual puede vulnerarse sin los medios comisivos anotados.

3.3. En ese sentido, como tema para el desarrollo de doctrina jurisprudencial postuló: "La necesidad de que el Colegiado Supremo determine que el delito de actos contra el pudor en personas con retardo mental se ejecuta sin necesidad del empleo de violencia o grave amenaza, pues el bien jurídico es la indemnidad sexual".

LPDERECHO.PE

Justificó su propuesta de desarrollo de doctrina jurisprudencial con base en dos argumentos: **i)** Evitar la impunidad en sujetos que realizan tocamientos indebidos en las partes íntimas de personas con retardo mental. **ii)** Existe contradicción en la doctrina nacional al interpretar el artículo 176 del CP[1].

ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

CUARTO. Conforme con la ejecutoria suprema del veintiocho de setiembre de dos mil dieciocho, esta Sala Casatoria concedió el recurso de casación excepcional por la causal prevista en el inciso 3, artículo 429, del CPP (errónea aplicación o interpretación de la ley penal material). Se fijó como ámbito de pronunciamiento efectuar la interpretación correcta del artículo 176 del CP, a fin de determinar si los medios comisivos violencia o grave amenaza del tipo base (primer párrafo de este dispositivo) alcanzan a los supuestos previstos en los artículos 171 y 172 del acotado Código.

QUINTO. Luego de la admisión del recurso de casación, el expediente se puso a disposición de las partes por el plazo de diez días y, vencido dicho plazo, se fijó la audiencia de casación para el 23 de abril del año en curso, fecha en que se llevó acabo[2] y se escuchó el informe del fiscal supremo Abel Pascual Salazar Suárez. Su desarrollo consta en el acta correspondiente.

SEXTO. Concluida la referida audiencia, se realizó la deliberación de la causa en sesión secreta y se efectuó la votación, en la que se arribó a un acuerdo unánime para la emisión de la presente sentencia de casación, cuya lectura se efectúa en la fecha señalada.

LPDERECHO.PE

[1] Los autores Gálvez Villegas y Delgado Tovar, Peña Cabrera Freire, Nieves Solf y Salinas Siccha señalan que este tipo penal protege el bien jurídico de la libertad sexual; mientras que Castillo Alva estima que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual.
[2] A través de la plataforma de Google Hangouts Meet, cuyo uso fue aprobado mediante el Acuerdo del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial N.° 482-2020, para todos los órganos jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial, hasta que permanezca la emergencia sanitaria declarada en el país.

CONSIDERACIONES DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

EL DELITO DE ACTOS CONTRARIOS AL PUDOR Y EL TIPO AGRAVADO POR DISCAPACIDAD INTELECTUAL DE LA VÍCTIMA

SÉPTIMO. El delito de actos contrarios al pudor se encuentra regulado en el artículo 176 del CP. Su texto vigente a la fecha de comisión de los hechos, (modificado por la Ley N.° 28704, publicada el 5 de abril de 2006) es el siguiente:

> El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170, **con violencia o grave amenaza**, realiza sobre una persona u obliga a esta a efectuar, sobre sí misma o sobre tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.
> La pena será no menor de cinco ni mayor de siete
> 1. Si el agente se encuentra en las agravantes previstas en el artículo 170, incisos 2, 3 y 4.
> **2. Si la víctima se hallare en los supuestos de los artículos 171 y 172.**
> 3. Si el agente tuviere la condición de docente, auxiliar u otra vinculación académica que le confiera autoridad sobre la víctima.

El primer párrafo regula el tipo base de actos contrarios al pudor, el cual contiene una cláusula remisiva al artículo 170 del acotado Código, que a su vez regula el tipo base de violación sexual[3].

La pena se incrementa cuando se presenten los supuestos de los incisos 1, 2 y 3. En el caso que nos ocupa, si se la víctima es puesta en estado de inconsciencia (artículo 171 del CP) o sufre de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, **retardo mental** o se encuentra en incapacidad de resistir (artículo 172 del CP).

OCTAVO. En cuanto a la regulación primigenia del artículo 176 del CP, el legislador penal incorporó como delitos los "actos contrarios al pudor" solo para las personas menores de catorce años, dentro de su estructura típica

[3] El artículo 170 del CP dispone: "El que, con **violencia o grave amenaza**, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años".

LPDERECHO.PE

consignó el elemento normativo "comete" e introdujo la agravante cuando la víctima se encuentra en el último párrafo, del artículo 173, del CP.

Tres años después, mediante la Ley N.° 26293[4] se modificó el tipo penal de actos contrarios al pudor e incorporó los medios comisivos **"con violencia o grave amenaza"** en sustitución del elemento normativo "comete" e introdujo los tipos agravados con una fórmula remisiva: cuando el agente se encuentra en las circunstancias previstas en el artículo 174 del CP, o si la víctima se encuentra en los supuestos de los artículos 171 y 172 del acotado Código. Además, introdujo el artículo 176-A del CP y reguló los actos contrarios al pudor de una persona menor de catorce años.

Posteriormente, mediante las leyes números 28251[5] y 28704[6] (años 2004 y 2006), la fórmula legal del artículo 176 del CP se modificó, pero mantuvo los medios comisivos "con violencia o grave amenaza". Incorporó las agravantes cuando la conducta del sujeto activo se subsume en los incisos 2, 3 y 4, artículo 170, del CP, incrementó el marco de la pena abstracta para el tipo básico y las agravantes. La Ley N.° 28704 incorporó por coyuntura socioeducativa y política criminal, la agravante, cuando el agente tuviera la condición de docente, auxiliar u otra vinculación académica que le confiera autoridad sobre la víctima.

Finalmente, mediante la Ley N.° 30838[7], el tipo legal del artículo 176 del CP ha sido totalmente reestructurado desde su denominación: "Tocamientos, actos de connotación sexual o libidinosos sin consentimiento". Contiene dos modalidades delictivas, la primera ya no exige la configuración de los medios

[4] Ley N.° 26293, del 14 de febrero de 1994, que modificó los artículos 170, 171, 172,173, 174,176 y 177 del Código Penal.
[5] Ley N.° 28251, Ley que modifica los artículos 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 176-A, 179, 180, 181, 182, 183, 183-A, e incorpora los artículos 179-A, 181-A, 182-A a los Capítulos IX, X y XI del Título IV, del Libro Segundo del Código Penal. Publicada el 08 de junio de 2004.
[6] Ley N° 28704, Ley que modifica artículos del código penal relativos a los delitos contra la libertad sexual y excluye a los sentenciados de los derechos de gracia, indulto y conmutación de la pena. Del 05 abril de 2006.
[7] Ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Publicada el 4 de agosto de 2018.

LPDERECHO.PE

comisivos violencia y amenaza grave, mientras que la segunda los mantiene en una fórmula similar al primer párrafo, artículo 176, del CP.

NOVENO. Los elementos del tipo base del delito de actos contrarios al pudor (primer párrafo del artículo 176 del CP), con el texto de la Ley N.° 28704 vigente a la fecha de los hechos, entre otros, son los siguientes:

9.1. Sujeto activo. Puede ser cualquiera, ya que la ley no exige una condición especial.

9.2. "Sin propósito de tener acceso carnal". Esta referencia legal típica para la configuración de los actos contrarios al pudor –sobre la víctima, obligarla a efectuar sobre sí misma o sobre un tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor–, delimita y excluye la acción sexual inherente a estos actos con la ejecución de un acto sexual u otro análogo del agente sobre la víctima (artículo 170 del CP). Ello permite distinguir y delimitar un acto contrario al pudor de una tentativa de violación sexual.

9.3. "Con violencia o grave amenaza". Son los medios comisivos del tipo base del artículo 176 del CP. La **violencia** es entendida como la energía física aplicada por el autor sobre la víctima con el fin de lograr su propósito. Si bien la fuerza puede ser irresistible, es suficiente con que sea eficaz para doblegar la voluntad de la víctima[8]. De modo que la violencia típica no necesita haber dejado huellas en el cuerpo del sujeto pasivo; no se requiere un maltrato corporal que se traduzca en lesiones concretas. Sino basta analizar la paralización o inhibición de la voluntad de resistencia de la víctima. En ese sentido, importa la actividad o la actitud del agente y no la de la víctima.

[8] Donna, Edgardo. A, *Derecho penal. Parte especial*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni, p. 401.

LPDERECHO.PE

A nivel probatorio, es preciso examinar cuidadosamente el contexto de los hechos (por ejemplo, si el agente coloca a la víctima en una situación de aislamiento) y características de la propia víctima[9].

Respecto a la **grave amenaza**, consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente por parte del sujeto activo hacia la víctima, con la finalidad de intimidarla y someterla a un contexto sexual determinado[10], y puede recaer sobre la víctima o sobre un tercero vinculado a ella. El autor mediante la violencia psicológica, intimida a la víctima sobre lo inminente del daño si no accede a sus requerimientos de índole sexual. Correctamente, se sostiene que su delimitación es más problemática que la violencia, puesto que la gravedad de la amenaza debe medirse en relación al efecto que determina sobre la resistencia o voluntad de la víctima, y como toda intimidación el mal que se anuncia ha de ser real y posible, de lo contrario perdería su carácter de grave[11].

9.4. "Realiza sobre una persona tocamientos indebidos en sus partes íntimas contrarios al pudor". Según la Real Academia Española[12] el significado semántico del término "pudor" se refiere a la "honestidad, modestia, recato". El sujeto activo realiza contactos físicos, aproximaciones o tocamientos corporales o el uso del cuerpo de la víctima, es decir, los tocamientos indebidos (prohibido o inmundo) en el cuerpo de la víctima (palpación, tocamiento, manoseos de las partes genitales, zonas erógenas o cualquier parte del aspecto somático)[13].

LPDERECHO.PE

---

[9] Casación 270-2018/Áncash del 21 de noviembre de 2018.
[10] FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal. Parte especial*. 16 edición, actualizado por Guillermo A. C. Ledesma. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002, p. 208.
[11] BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de derecho penal. Parte especial.* Lima: Editorial San Marcos. Tercera reimpresión, 2017, pp. 238-239.
[12] https://www.rae.es (consultado el 29 de mayo de 2021).
[13] "Que el tipo penal de abusos deshonestos o tocamientos indebidos es un ataque a la libertad sexual –ausencia de consentimiento libre en lo sexual por el sujeto pasivo, obvio tratándose de menores de edad–. La conducta del sujeto activo del delito tiene un carácter sexual inobjetable. Importa, desde su elemento objetivo, contactos físicos, tocamientos de la más diversa índole, siempre que estos afecten a zonas erógenas o a sus proximidades". Casación N.° 790-2018/SAN MARTÍN, f. j. octavo, Ponente: San Martín Castro.

Esta modalidad delictiva implica la imposición (por el agente) de una conducta sexual no aceptada (por la víctima), la cual no solo de determina por las propias características de los comportamientos delictivos, sino también por el contexto (acción, modo y tiempo) en el que se ejecuta. El desvalor de la acción estriba en la ausencia de un auténtico consentimiento en la esfera de la autodeterminación sexual.

9.5. "Realiza sobre una persona actos libidinosos contrarios al pudor". El agente realiza actos libidinosos (lascivos, lúbricos, eróticos, lujuriosos e impúdicos) sobre el cuerpo de la víctima contrarios al pudor, que se realizan con la finalidad de obtener una satisfacción erótica o lujuriosa que atenta contra el pudor de la víctima.

9.6. Tipicidad subjetiva. La propia redacción del tipo penal pone de manifiesto que estamos ante un tipo de comisión dolosa. El sujeto activo no tiene la finalidad de practicar el acto sexual u otro análogo según la fórmula del artículo 170 del CP, sino que con pleno conocimiento hace uso de la violencia o grave amenaza sobre la víctima y realiza los comportamientos descritos en el primer párrafo del artículo 176 del CP. El dolo consiste en la finalidad del autor de satisfacer su deseo sexual con los tocamientos o actos libidinosos. No se admite la comisión culposa.

9.7. Sujeto pasivo Estamos ante la víctima, que también puede ser cualquiera, ya que el tipo penal no exige una cualidad especial. Se precisa que sea mayor de 14 años de edad, de lo contrario, los hechos se subsumen en el tipo de actos contrarios al pudor de menores (Artículo 176-A del CP). En los casos en que se remite a los supuestos de los artículos 171 y 172 del CP, se tiene en consideración las condiciones personales de la víctima.

DÉCIMO. En cuanto al **bien jurídico protegido,** que tiene relación con lo que es objeto del interés casacional, en el tipo base de actos contrarios al pudor (primer párrafo, artículo 176, del CP), al igual que el de violación sexual al que se remite (artículo 170 del CP), es la **"libertad sexual".** Lo que se protege es la autodeterminación sexual, conforme con la cual la persona es libre de tomar

LPDERECHO.PE

sus propias decisiones para ejercer su sexualidad sin influencias o interferencias externas de cualquier tipo.

En cambio, en los actos contrarios al pudor contra las personas que se hallen afectados por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, discapacidad intelectual –conocida bajo el modelo médico como retardo mental– o que se encuentran en incapacidad de resistir (artículo 172 del CP), y sobre menores de catorce años (artículo 176-A del CP), el bien jurídico protegido es la **"indemnidad sexual"** o **"intangibilidad sexual"**, entendida como la protección del libre desarrollo de su personalidad física, sexual y psicológica, donde hay una ausencia del consentimiento y no se permite tolerancia de la víctima.

DECIMOPRIMERO. El criterio de interpretación anotado con relación al bien jurídico es coherente con la doctrina nacional y la jurisprudencia de la Corte Suprema, y en este ámbito de análisis tenemos:

11.1. CARO CORIA[14] considera que:

> En los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque "sufre de anomalía síquica, grave alteración de la conciencia" o "retardo mental" (artículo 172), o por su minoría de edad (artículos 173, 173-A y 176-A), lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual, sino la llamada "intangibilidad" o "indemnidad" sexual. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas y síquicas para el ejercicio sexual en "libertad", las que puede alcanzar el menor de edad, recuperar quien esté afectado por una situación de incapacidad transitoria o, como sucede con los enajenados y retardados mentales, nunca adquirirse.

[14] CARO CORIA, Dino Carlos. *Imputación objetiva, delitos sexuales y reforma penal*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 48-49. En otra obra, en su comentario sobre el artículo 172 del CP, sostiene que este delito protege la indemnidad sexual de las personas que, por su incapacidad mental para comprender el sentido y la consecuencia de una práctica sexual, no pueden disponer jurídicamente su realización, concibiéndose la tutela en términos de intangibilidad. CARO CORIA, Dino Carlos. "Estudio sistemático de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en CARO CORIA, Dino Carlos y SAN MARTÍN CASTRO, César. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Aspectos penales y procesales*. Lima: Grijley, 2000, p. 107.

LPDERECHO.PE

11.2. CASTILLO ALVA[15] sostiene que:

> El contenido de la indemnidad sexual no solo se refiere a la intangibilidad o la prohibición de lograr contacto sexual con menores de edad, sino que abarca, también, en una correcta dogmática a los contactos sexuales de distinta naturaleza que puedan practicarse sobre personas afectadas de alguna forma de anomalía psíquica, alteración de la conciencia o retardo mental. Bajo esa premisa flexibiliza lo que dijo con anterioridad cuando sostuvo que el artículo 176 del CP protegía la libertad sexual en las diversas formulaciones típicas contenidas en los diversos párrafos.

11.3. Por su parte, REÁTEGUI SÁNCHEZ[16] señala que hay varios delitos en los que no se vulnera la libertad sexual sino la indemnidad sexual, como es el caso del delito de acto sexual abusivo y violación de menores –en alusión a los tipos penales de los artículos 172 y 173 del CP–, en los cuales el sujeto pasivo no tiene una auténtica libertad sexual, porque se trata de una persona con incapacidad psíquica o física, y en el segundo, se trata de un menor de edad. En los dos tipos penales, el sujeto pasivo no tiene la capacidad de autodeterminación para ejercer su sexualidad.

11.4. Finalmente, SALINAS SICCHA[17] indica:

> A diferencia de las conductas sexuales previstas en los artículos 170 y 171 del CP, en las cuales el bien jurídico que se protege lo constituye la libertad sexual, en el tipo penal del artículo 172, en la mayoría de los supuestos de hecho, el bien jurídico protegido lo constituye la indemnidad o intangibilidad sexual, entendida como protección del desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente, como sucede con los menores de edad, así como la protección de quienes debido a anomalías psíquicas, grave alteración de la conciencia o retardo mental carecen de capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance y significado de una relación sexual.

DECIMOSEGUNDO. En el ámbito de la jurisprudencia, los jueces de las Salas Penales de la Corte Suprema, en el **Acuerdo Plenario N.° 1-2011/CJ-116**[18], han establecido como línea interpretativa:

---

[15] CASTILLO ALVA, José Luis. *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 433.
[16] REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Derecho penal. Parte especial*. Volumen 1. Tercera edición. Lima: Ediciones Legales, 2014, p. 170.
[17] SALINAS SICCHA, Ramiro. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. Tercera edición. Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 161.

LPDERECHO.PE

> La norma sustantiva distingue los tipos penales de violación sexual con distinta gravedad en sus consecuencias y tratamiento, en función a si se protege la libertad sexual -reservada para personas mayores de edad que al momento de la ejecución de la conducta típica posea sus capacidades psíquicas en óptimas condiciones, fuera de un estado de inconsciencia y en posibilidad de resistir la agresión sexual- o la indemnidad sexual -contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad-.

Se concluye que en los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada **"intangibilidad" o "indemnidad sexual".** Ello aunque exista tolerancia de la víctima, puesto que lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad.

DECIMOTERCERO. Con relación a los medios comisivos violencia y grave amenaza, en el Acuerdo Plenario N.° 1-2011/CJ-116 también se dejó establecido que:

> Se tipifica también, diferenciadamente, como violación sexual, cuando la víctima se encuentre en estado alcohólico, drogado o inconsciente (artículo 171 CP), esté incapacitada mentalmente para acceder a participar en lo que legalmente se define como un acto sexual (artículo 172 del CP), o sea menor de edad (artículo 173 CP). Estas circunstancias **tornan irrelevantes los medios típicos antes descritos, esto es, violencia o amenaza**.

DECIMOCUARTO. Por ello, si bien mayoritariamente en la doctrina se sostiene que en el tipo penal de violación de persona en estado de inconsciencia, previsto en el artículo 171 del CP[19], el bien jurídico protegido es la libertad sexual[20], resulta correcta la posición esgrimida en el acuerdo plenario

---

[18] Del 6 de diciembre de 2011. *Asunto*: Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual, fj. 12 y 16.

[19] Conocido también en doctrina con las denominaciones: Violación de persona en la imposibilidad de resistir, delito de acceso carnal sexual presunto, violación con alevosía, violación insidiosa, entre otras.

[20] SALINAS SICCHA sostiene que el bien jurídico protegido lo constituye la libertad sexual, pero reconoce que en los supuestos que lo configuran, la libertad sexual del sujeto pasivo en forma evidente y alevosa aparece limitada cuando no anulada transitoriamente. Aquí el

LPDERECHO.PE

mencionado, puesto que en estas circunstancias, la violencia o la grave amenaza son irrelevantes, ya que la víctima tiene la condición disminuida en la esfera de la autodeterminación sexual.

DECIMOQUINTO. En conclusión, los medios comisivos violencia y la grave amenaza del tipo base del artículo 176 CP, **no constituyen elementos normativos en la configuración de los tipos agravados**[21] previstos en su inciso 2; esto es, cuando la víctima se encuentra en los supuestos de los artículos 171 y 172 del acotado Código (este último referido a las víctimas que sufren de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o se encuentra en incapacidad de resistir)[22].

DECIMOSEXTO. En ese sentido, cuando se analice el tipo agravado del inciso 2, del artículo 176, del CP, referida a los actos contrarios al pudor contra una persona que sufre de discapacidad intelectual –conocida bajo el modelo médico como retardo mental–, conforme con el texto vigente a la fecha de los hechos, se debe interpretar de modo sistemático con el primer párrafo del artículo 176 y artículo 172 del CP. Se precisa que se acredite que: **i)** El sujeto activo no tiene el propósito de tener acceso carnal. **ii)** El sujeto activo realiza sobre la víctima actos contrarios al pudor sin que se exija la concurrencia de los elementos normativos violencia o grave amenaza. **iii)** El sujeto pasivo sufra

LPDERECHO.PE

posible consentimiento carece de validez por no ser espontáneo y estar seriamente disminuido cuando no condicionado. SALINAS SICCHA, ob. cit., p. 143.

[21] CASTILLO ALVA afirma: "Los actos contrarios al pudor no solo suponen para la relevancia típica de la conducta la ejecución de conductas violentas o intimidantes sino que también –según la expresa previsión legal– se abre la posibilidad de castigar los actos contrarios al pudor no violentos siempre y cuando la conducta recaiga sobre una persona sometida a una situación de dependencia, autoridad o vigilancia [segundo párrafo, del artículo 176] o cuando se ejecute contra una persona colocada en un estado de inconciencia o imposibilidad de resistir o que sufre una anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir [tercer párrafo del artículo 176]. Lo mismo sucede con los actos contrarios al pudor que se realizan sobre menores de catorce años [artículo 176-A]". CASTILLO ALVA, José Luis. , ob. cit., p. 468.

[22] En incapacidad de dar su libre consentimiento según la modificatoria de Ley N.° 308380. Entre otras denominaciones en la doctrina: delito de acceso sexual abusivo, acceso sexual de persona incapaz, delito de abuso sexual.

retardo mental. **iv)** El sujeto activo conoce esa condición y se aprovecha de esta circunstancia[23].

DECIMOSÉPTIMO. En esta línea de análisis, debe tenerse en consideración la última modificatoria del artículo 172 del CP mediante la Ley N.° 30838, que cambia el elemento normativo **"conociendo que sufre retardo mental"** por "**conociendo que está impedida de dar su libre consentimiento por sufrir retardo mental"**. Con la nueva fórmula legal, ya no es suficiente que el dolo del sujeto activo abarque el conocimiento de que la víctima padece de la discapacidad mencionada, sino que conoce del impedimento para consentir –que le ocasiona la discapacidad– y se aproveche de esta circunstancia.

DECIMOCTAVO. En ese sentido y como ya esta Sala Suprema tiene establecido, el libre consentimiento constituye una manifestación de la autodeterminación de la persona, por tanto, para la configuración de este tipo penal se requiere que su nivel de discapacidad intelectual –retardo mental según el CP– no le permita, en el momento del hecho, consentir válidamente los actos contrarios al pudor, lo que el agente conoce.

Esta determinación se efectuará según las circunstancias de cada caso en particular, y con el apoyo de las pericias psiquiátricas y psicológicas, cuya actuación es de rigor, las que deben tener en cuenta los déficits intelectuales de la persona con discapacidad[24]. Más aún si con la reforma introducida por la Ley N.° 30838, el artículo 176 del CP ha sido totalmente reestructurado conforme se anotó en el fundamento octavo.

ANÁLISIS DEL CASO

DECIMONOVENO. En el caso que nos ocupa la actuación probatoria consistió en las declaraciones: **i)** De la agraviada. **ii)** De los padres de la agraviada.

[23] Se requiere que el sujeto activo tenga pleno conocimiento del estado de discapacidad intelectual –retardo mental– con datos objetivos de observación, actuaciones de la víctima, cercanía a la víctima o sus familiares, etc., en el contexto (acción, modo y tiempo) en el que se ejecutan los actos contrarios al pudor. El mismo análisis se realizará para los supuestos de las víctimas que sufren de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o que se encuentren en incapacidad de resistir.
[24] Casación N.° 591-2016/HUAURA. Ponente Castañeda Otsu, fjs. 22 y 23.

LPDERECHO.PE

iii) De la testigo Joba Monzón Ramírez. **iv)** De los cinco testigos de descargo del acusado. **v)** Del médico legista Felipe Omar Espinoza Vera, quien explicó sobre el contenido del Certificado Médico Legal N.° 014417-DCLS, practicado a la agraviada. **vi)** De la psicóloga Gisella Adrianzén Carrión, quien explicó sobre el Protocolo de Pericia Psicológica N.° 000461-2015-PSC, practicado a la agraviada.
Además, la documental consistente en el acta de denuncia verbal del diecinueve de setiembre de dos mil quince. También se recibió la declaración del acusado.

VIGÉSIMO. Según lo anotado en el fundamento anterior, respecto de la discapacidad intelectual de la agraviada, el médico legista Espinoza Vega en juicio oral, señaló las características físicas de las personas con síndrome de Down, y agregó que siempre tienen retardo mental, el que usualmente está entre moderado y severo, que lo determina el psicólogo o el psiquiatra.

Por su parte, la psicóloga Adrianzén Carrión estableció un nivel cognitivo de **retardo mental moderado**, en el cual no discriminan entre las cosas que están bien o mal, porque su nivel cognitivo no le permite realizar esa abstracción. Entre otros puntos, explicó que la agraviada presenta un desarrollo psicosexual inmaduro, y cuando le preguntó por su edad, dijo dos años. El detalle de los hechos lo dio a través de gestos y señas, en los cuales se apoya mucho para comunicarse. Puso como ejemplo que la agraviada dijo: "Chupa teta" e hizo el gesto con sus manos en los senos. Explicó que por su estado mental no pudo haberlo hecho si no lo hubiese experimentado, ya que es muy difícil que una persona con retardo mental moderado pueda narrar hechos que no haya vivido o sentido.

El juez valoró las pruebas actuadas y con base en el principio de inmediación concluyó que se acreditó la responsabilidad de acusado. Tuvo muy en cuenta que la agraviada, si bien no precisó fecha exacta, fue víctima de actos contrarios al pudor por parte de Juber (así lo conocía) los cuales indicó con gestos. El juez consignó que valoró dicha declaración con objetividad y

LPDERECHO.PE

atendiendo la forma como lo dijo, puesto que se trata de una persona que padece de síndrome de Down y presenta características de retardo mental.

VIGESIMOPRIMERO. La Sala Penal de Apelaciones consideró que el tipo penal de actos contrarios al pudor regulado en el artículo 176 del CP, que tutela a los mayores de edad requiere para su configuración que medie violencia o grave amenaza. En los hechos atribuidos por el fiscal provincial en la acusación como los precisados en la audiencia de apelación por la fiscal superior, no se atribuyó al acusado Laboriano Malca el empleo de alguno de estos medios comisivos para conseguir realizar los actos contrarios al pudor en perjuicio de la agraviada. En ese sentido, consideró que el juez no analizó la tipicidad al emitir la sentencia y aun cuando la defensa no la cuestionó en su recurso de apelación, en aplicación del principio de legalidad lo absolvió de la acusación fiscal.

VIGESIMOSEGUNDO. Al respecto y en atención a lo expuesto en los fundamentos precedentes sobre la interpretación del inciso 2, artículo 176, del CP, advertimos que la Sala Superior efectuó una interpretación literal del primer párrafo, del artículo 176, y no una interpretación sistemática de los dos dispositivos mencionados con lo dispuesto en el artículo 172 del CP, que no precisa para su configuración de los medios comisivos violencia o grave amenaza, precisamente por la calidad de las víctimas[25].

Es por ello que, al resolver, interpretaron erróneamente los elementos del tipo agravado de actos contrarios al pudor de una persona con discapacidad intelectual (retardo mental según el CP).

VIGESIMOTERCERO. Al considerar que la conducta era atípica, la Sala Penal de Apelaciones no valoró la abundante prueba actuada en juicio oral, solo se limitó a afirmar que a Laboriano Malca se le acusó por los hechos del 18 de

[25] Se trata de personas que requieren de protección del Estado por la condición de vulnerables en el desarrollo de su personalidad mental y psíquica. El agente realiza la conducta sexual, con actos que interfieren en el proceso de formación y desarrollo de su libre personalidad y sexualidad. El sujeto activo defrauda y desestabiliza las expectativas normativas que rigen en la convivencia social (Estado, sociedad y familia).

LPDERECHO.PE

setiembre de 2015, pero se le sentenció por hechos diferentes, lo que en su parecer no hacía más que corroborar la absolución decretada.

En ese sentido, se advierte que se infringió el derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones, lo que determina la nulidad absoluta de la sentencia de vista, por infracción del inciso 4, del artículo 150, del CPP.

VIGESIMOCUARTO. En atención a lo anotado, corresponde dictar una sentencia rescindente y reenviar el proceso a otro Colegiado Superior para que lleve a cabo el juicio de apelación y emita nueva sentencia. Previamente y de conformidad con el inciso 2, artículo 385, del CPP se deberá practicar a la agraviada una evaluación psiquiátrica a efectos de que se determine su edad mental, su grado de discapacidad intelectual –retardo moderado según la psicóloga– y si se encontraba en la capacidad de autodeterminarse y prestar su libre consentimiento, cuando ocurrieron los hechos.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces y las juezas integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, **ACORDARON**:

I. DECLARAR FUNDADO el recurso de casación excepcional por errónea interpretación de la norma penal, interpuesto por la fiscal superior de la **TERCERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE APELACIONES DEL DISTRITO FISCAL DE LAMBAYEQUE** contra la sentencia de vista del veintiocho de marzo de dos mil dieciocho, emitida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

II. CASAR y declarar **NULA** la citada sentencia de vista, que **revocó** la de primera instancia del dieciocho de setiembre de dos mil diecisiete, que **condenó** al procesado Julberto Américo Laboriano Malca como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de actos contra el pudor, en perjuicio de la persona identificada con las iniciales O. M. G. S., le impuso cinco años de pena privativa de libertad, y fijó en cinco mil soles la reparación

LPDERECHO.PE

civil que deberá abonar el sentenciado a favor de la agraviada; **reformándola,** se le absolvió de la acusación fiscal por el citado delito, con lo demás que contiene.

III. CON REENVÍO, ordenar que otro Colegiado Superior emita un nuevo pronunciamiento, previa convocatoria y realización de la audiencia de apelación, en la que deberá tenerse en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia casatoria.

IV. DISPONER que la presente sentencia sea leída en audiencia privada mediante el sistema de videoconferencia, notificarse a las partes apersonadas ante este Supremo Tribunal, y se publique en la página web del Poder Judicial.

V. MANDAR se remitan los actuados a la Sala Superior de origen para su debido cumplimiento, y que se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

Intervino el juez supremo Bermejo Rios por licencia del juez supremo Prado Saldarriaga.

S. S.
BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

BERMEJO RIOS

SYCO/rbb

LPDERECHO.PE