

**Delito de actos contra el pudor de
menores de edad**

Los delitos contra la libertad sexual tienen como prueba fundamental la declaración de la agraviada, y ante la variación debe ser evaluada conforme a los criterios fijados en el Acuerdo Plenario número 1-2011/CJ-116 para ser considerada prueba suficiente de exculpación.

Lima, dieciocho de noviembre de dos mil diecinueve

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del encausado Percy Hasson Sarmiento Quispe contra la sentencia del veinticuatro de setiembre de dos mil dieciocho (foja 378), emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, que lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual- actos contra el pudor en menor de edad, en agravio de la menor identificada con clave 03-2012, a once años de pena privativa de libertad, y fijó en S/ 5 000 (cinco mil soles) el monto por concepto de reparación civil que deberá pagar el sentenciado a favor de la menor agraviada; con lo demás que al respecto contiene. De conformidad con lo dictaminado por Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal.

Intervino como ponente el juez supremo Figueroa Navarro.

CONSIDERANDO

I. Imputación fiscal

Primero. La acusación fiscal (foja 232, aclarado a foja 287), en el extremo referido al encausado Sarmiento Quispe, se sustenta en lo siguiente:

- 1.1.** Se imputa a Percy Hasson Sarmiento Quispe, quien aprovechando de la confianza que tenía con la menor de clave de reserva N.º 03-2012, por ser padrastro de esta, habría efectuado tocamientos indebidos en las partes íntimas (vagina) de la referido menor durante los años 2007 y 2008, cuando la menor agraviado contaba con la edad de nueve y diez años de edad.
- 1.2.** Los hechos se habrían suscitado en el interior del inmueble donde vivían la menor agraviada, su madre, y el imputado; siendo que este último, en horas de la noche aprovechaba para destapar a la menor, molestarla y manosearla con su mano y rozar con su pene en la vagina de la menor, habiendo ocurrido ello en varias ocasiones, inclusive la menor ha señalado que en una oportunidad el imputado le habría dado tomar anís, por lo que se quedó dormida y que cuando despertó se encontraba sin ropa, es decir sin pantalón y sin trusa, tal como se desprende del acta de entrevista en Cámara Gesell.
- 1.3.** Si bien es cierto que no se puede precisar las fechas exactas de ocurridos los hechos y es porque estos acontecieron cuando la menor tenía menos de diez años de edad y su declaración de cámara Gesell se le tomó cuando la menor tenía dieciséis años de edad; se considera que por tratarse de delitos en contra la libertad sexual de menores de edad, no se debe exigir a la agraviada que recuerde con precisión las fechas exactas de los hechos en su agravio, pues pretender ello sería forzar que la agraviada recuerde sucesos difíciles que forman parte de su vida, los mismos que por el tiempo transcurrido quizá haya tratado de olvidarlo.

II. Expresión de agravios

Segundo. El recurrente Sarmiento Quispe, para el propósito de la nulidad de la sentencia y su consecuente absolución, fundamentó su recurso de nulidad (foja 395), en los siguientes términos:

- 2.1.** La sentencia es ilegal y contraria a derecho, porque la instancia de mérito no valoró las declaraciones brindadas a nivel de juicio de la agraviada y de su madre, quienes han declarado la inocencia del procesado, y en ese sentido, han respondido a las preguntas de magistrados.
- 2.2.** El Colegiado Superior no valoró idóneamente las declaraciones de los peritos, más aún si son personas de auxilio judicial, cuya declaración no da certeza de cómo sucedieron los hechos imputados, porque no estuvieron presentes en el lugar de los hechos; habiendo tomado como cierto y veraz su dictamen, que solo coadyuva pero no confirma un hecho.
- 2.3.** El Tribunal Superior incurre en error al aplicarle los acuerdos plenarios números 1-2011/CJ-116 y 2-2005/CJ-116; respecto del primero, porque los hechos imputados sucedieron en los años 2008-2009, es decir antes que se expediera dicho Acuerdo Plenario. Respecto del segundo, no se le puede aplicar porque la declaración de la menor agraviada en Cámara Gesell genera duda, en su declaración en juicio oral; por consiguiente ya no es creíble su versión.

III. Delimitación del análisis del caso

Tercero. Los agravios que invoca el encausado Sarmiento Quispe, demuestran su disconformidad con la valoración probatoria realizada por el A quo; por consiguiente, la dilucidación del grado consistirá en

verificar si las pruebas de cargo actuadas enervan la presunción de inocencia del inculpado y determinan la responsabilidad penal del referido encausado, respecto de los hechos que se le imputan.

IV. Fundamentos del Tribunal Supremo

Cuarto. Los hechos se dieron a conocer el veinte de julio de dos mil once a raíz de la denuncia que efectuó Yolanda Estefania Contreras Garamendi, madre de la menor agraviada. Denunció que su menor hija había sido violentada sexualmente por el encausado Fidel Luque Barra (sentenciado) y producto a las diligencias, particularmente en la Entrevista Única de Cámara Gesell, la menor agraviada indicó, además, que había sido víctima de tocamientos indebidos por parte de su padrastro.

Quinto. En ese sentido, la agraviada, de trece años de edad, en la Declaración Única de Cámara Gesell, en presencia del representante del Ministerio Público (foja 12), refirió que cuando tenía nueve, diez y once años de edad su padrastro (el encausado Percy Hasson Sarmiento Quispe), en las noches iba a su casa y le despertaba para manosearla con su mano en la vagina, y que a veces jugaba con el pene en su vagina, y le dijo que no le dijera a su mamá, pero cuando decidió contarle a su mamá lo hizo sin conocimiento de su padrastro; de la misma manera, refirió que cuando tenía diez años, cuando iba a ir a la casa de su abuelita a las cuatro de la tarde aproximadamente, su padrastro le dio anís por lo que se quedó dormida y cuando despertó se encontraba sin ropa, sin pantalón y trusa. Además, acotó que su mamá sabía de los tocamientos, pero se quedaba callada y no hacía nada.

Sexto. Es verdad que la agraviada se retractó a nivel de juicio oral (véase a foja 331, reverso) y señaló que efectuó la denuncia contra su padrastro Percy Hasson Sarmiento Quispe, debido a la cólera que tenía a su madre, quien había denunciado a su entonces enamorado Fidel Luque Ibarra.

Séptimo. Es doctrina consolidada por las Salas Penales Supremas que los supuestos de retractación y no persistencia en las declaraciones ofrecidas por las víctimas de violación sexual no deben necesariamente conllevar a un menoscabo de la confiabilidad de la sindicación primigenia. La retractación como obstáculo al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar, siempre que se verifique lo siguiente:

- 7.1.** La ausencia de incredibilidad subjetiva (que no existan razones de peso para pensar que prestó su declaración inculpatoria movida por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza o la obediencia).
- 7.2.** La presencia de datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica con datos de otra procedencia.
- 7.3.** La retractación no contenga un relato fantasioso o increíble, sino que sea coherente.
- 7.4.** Uniformidad y firmeza del testimonio inculpatorio, este requisito ha de flexibilizarse razonablemente, teniéndose en cuenta que la extensión de las investigaciones genera espacios evolutivos de sentimientos e ideas tras la denuncia, motivados (por ejemplo) por reproches contra la víctima por no cumplir con el mandato de mantener unido al grupo familiar o por las dificultades por las que atraviesa la madre para sostener económicamente a la familia (Acuerdo Plenario número 1-2011/CJ-116).

Octavo. Se advierte, en el presente caso, que las versiones exculpatorias brindadas por la agraviada (identificada con clave 03-2012), su madre Yolanda Estefanía Contreras Garamendi y el encausado Percy Hasson Sarmiento Quispe no guardan uniformidad y revelan el sentimiento de responsabilidad que aquellas (víctima y madre) tienen sobre las consecuencias ocurridas tras la denuncia preliminar, en ese sentido:

8.1. El inculpado Percy Hasson Sarmiento Quispe en su declaración preliminar¹, instructiva y plenarial (fojas 25, 74 y 328 reverso, respectivamente) detalló de manera uniforme que la acusación de la menor agraviada fue porque incentivó a la madre de la menor agraviada a denunciar al encausado Fidel Luque Barra, con quien la menor agraviada había pasado la noche y llegó a su casa a las seis de la mañana aproximadamente. Especificó, además, que meses antes de ello, la menor agraviada se enteró que era su padrastro y ya no le hacía caso. También refirió que la menor era muy rebelde, concurría demasiado a la calle y se quedaba hasta tarde, además iba a las discotecas. De la misma manera, señaló que la menor agraviada dormía con su abuela en una habitación propia y jamás efectuó actos libidinosos contra la menor agraviada, más aún si la consideraba como una hija.

8.2. Por su parte, Yolanda Estefanía Contreras Garamendi, madre de la agraviada, al declarar en el juicio oral (foja 332), indicó que la relación que tenía el encausado Percy Hasson Sarmiento Quispe con su menor hija era normal de padre a hija, debido a que no tenía contacto con el padre biológico de la menor, siendo que el encausado se arrogó el papel de padre, asumiendo los gastos de la manutención; refiere que tiene dos hijos con el imputado. Se

¹ En presencia del representante del Ministerio Público.

enteró de los tocamientos indebidos después de la denuncia efectuada contra el encausado Fidel Luque Barra por el delito de violación sexual, y que la incriminación contra su ex conviviente Percy Hasson Sarmiento Quispe, fue consecuencia de la cólera de su menor hija por la denuncia a su enamorado.

8.3. Por su lado la menor agraviada como lo aducido en el considerado séptimo de la presente ejecutoria suprema, indicó que la incriminación contra el encausado Percy Hasson Sarmiento Quispe fue debido a la cólera que tenía a su mamá quien había denunciado a su entonces enamorado Fidel Luque Ibarra.

Noveno. En las declaraciones efectuadas por la agraviada de clave 03-2012 y su madre Yolanda Estefanía Contreras Garamendi coinciden con el encausado sobre el detonante de la denuncia. La agraviada, su madre y el inculpado, en sus versiones exculpatorias expuestas en el plenario, refirieron que la denuncia se debió a la denuncia efectuada en contra del inculpado, ya sentenciado Fidel Luque Barra.

Décimo. No obstante, debe evaluarse la declaración preliminar de la menor con clave 03-2012, en la Sala de Entrevista Única (con el sistema de cámara Gesell), de la División Médico Legal de Lima Sur, el veintinueve de septiembre de dos mil once (según acta fiscal de foja 12). Asimismo, el Protocolo de Pericia Psicológica N.º 007029-2011-PSC, practicado a la menor identificada con clave 03-2012, del veintinueve de septiembre de dos mil once (véase a foja 48), da cuenta que la menor relató que cuando contaba con nueve, diez y once años de edad, su padrastro le realizó tocamientos indebidos en su parte íntima (vagina). Se advierte, además, que la menor habría contado a su madre respecto a los actos libidinosos en su contra, por lo que la madre llamó la atención a su conviviente. La referida pericia fue ratificada en la

etapa de la instrucción, por la perito psicóloga Gladys Maribel Lloclla Huarcaya (foja 78).

Decimoprimer. El contenido de la pericia psicológica N.º 007029-2011-PSC y la Entrevista Única (con el sistema de cámara Gesell), fueron también ratificadas por la perito suscribiente Gladys Maribel Lloclla Huarcaya en el juicio oral (foja 365, reverso), quien refirió que durante el desarrollo de la evaluación, la menor colaboró en la entrevista y evaluación psicológica, que brindó un relato espontáneo con un lenguaje gestual claro y corporal de acuerdo a su edad cronológica. De la misma manera, señaló que la menor se sentía mal, triste, sola y renegaba de todo lo que le pasaba, quiso cortarse las venas, tenía un pensamiento suicida, también encontró que estaba con tendencia al secretismo, toda vez que desconfiaba de su propia madre quien no hizo nada contra su padrastro. También refirió que lo relatado por la menor son detalles de lo que vivió. La especialista explicó que en la entrevista se siguió la entrevista psicológica, la observación de conducta, el test de familia y el protocolo de pericia, debe precisarse respecto a esta última técnica como el Protocolo de Satac, el cual garantiza la confiabilidad en el relato narrado por la menor.

Decimosegundo. En esa línea, la retractación de la menor identificada con clave 03-2012 en juicio oral, debe analizarse bajo el siguiente razonamiento:

12.1. La ausencia de incredibilidad subjetiva. Conforme a lo declarado por la menor agraviada y su madre, la incriminación en contra del encausado habría sido en venganza por haber denunciado su madre y el imputado a su enamorado, al respecto es de acotar que, efectivamente, la mamá de la menor agraviada denuncia a Fidel Luque Barra por el delito de

violación sexual a menor de edad, también en agravio de la citada menor. En la entrevista única de cámara gesell, la menor, además de señalar que mantuvo relaciones sexuales con su enamorado (ya sentenciado Fidel Luque Barra) indicó también que el impugnante le había efectuados tocamientos indebidos en sus partes íntimas; hechos que habrían sucedido cuando contaba con nueve, diez y once años. Debe precisarse que la menor habría contado a su madre respecto a los tocamientos indebidos, este extremo está asociado a las conclusiones efectuados en la pericia psicológica practicado a la menor que consigna que la evaluada muestra resentimiento con su madre al no haber denunciado los hechos en contra del encausado.

- 12.2.** La presencia de datos objetivos e independientes que permitan una mínima corroboración periférica. Referente a este extremo, sólo se cuenta con la declaración del inculpado a nivel preliminar, instrucción y juicio oral, indicó que no se considera el responsable de los hechos y que la incriminación fue producto a la venganza por haber denunciado a su enamorado.
- 12.3.** Una versión no fantasiosa ni increíble. En lo atinente a este punto, la menor agraviada relató los hechos de forma creíble, no se aprecia que los datos fácticos expuestos en su incriminación primigenia sean producto de la fantasía.
- 12.4.** Una narración incriminatoria coherente. De lo dicho en el párrafo precedente, por el contrario, la incriminación efectuada en contra del inculpado ha sido coherente, lógica y veraz. Tanto más, si su declaración está respaldada por la pericia psicológica que conlleva al estado psíquico y emocional de la agraviada, relacionados con violencia infrafamiliar.

12.5. Uniformidad y firmeza del testimonio inculpatorio. En la cual se advierte que debe aplicarse la flexibilización en cuanto a la incriminación de la menor agraviada; si bien sólo se cuenta con la entrevista de cámara gesell, también es de advertir que, conforme al recurso de nulidad N.º 3044-2004, se ha determinado que ante dos declaraciones carentes de uniformidad, el juzgador podrá hacer prevalecer como confiable aquella declaración con contenido de inculpación. En ese sentido, la incriminación de la menor agraviada efectuado en su entrevista única, debe prevalecer, tanto más, si en los delitos contra la indemnidad sexual acontecidos en un entorno familiar, las agraviadas con el transcurrir del tiempo tienden a cambiar de versión inculpatoria por diversos factores, entre ellos porque tienen dependencia económica por parte del inculpado, en ese sentido, es de precisarse que en el presente caso se tiene que el inculpado era la persona quien sostenía económicamente la familia (véase la declaración de la madre de la menor agraviada, quien en juicio oral, foja 332, reverso, señala que el encausado es la persona quien aportaba económicamente al hogar debido que ella había dejado de trabajar, además refirió que con el imputado tuvieron dos hijos), siendo este un indicio razonable que ha conllevado a la retractación de la menor agraviada. En ese sentido, queda superado la retractación de la agraviada, debido a que la menor, lo que pretende es exculpar a su padrastro.

Decimotercero. Respecto a los agravios planteados por el recurrente es de precisar que los Acuerdos Plenarios no son considerados como norma; su aplicación es de obligatorio cumplimiento conforme a lo establecido en el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley

Orgánica del Poder Judicial. De la misma manera en lo atinente al Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116, es de precisar que la instancia de mérito no lo ha utilizado y por el contrario utilizó el Acuerdo Plenario N.º 1-2011/CJ-116, para analizar la retractación de la menor agraviada. Respecto a los otros agravios, deben ser desestimados en virtud que no tienen trascendencia para declarar nulo lo actuado o la absolución del inculpado. Por el contrario, de los medios probatorios actuados en el presente caso se acreditó la responsabilidad penal del encausado Sarmiento Quispe.

Decimocuarto. El artículo 176-A, inciso 2, del Código Penal, concordante con el último párrafo del mismo articulado, según modificatoria de la Ley N.º 28704, vigente al tiempo de los hechos, con la agravante de la prevalencia del agresor sobre la víctima, conlleva una pena abstracta de no menor de diez ni mayor a doce años de pena privativa de libertad.

Decimoquinto. Para los efectos de verificar la dosificación de la pena impuesta debe estimarse que las exigencias que determinan su aplicación no se agotan en el principio de culpabilidad, sino que además debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad contemplado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, límite al *Ius Puniendi*, en tanto procura la correspondencia entre el injusto cometido y la pena a imponerse, y que estas en rigor deben cumplir los fines que persigue la Pena (preventiva, protectora y resocializadora), conforme lo prevé el numeral 6, del artículo 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el mismo que ha sido recogido en el numeral 21 y 22, del artículo 139, de la Constitución Política del Estado, y en el artículo IX, del Título Preliminar, del Código Penal. En esa línea, este Supremo Tribunal considera que la pena

impuesta al encausado Sarmiento Quispe -once años de pena privativa de libertad- se encuentra acorde con los principios de proporcionalidad y racionalidad de las penas, pues se tuvieron en cuenta sus condiciones personales y sociales, como el hecho de carecer de antecedente penales (foja 282), por lo que se tuvieron en cuenta los parámetros establecidos por los artículos 45 y 46 del Código Penal; por tanto, la resolución recurrida en este extremo está conforme a derecho.

Decimosexto. En lo atinente a la reparación civil, esta Sala Penal Suprema considera que, por equidad y en atención al principio del daño causado en virtud del perjuicio irrogado a la menor agraviada, la suma fijada debe ser confirmada en el monto establecido.

DECISIÓN

Por estos fundamentos los jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del veinticuatro de setiembre de dos mil dieciocho (foja 378), emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, que lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual- actos contra el pudor en menor de edad, en agravio de la menor identificada con clave 03-2012, a once años de pena privativa de libertad, y fijó en S/ 5 000 (cinco mil soles) el monto por concepto de reparación civil que deberá pagar el sentenciado a favor de la menor agraviada; con lo demás que al respecto contiene; y los devolvieron.



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE NULIDAD N.º 2109-2018
LIMA SUR**

Interviene el juez supremo Castañeda Espinoza, por vacaciones de la jueza suprema Chávez Mella.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

AFN/jgma.