

ACTOS CONTRA EL PUDOR

Sumilla. Las declaraciones de las agraviadas, valoradas en el marco establecido por el Acuerdo Plenario número cero dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, resultan ser una prueba irrefutable, que se consolida con otros elementos de prueba que corroboran los tocamientos indebidos de los que fueron víctima, lo que desvirtúa el principio de presunción de inocencia del procesado

Lima, doce de setiembre de dos mil diecinueve

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el sentenciado **MARTÍN REY MARTÍNEZ ROJAS** contra la sentencia del treinta y uno de enero de dos mil diecinueve, de página dos mil ciento veintiuno, emitida por la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que lo condenó, como autor del delito de actos contrarios al pudor, en agravio de las menores con las iniciales X. A. M. D. y J. A. M. D., a veinticuatro años de pena privativa de la libertad; y, fijó en la suma de tres mil soles, por concepto de reparación civil, que deberá abonar el sentenciado, a favor de cada una de las agraviadas y se someta el sentenciado al tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social. De conformidad en parte con lo opinado por el fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente la jueza suprema **PACHECO HUANCAS.**

CONSIDERANDO

IMPUTACIÓN FISCAL

1. Se atribuyó al imputado Martín Rey Martínez Rojas, que el cinco de enero de dos mil siete, a las veinte horas con treinta minutos aproximadamente, haber efectuado tocamientos indebidos a su menor hija – biológica–, con las iniciales X. A. M. D. de tres años de edad –al momento de los hechos–. Ello, habría ocurrido, cuando el procesado acudió al domicilio de su menor hija, a visitarla, desde las once horas con treinta minutos hasta las dieciocho horas (por encontrarse separado de la madre de la menor Doris

Edith del Castillo Ulloa). De ello, se habría percatado la madre de la menor, cuando se disponía a asearla, al observar que su parte íntima, estaba enrojecida, con un punto rojo en la parte interior, siendo la menor citada, quien expresó: “papá, me metió el dedo”, “me dolió”.

También, se le atribuyó al imputado haber tocado las partes íntimas de la menor con las iniciales J. A. M. D. (hijastra del imputado, por ser hija biológica de Doris Edith del Castillo Ulloa), desde que tenía nueve años de edad. La citada menor, manifestó que el imputado, le tocaba su vientre y su vagina por encima de su ropa, y no contó lo sucedido por miedo y vergüenza, solo le decía que le dolía el vientre, por ello fue conducida a la clínica hasta en cinco oportunidades. Añadió, que amanecía con dolor en la vagina e inflamación por dichos actos, los que se repetían, introduciéndole su dedo en su vagina, una ocasión la penetró y eyaculó fuera de su vagina.

FUNDAMENTOS DE LA SALA SUPERIOR

2. El Tribunal Superior sustentó su sentencia condenatoria sobre la base de lo siguiente:

2.1. La menor agraviada con las iniciales X. A. M. D. (hija biológica del procesado), en su sindicación, ha narrado de manera uniforme la forma y circunstancias en que se perpetraron los actos en su contra. Ello, se corrobora con la evaluación psicológica que se le practicó –ratificada en el plenario–, donde se explicó que en el área sicosexual, manifestó que fue tocada por su padre en sus partes íntimas y en el área familiar presentó percepción negativa de la figura paterna.

2.2. Del mismo modo, la sindicación de la agraviada con las iniciales J. A. M. D. (hijastra del imputado), es uniforme por los hechos acontecidos entre abril de dos mil tres –cuando tenía nueve años de edad–, hasta el mes de julio del mismo año, en los domicilios que habitaron en los distritos de Cercado de Lima y Surco. Esto, se corrobora con la Pericia Psicológica N.º 001106 –ratificada en el plenario–, que concluyó, que ha causado en ella, serias perturbaciones emocionales.

- 2.3.** Ambas declaraciones, se corroboran también con las declaraciones de la madre y abuela –de las menores agraviadas–, quienes han narrado la forma y circunstancias en que tomaron conocimiento de los hechos.
- 2.4.** El imputado se ha limitado a sostener que la incriminación en su contra, se ha dado por la manipulación de su esposa y suegra, sin pruebas que lo respalden; sin embargo, no cuenta con bienes ni fortuna que justifique la referida animadversión ni ha podido desvirtuar los resultados de los exámenes psicológicos practicados a las menores.

EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

3. El sentenciado Martín Rey Martínez Rojas interpuso recurso de nulidad de páginas dos mil ciento sesenta y uno, y dos mil ciento sesenta y cuatro. Reclama que no se ha meritado los medios probatorios y no se aplicó el principio de *in dubio pro reo* (la duda favorece al reo). Los argumentos alegados, son repetitivos, confusos y se puede resumir en los motivos siguientes:

RESPECTO A LA MENOR CON LAS INICIALES X. A. M. D.

3.1. La abuela materna de la menor doña Doris Ramírez Aybar, ha brindado versiones incoherentes, respecto a cómo tomó conocimiento de los hechos. Señaló, que se enteró por la consulta médica de su nieta en el Hospital del Niño, donde la doctora le manifestó que presentó infección de transmisión sexual; sin embargo, no recuerda el nombre de la doctora que la atendió.

Tampoco, es coherente con el Certificado Médico N.º 000922-CLS, donde se consignó que la madre de la menor manifestó que la abuela materna se percató cuando le cambió la ropa de dormir a la menor, lo que no coincide con la versión de la madre de la menor Doris del Castillo Ulloa, quien señaló que fue ella, a quien la menor le dijo que su padre le había metido el dedo.

3.2. El citado certificado médico legal, concluyó que no existen lesiones traumáticas recientes. No presentó signos de desfloración ni actos contra

natura, y el médico legista Neptalí Quiroga Ferrer, en juicio señaló que no existe prueba de la introducción del dedo. Ello, se corrobora con el Informe Médico N.º 024-SG-INSN-2007 del Instituto Nacional de Salud del Niño, de dos de abril de dos mil siete –realizado después de tres meses de denunciado los hechos–, suscrita por los ginecólogos Cecilia Gómez Meléndez y Jorge Corimanya Paredes, que concluyó que presentó vulvovaginitis, y no existe desgarró a nivel de himen y ano, explicando en el plenario el dieciséis de agosto de dos mil dieciocho, que se dio por una mala técnica de limpieza, y consignó, que la menor se cogía constantemente los genitales, por la versión de la abuela, pero que no la vio.

- 3.3.** Las declaraciones de la menor, han sido manipuladas por su madre y abuela materna para perjudicarlo.
- 3.4.** La versión de la menor con las iniciales X. A. M. D. no es coherente, si se tiene en cuenta que en la evaluación psicológica realizada por Patricia Ruiz, la citada manifestó, que la menor no podía modular palabras y tenía una serie de problemas por la separación de sus padres. El dieciséis de agosto de dos mil diecinueve, lo ratificado Marita Carolina Cáceres Castillo, y señaló que por la corta edad de la menor, no se pudo obtener mayor información sobre el hecho y no encontraron indicadores específicos que podrían decir que existe alteración a nivel del área sexual.

También, en la Evaluación N.º 009472-2008-PSQ, se consignó en forma textual lo siguiente: “mi papá me agarró la vagina, ahora fue: siendo interrumpida por su madre e indicó que fue el año pasado”, y la menor manifestó: “me pellizcó aquí (señalando su rostro) y está en el colegio inicial”, sin señalar algún tipo de tocamiento indebido.

- 3.5.** A ello, la psicóloga Rosario Nancy Rodríguez Cayo, ofrecida por la madre de la menor, no anexó documental que corrobore las atenciones y terapias de la menor. Tampoco, el tiempo en que las realizó, siendo

extraño que luego de diez años recuerde los pormenores de dichas entrevistas.

CON RELACIÓN A LA MENOR CON LAS INICIALES J. A. M. D.

- 3.6.** La menor agraviada con las iniciales J. A. M. D. (hijastra) ha brindado dos versiones distintas. En la primera, hizo mención a tocamientos, precisando que programaba el despertador a las seis de la mañana, pero sonaba a las dos, y el imputado ingresaba a su dormitorio dos veces por semana, sin brindar mayores detalles; sin embargo, en la segunda, señaló que se los actos los realizaba todos los días en Surco, cuando ya había nacido su hermanita.

Además, en la Clínica Ricardo Palma, le practicaron un "Pediaticheck", en junio de dos mil seis, que concluyó, que los genitales externos de la menor estaban normales. Entonces, al haberse realizado cuando el imputado todavía vivía con la madre de la menor en Surco, acredita que no existió daño alguno en sus órganos genitales externos.

- 3.7.** También, en la evaluación siquiátrica N. 009470-2008 PSQ, del seis de agosto de dos mil dieciocho, la siquiatra Flor de María Salazar Rojas, aludió al término: "insincera", y explicó que no ha visto correlato directo en la versión de la agraviada, y el perito Sami José Acuña, dijo que existían inconsistencias en el relato y su personalidad está en estructuración, siendo los adolescentes fácilmente influenciables.
- 3.8.** Con anterioridad a la denuncia, ya existía otras respecto a la menor con las iniciales X. A. M. C., donde no se encontraron lesiones anales ni perianales, y conforme lo señaló el siquiatra Acuña, la personalidad de la menor, está en formación y estructuración, siendo los adolescentes fácilmente influenciables.
- 3.9.** La madre de las menores, doña Doris del Castillo Ulloa, ha brindado versiones inconsistentes, y es ella quien ha influenciado a las menores en

su contra, conforme se corrobora con los certificados médicos legales practicado a las menores, y desvirtúan los hechos atribuidos en su contra. Además, de haber demostrado la poca preocupación en la salud mental de la menor, puesto que al practicársele las pericias, recién las llevó en una segunda o tercera vez en que era llamada.

3.10. La relación con la agraviada fue excelente, conforme lo acredita con el correo electrónico del diecinueve de octubre de dos mil seis, que le envió y le comunicaba el cambio de su correo y que lo quería mucho. Ello, se corroboró con las declaraciones de las empleadas Nelly Machado Facundo y Fiorella Cabezas Suárez, quienes han manifestado que es un padre ejemplar y el trato respetuoso hacia las menores. La primera, señaló que la menor con las iniciales X. A. M. D., sufría de escaldaduras por no cambiársele el pañal. Así, también, describieron las actividades que realizaba la menor con las iniciales J. A. M. D., y por ello, no pudieron haber sido posible los actos denunciados.

CALIFICACIÓN DEL DELITO MATERIA DE CONDENA

4. El Ministerio Público, por los hechos, en agravio de la menor con las iniciales X. A. M. D., los tipificó en el numeral uno, del artículo ciento setenta y seis-A, concordante con el último párrafo, del citado numeral, del Código Penal, y por la menor con las iniciales menor agraviada con las iniciales J. A. M. D. –la Sala Penal Superior declaró procedente el pedido del Ministerio Público, de desvinculación del tipo penal y adecuó los hechos– al primer párrafo, del artículo ciento setenta y seis-A, numerales dos y tres, concordante con el último párrafo, del citado numeral, del Código Penal¹, que sanciona al agente:

[...] que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a este a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad: 1. Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor de siete ni mayor de diez años. 2. Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, [...]. 3. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce

¹ Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 28704, publicada el 5 de abril de 2006

años, [...]. Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173 [...] la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad.

5. En sede nacional se define a los “actos contrarios al pudor son aquellos tocamientos y manipulaciones que realiza el agente sobre el cuerpo de la víctima así como aquellos tocamientos o actos libidinosos efectuados por el autor con el fin de satisfacer su propia lujuria, dichos tocamientos deben ser lascivos, lúbricos, eróticos, lujuriosos e impúdicos”². Se requiere la concurrencia en el caso concreto de los elementos objetivos, subjetivos y valorativos requeridos por el tipo, es decir, que el agente someta a la víctima a tocamientos en sus zonas sexuales y tratándose de actos libidinosos, que se realizan con la finalidad de obtener una satisfacción erótica.

6. El bien jurídico que se tutela es la indemnidad sexual del menor, entendida como el libre desarrollo sexual y sicológico, protegiendo el libre desarrollo de su personalidad, sin producir alteraciones en su equilibrio síquico futuro, a diferencia de la libertad sexual, que es la facultad que tiene una persona para elegir realizar o no actividades sexuales. En el caso concreto se protege específicamente el pudor de la menor agraviada.

FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL

7. El punto de partida para analizar la sentencia de mérito, es el principio de impugnación limitada que fija los límites de revisión por este Supremo Tribunal; en cuya virtud, se reduce el ámbito de la resolución, únicamente a las cuestiones promovidas en el recurso aludido, las que configuran, en estricto, la denominada competencia recursal del órgano de alzada.

8. Conforme a los motivos de agravio antes citados, corresponde verificar la racionalidad del razonamiento de la Sala de Mérito que fija como probada las premisas y si estas sostienen en los elementos probatorios incorporados legítimamente al proceso, que justifica el efectivo decaimiento de la

² SALINAS SICCHA, Ramiro. *Los delitos de carácter sexual en el código penal peruano*. Lima: Jurista Editores, 2008, pp. 218-219.

presunción de inocencia o por el contrario los cuestionamientos del impugnante tienen amparo.

9. Es un hecho probado que el imputado Martín Rey Martínez Rojas, es padre biológico de la menor agraviada con las iniciales X. A. M. D. y padrastro de la menor con las iniciales J. A. M. D. –hija biológica de su exesposa Doris Edith del Castillo Ulloa–. También, que el cinco de enero de dos mil siete, estuvo en el departamento de Surco, y con fecha anterior, vivieron en el inmueble ubicado en el Cercado de Lima y Surco.

La agraviada con las iniciales X. A. M. D., a la fecha de los hechos; esto es, el cinco de enero de dos mil siete, contaba con dos años y once meses de edad, al haber nacido el veintiocho de enero de dos mil cuatro.

La menor agraviada con las iniciales J. A. M. D., al momento de los hechos, entre abril de dos mil tres, hasta julio de dos mil seis, tenía entre nueve a doce años de edad, al haber nacido el nueve de marzo de mil novecientos noventa y cuatro. Eso, tiene respaldo en las partidas de nacimiento de páginas ciento treinta y ciento treinta y uno, incorporadas al contradictorio vía oralización.

10. Los motivos de impugnación del recurrente Martín Rey Martínez Rojas, es sostener que las menores agraviadas con las iniciales X. A. M. D. y J. A. M. D., han sido influenciadas por su madre y abuela. Y, que la incriminación en su contra, no es uniforme y no está corroborada con elementos probatorios actuados en juicio.

11. Por una cuestión de orden, se analiza el motivo tres punto tres, donde el impugnante sostiene que las citadas agraviadas han sido influenciadas por su madre Doris del Castillo Ulloa y abuela materna Doris Ramírez Aybar; sin embargo, no ha referido algún móvil concreto, que justifique la grave incriminación en su contra, pues solo se sostiene que existen contradicciones en su versión, las que serán analizadas con la prueba actuada. Entonces, de

manera objetiva, no alegó algún móvil espurio de sentimiento de odio, venganza, rencor o similar que justifique la denuncia en su contra. El motivo, no se estima.

12. El motivo tres punto cuatro, está vinculado al motivo tres punto seis, el impugnante reclama que no existe verosimilitud en las declaraciones de las menores agraviadas con las iniciales X. A. M. D. y J. A. M. D., y no está corroborada con elementos probatorios periféricos.

13. Las declaraciones referenciales de las menores agraviadas con las iniciales X. A. M. D., y J. A. M. D., ambas del doce de enero de dos mil siete, de páginas nueve y once, han sido realizadas con la presencia de su progenitora Doris Edith del Castillo Ulloa, su abogada y fiscal de familia. Es decir, cumplen con las formalidades del artículo setenta y dos del Código de Procedimientos Penales, que prescribe: "[...] Las diligencias actuadas en la etapa policial con la intervención del Ministerio Público, [...] no [...] cuestionadas, mantendrán su valor probatorio para los efectos del juzgamiento". También, fueron oralizadas en el contradictorio, en la sesión de página dos mil setenta y tres.

14. Entonces, las declaraciones de las agraviadas serán analizadas individualmente y en conjunto con los motivos impugnados. La menor agraviada con las iniciales X. A. M. D., de página nueve, al ser preguntada, si le han tocado alguna parte de su cuerpo que no le haya gustado, lo negó; y expresó: "papá, es malo", "me quedaba con él, y él me bañaba, y me agarraba", señaló con la mano derecha su cachete derecho y al preguntarle si le tocó la vagina, dijo que sí, asintiendo con la cabeza y pone su mano izquierda entre sus piernas y mira ese lado.

15. Este relato, lo reiteró a nivel sumarial, el diez de setiembre de dos mil siete –después ocho meses de su declaración policial–, de página cuatrocientos treinta y nueve. Señaló, que su papá es muy malo, le tocó su vagina con su pene, señaló la zona entre sus piernas, y que el imputado le tapaba la boca, le pellizcaba, y negó haber sido inducida por alguien para que atribuya los hechos al imputado y Nelly –empleada del hogar–, es mala. Es decir, la menor

agraviada con las iniciales X. A. M. D. describió las circunstancias en las que fue sujeta de los hechos por el imputado.

16. En apoyo a la incriminación sostenida por la menor agraviada con las iniciales X. A. M. D., se presentan elementos probatorios que la validan, como son pruebas periféricas, concomitantes y plurales, orientadas a fortalecer la declaración de contenido incriminatorio de la citada agraviada.

17. Así, está el Certificado Médico Legal N.º 000922-CLS, practicado a la menor agraviada con las iniciales X. A. M. D., de página treinta y uno, del cinco de enero de dos mil siete, suscrito por Neptalí Quiroga Ferrer y Tomás Eduardo Zapata Silva, en cuya data aparece: "refiere la madre Doris del Castillo, [...] hoy 05.01.2007, la abuela se percató que al momento de cambiarle la ropa para dormir, observó la presencia de enrojecimiento de la zona perineal y apertura de la vagina, refiriendo la niña que su papá le introdujo el dedo. Al examen [...] presenta: [...] examen de posición ginecológica con dificultad [...], labios mayores de color rosado en el introito se aprecia la región eritematosa, y concluyó: no presenta signos de actos contra natura y no signos de desfloración reciente. Edad aproximada entre 2 y 4", ratificada por el primero de los citados, en el sumario y en el plenario, de páginas ochocientos ochenta y seis y mil novecientos sesenta.

Aquí, explicó que no existió penetración y el proceso inflamatorio o irritativo puede obedecer a diversos factores. La introducción de un dedo en una zona tan sensible, no solo va estar introito, sino va estar tumefacto e hinchado.

19. En este punto, es de precisar que en el motivo tres punto dos, el impugnante reclama que no existen lesiones de desfloración y actos contra natura en la menor, conforme al certificado médico legal, lo que se corrobora con el Informe Médico N.º 024-SG-INSN-2007. Y los ginecólogos explicaron que la menor presentó vulvovaginitis por una mala técnica de limpieza y lo consignado a que la menor se agarraba la vagina, fue por información de su abuela.

20. Es cierto lo alegado por el impugnante, que el certificado médico legal concluyó que la menor no presentó desfloración, ni actos contra natura. También, que el Informe Médico N.º 024-SG-INSN-2007 del Instituto Nacional de Salud del Niño, suscrita por los ginecólogos Cecilia Gómez Meléndez y Jorge Corimanya Paredes, de página cuatrocientos ochenta y seis, de tres de abril de dos mil siete -después de casi tres meses de denunciado los hechos-, se consignó como motivo de consulta: "Paciente acude con abuela al servicio de ginecología, por presentar flujo vaginal amarillo [...]. Higiene vulvar se realiza con jabón líquido (...). Abuela refiere que padre de la niña, realizó 'tocamientos desde pequeña'". Y en el rubro examen físico: "(...) Himen no desgarras: flujo vaginal amarillo. Margen anal: no desgarras", con diagnóstico de vulvo vaginitis y maltrato infantil, ratificada en el sumario de página seiscientos seis y seiscientos tres respectivamente, por sus suscribientes.

Sin embargo, el último de los nombrados -Corimanya Paredes-, explicó que la infección vaginal podría ser causada por contaminación fecal o mala técnica de aseo, sin descartarse el contagio por contacto físico con otra persona. Es decir, no concluye que la lesión en la región erimatosa, solo obedezca a técnicas de limpieza, pues se detalló diversas causas, pero en el caso, ello también es compatible con lo descrito por la menor agraviada, quien sindicó al recurrente, con los actos de tocamientos en su contra. El motivo no se estima.

21. En relación con el cuestionamiento del impugnante, de sostener que la versión de la menor resulta inconsistente, dado que por su edad, no podía hablar y que al narrar los hechos en su entrevista psicológica, se consignó que fue interrumpida por su madre, para brindar la fecha.

22. Veamos, en el Protocolo de Pericia psicológica N.º 001215-2007-PSC practicado a la menor agraviada con las iniciales X. A. M. D. de página ochenta y tres, suscrito por Patricia Mónica Ruiz Cruz -ratificado en el sumario de páginas setecientos noventa y ocho-, y Marita Carolina Cáceres Castillo -ratificada ambas en juicio oral-, concluyó: "presenta problemas emocionales en la fase de su desarrollo. Requiere de apoyo psicológico y en el rubro de análisis de interpretación de

resultados, en el área sicossexual, la menor expresó haber sido tocada por su padre y en el área familiar, percepción negativa de la figura paterna". La primera, explicó que la menor, narró que su papá es malo, siendo su respuesta, acorde con su edad.

También, al referirse a los tocamientos, su lenguaje fue normal, de acuerdo al crecimiento de la menor observó que se veía afectado por el ámbito disfuncional familiar, y la segunda, que la menor indicó que su padre le pega, y le agarra su cuerpo, y por la edad de tres años, no hace valoración de daños, pero quizá más adelante aparezca y requiere apoyo psicológico. Entonces, las psicólogas antes citadas, no han señalado que por la edad de la menor, no haya expresado los hechos en su agravio.

23. A ello, está la Evaluación Siquiátrica N.º 009472-2008-PSQ practicada a la menor con las iniciales X. A. M. D., el siete de marzo de dos mil ocho –un año y dos meses aproximadamente de la denuncia–, de página setecientos treinta, suscrito por Víctor Eduardo Guzmán Negrón y Melva Pino Echegaray –ratificado a nivel sumarial de página ochocientos sesenta y en el plenario el dieciséis de agosto de dos mil dieciocho– concluyó: "reacción situacional con síntomas predominantemente depresivos y de ansiedad. Personalidad en fase de estructuración, inteligencia clínicamente normal y no psicopatología psicótica". El primero señaló, que las reacciones descritas corresponden a un estresor severo, lo único que hay es la referencia de la menor, a un estresor de tipo sexual.

Aquí, aparece, en el rubro el relato, que la menor expresó: "mi papá, me agarró la vagina, –y se deja constancia que la madre interviene para corregir que fue el año pasado–, y añade, que le peñizó acá, señala el rostro y me tapó la boca, me 'sustó'". También, que Doris del Castillo, madre de la niña, refiere que va estar presente durante la entrevista, y reiteró la forma y circunstancias en que tomó conocimiento de los hechos en agravio de sus menores hijas, y que su hija con las iniciales J. A. M. D., de nueve años, se corta los brazos y estaba en terapia hasta la actualidad. Entonces, es evidente que si bien la madre interrumpió la entrevista de la menor, ello no desvirtúa de modo alguno el relato de la menor. El reclamo se desestima.

24. A ello, está la Historia Clínica de la menor agraviada con las iniciales X. A. M. D. del Ministerio de Salud, de página doscientos catorce, signada con el N.º 734559, donde consta el informe psicológico del treinta de marzo de dos mil siete, con fecha de evaluación de enero a marzo de dos mil siete, suscrito por Vilma Vera Carbajal, –ratificado en el plenario del dieciséis de agosto de dos mil dieciocho–, se consignó que la abuela relató los hechos. Así, también, que la menor tiene tres años y un mes de edad, con una edad mental de cuatro años y cinco meses, con un consciente intelectual superior, y conductualmente, es inquieta, agresiva y se coge continuamente los genitales, con una familia desintegrada, disfuncional y por referencia de la abuela fue víctima de abuso sexual por parte de su padre.

Allí, explicó que evaluó a la menor, en dos o tres sesiones, no vio que la menor se haya tocado los genitales, pero su abuela se lo narró, siendo ese el motivo por el cual, lo consignó; sin embargo, en el rubro de interpretación de resultados de la citada Historia Clínica, se consignó que luego de todo lo narrado por la abuela de la menor en forma textual, lo siguiente: “al preguntársele a la niña sobre su papá, se queda callada y al decirle que le hizo no dice nada solo se toca su área genital”. Ello, denota que no toda la información fue brindada por la abuela, sino que esta fue brindada también por la menor. Su motivo no se estima.

25. En relación con el motivo tres punto cinco, reclama el impugnante que la psicóloga Rosario Nancy Rodríguez Cayo, propuesta por la madre de la agraviada, no anexó documentación que acredite la evaluación realizada.

26. Es cierto, que la psicóloga al concurrir al plenario de página mil novecientos diecinueve, señaló que atendió en el Centro Piloto de Recuperación, a las menores agraviadas. A la de iniciales “X”, le diagnosticó, trastorno emocional por tocamientos indebidos y a la de iniciales “J”, trastornos emocionales por tocamientos, sin contar con documentación; sin embargo, también indicó que la documentación, las quema cada cinco años. Ahora, esta circunstancia en nada enerva el material probatorio antes analizado, si tenemos en cuenta las diversas pruebas científicas a las que fue

sometida la menor. Entonces, analizada las versiones brindadas por la menor, no se advierte contradicción en su versión, pues en lo central se advierte la incriminación uniforme en contra del recurrente, respecto a los actos contrarios al pudor, en su agravio. Su motivo no se estima.

27. En este punto, conforme se anotó, en el motivo tres punto seis, el reclamo del impugnante, es sostener que existen incongruencias en la versión de la menor agraviada con las iniciales J. A. M. D., por no haber señalado de manera uniforme los actos cuestionados, ni las veces que habría ingresado a su dormitorio. Este motivo, está vinculado a los motivos tres punto siete y tres punto ocho del impugnante, dado que esta no guarda coherencia con el Certificado Médico Legal "pediatricheck" y la evaluación siquiátrica que se le practicó a la agraviada.

28. Siguiendo con el análisis de los citados motivos, la menor agraviada con las iniciales J. A. M. D., en su declaración policial de página once, narró que cuando vivía en la otra casa, los días martes y jueves, el imputado llegaba cuando hacía sus tareas, le servía golosinas en un plato, y se quedaba dormida a las siete horas con treinta minutos.

Añadió, que sentía que el imputado, se sentaba al costado y le cogía la pierna, pero no podía despertarse, y al día siguiente amanecía con dolor en su vagina. Relató que el imputado ingresaba en la noche a su dormitorio, desde que tenía nueve años. Ella programaba su despertador para las seis de la mañana, pero sonaba a las dos, abría los ojos, y veía que ingresaba a apagar el despertador, le tocaba su vientre hasta su vagina encima de su ropa.

Luego, a los diez años de edad, amaneció con una raya de sangre en su trusa, y el día anterior, vio cuando el imputado la observaba al dormir, hasta que un día de julio –sin precisar día ni año– ingresó en la noche, se sentó a su lado, se acostó, y en forma textual, señaló: "me tocó mis partes, y al día siguiente, amanecí con moco amarillo". No contó los hechos por vergüenza, hasta que supo de lo ocurrido con su hermana menor, y se lo contó a su madre.

29. Esta versión de los hechos, la menor con las iniciales J. A. M. D., la reiteró en su declaración sumarial, el diez de setiembre de dos mil siete, de página cuatrocientos cuarenta y cuatro, y quinientos cincuenta y ocho. Aquí, añadió, que se despedía con un beso en los labios, era cariñoso con ella cuando estaban solos, creía que se había enamorado de él, pero cambiaba de actitud en presencia de su mamá.

También, describió algunas características del imputado, tales como la cicatriz grande en su pierna, el uso de bóxer a cuadritos, y el color marrón oscuro de sus bellos púbicos. Asimismo, que la penetró una vez, eyaculó fuera de su vagina. No le contó a su madre, solo le decía que le dolía su vientre, y era llevada a la clínica hasta en cinco oportunidades.

30. En ese contexto, los cuestionamientos en relación a las veces en que ingresó a su dormitorio, resultan ser aspectos periféricos que no enervan de modo alguno la incriminación en su contra, pues en lo central, la agraviada le atribuye haberle tocado la vagina en las noches cuando ingresaba a su dormitorio. El motivo no se estima.

31. En apoyo a la incriminación sostenida por la menor agraviada con las iniciales J. A. M. D., también están las pruebas periféricas, concomitantes y plurales, orientadas a fortalecer la declaración de contenido incriminatorio de la citada agraviada.

32. Así, tenemos el Certificado Médico Legal N.º 001080-CLS practicado a la menor con las iniciales J. A. M. D., de página treinta y dos, del ocho de enero de dos mil siete, suscrito por Linda Chang Rodríguez y Jaime Arturo Osoreo Rodríguez –ratificada a nivel sumarial de páginas mil diecinueve y mil veintidós y el plenario, de páginas dieciséis de agosto y tres de octubre de dos mil dieciocho– en cuya data aparece: “menor refiere que su padrastro le da algo de tomar por las tardes y se duerme, amanece con los genitales húmedos, y concluyó: no desfloración, no signos de actos contra natura. Edad aproximada: 13 años”. Explicaron que el himen de la menor está

íntegro, sin desgarró, lo que es irrelevante al tipo penal, de actos contra el pudor que se le atribuyó al recurrente.

33. También, está la Historia Clínica Ambulatoria N.º 172461, de página trescientos cincuenta y siete, donde aparece el "Pediátricheck", del diez de junio de dos mil seis, –no actuado en juicio–, donde aparece: "genitales externos, normales". Estos resultados, efectivamente son compatibles, con los hechos de actos contra el pudor, que señala haber sido sujeta la agraviada por parte del imputado.

34. A ello, está el Protocolo de Pericia Sicológica N.º 001106-2007-PSC, practicado a la agraviada con las iniciales J. A. M. D., de páginas ochenta y cinco, del treinta y uno de enero de dos mil siete –a los veinte días de producido los hechos, suscrito por los sicólogos María Caridad Lamas Calderón de Ramírez y Elmer Amado Salas Asencios –ratificado por ambos a nivel sumarial y juicio oral de páginas cuatrocientos setenta y cuatro y el seis de agosto de dos mil dieciocho–, en la data la menor, reiteró una vez más los hechos en su agravio, y concluyó, que presentó: "reacción a estrés postraumático compatible a estresor de tipo sexual. Requiere terapia sicológica especializada". Y explicó que el relato fue espontáneo, coherente con lo expresado y lo que emocionalmente pensaba. Al describir los hechos, se tornó como ansiosa o inquieta, con bloqueos al expresar la situación que había vivido, con facilidad al llanto y la reminiscencia estaba activa en la menor.

35. En ese misma línea, está la Evaluación Siquiátrica N.º 009470-2008-PSQ practicado a la menor con las iniciales J. A. M. D., el siete de marzo y diecinueve de marzo de dos mil ocho –luego de un año y tres meses de denunciado los hechos en la data reiteró los hechos en su agravio–, de página setecientos cincuenta y cuatro, suscrito por Flor de María Salazar Rojas y Sami José Acuña Buleje –ratificada por ambos, a nivel sumarial y en el plenario de páginas setecientos setenta y seis, setecientos ochenta y uno, y sesión del seis de agosto y tres de octubre de dos mil dieciocho–, concluyó: "no presenta alteraciones en su desarrollo sicossexual, personalidad en fase de estructuración, inteligencia clínicamente dentro de los parámetros normales y no sicopatología de sicosis".

Explicaron, que existe coherencia en el relato de la examinada, y observaron que si los hechos hubiesen ocurrido ella ya los ha superado, pero lo objetivo es que no tiene alteración en su desarrollo sicosexual.

36. Entonces, el reclamo del impugnante, al sostener que los suscribientes de la Evaluación Siquiátrica N.º 009470-2008 PSQ, los peritos Flor de María Salazar Rojas, y Sami José Acuña, la primera las nombradas, expresa el término "insincera", y el segundo, señaló que existió inconsistencias en el relato de la menor con las iniciales J. A. M. D., quedó desvirtuado, al responder que no se descarta que la menor, haya tenido algún tipo de evento de estresor en su vida sicosexual, en tanto que las alteraciones en este nivel aparecen meses o años después incluso en su vida adulta. A ello, está prueba tiene que ser evaluada en el contexto integral del resto de medios probatorios. Los motivos no se estiman.

37. Sumado a ello, se tiene como dato objetivo cierto, la forma y circunstancias de cómo se denunciaron los hechos en agravio de las menores agraviadas con las iniciales X. A. M. D. y J. A. M. D.

En el punto "I. Información", del Atestado Policial de página dos, consta O.D.C. N.º 011, a las veintiocho horas, del cinco de enero de dos mil siete, Doris Edith del Castillo Ulloa, denunció que al llegar a su domicilio y asear a la menor hija con las iniciales X. A. M. C. de dos años y once meses, se percató que su vagina, estaba enrojecida con un punto rojo, en la parte interior y al preguntarle qué había pasado, su niña le indicó "mi papá, me metió el dedo y me dolió", hecho que le sorprendió por cuando se encuentra separada de su esposo y él, estuvo en su casa, ese día desde las once y media hasta las dieciocho horas.

También, consta la D.D. N.º 002, del ocho de enero de dos mil siete, a las siete con treinta horas, se presentó Doris Edith del Castillo, quien denunció al imputado actos de violación a su menor hija con las iniciales J. A. M. D., quien

ingresaba en las noches a su dormitorio, y presume que le daba de tomar algo para que se quede dormida, y cuando despertaba sentía que le dolía la vagina desde hacía dos años, siendo ese día a las cinco horas que la menor le contó lo sucedido.

38. Esta forma y circunstancias de cómo se conocieron los hechos, fueron ratificadas por la madre biológica de las menores agraviadas, doña Doris Edith del Castillo Ulloa, a nivel policial de páginas doscientos cuarenta y nueve y doscientos setenta y ocho.

Narró, que está separada del imputado desde el 2006, pero tenía ingreso libre a su domicilio. El cinco de enero de 2007, llegó de trabajar y vio triste a su madre Doris Ramírez Aybar de Yaya, le contó que su hija con las iniciales X. A. M. D. le había dicho que su papá “le metió el dedo a su vagina, y le había dolido”, lo que confirmó con la menor, al preguntárselo. Por eso, llamó por teléfono al imputado, a reprocharle e interpuso la denuncia.

A los pocos días, su hija con las iniciales J. A. M. D. le contó llorando, que en las noches, el imputado, desde que se casó, le metía la mano, la tocaba, le sobaba la vagina, y se echaba a su costado. Añadió, que la empleada Rosa, le comentó que el imputado, se levantaba en las noches y se dirigía al cuarto de la agraviada, y escuchaba el llanto de ella, y en el colegio donde estudiaba le comentaron que se comportaban como enamorados.

39. En el plenario –sesión del dieciséis de octubre de dos mil dieciocho–, la citada agregó que su hija con las iniciales J. A. M. D., veía al imputado como padre, se llevaban bien como familia hasta que quedó embarazada de su hija con las iniciales X. A. M. D., Añadió, que no mantuvieron relaciones sexuales, hasta después de dar a luz a su segunda hija, y de manera esporádica. También, que su madre, conoció de los hechos, porque bañó a su niña con las iniciales X. A. M. D., notó conductas extrañas en la menor, le aplicaba hipoglós, y ya no usaba pañales. También, que el procesado la bañaba, le daba de comer, y vio en las partes íntimas de su hija un punto de sangre y

atribuyó los hechos al imputado porque él, se encargó de su baño. Luego, su hija con las iniciales J. A. M. D. le contó los hechos, y quien ha tenido cuatro intentos de suicidio. Se hizo cortes en las muñecas para auto infringirse, en el colegio, le decían que el imputado la besaba en la boca. Además, de los episodios de llanto que tenía la menor, y siempre le decía que le dolía algo, tenía gastritis psicológica.

40. La abuela materna de las menores agraviadas, doña Doris Ramírez Aybar de Yaya –a nivel policial, sumarial y plenario de páginas veintiséis, quinientos setenta y nueve, ochocientos noventa y uno, y sesión del dieciséis de octubre de dos mil dieciocho–, corroboró como se conocieron los hechos, señaló que la médico del Hospital del Niño, le manifestó que la agraviada con las iniciales X. A. M. D. tenía una infección de transmisión sexual y el cinco de enero de dos mil siete, observó que la vagina de la menor estaba inflamada, pese a que ya no usaba pañal y al comunicarle al imputado, este le respondió que era su padre, y al preguntarle a ella, le expresó: “mi papá, me metió el dedo y me dolió”. Respecto a su nieta con las iniciales J. A. M. D. señaló que en el Hospital del Niño, el dijeron que había sido penetrada y que ella siempre paraba enferma.

41. El reclamo del impugnante en el motivo tres punto uno, está vinculado con el motivo tres punto nueve, al sostener que existen contradicciones en las declaraciones de la madre de las agraviadas Doris Castillo Ulloa, y abuela de la menor Doris Ramírez Ayvar, respecto a cómo se conoció los hechos. Ello, también resultan ser aspectos periféricos que no enervan la incriminación en su contra, pues el hecho real y concreto, es que se inició la denuncia por los hechos acontecidos el cinco de enero de dos mil siete, en agravio de la menor con las iniciales X. A. M. D. motivo por el cual, la menor con las iniciales J. A. M. D. decide contar los hechos en su agravio. Los motivos, no se estiman.

42. Frente a la imputación de las citadas menores agraviadas, el imputado Martín Rey Martínez Rojas, –a nivel policial, sumario y plenario, de páginas veintidós, ciento sesenta y ocho, ciento setenta y tres, mil quince, y mil veintiocho–, negó los cargos imputados en su contra. Sostuvo, a nivel policial y sumarial, que no se

quedaba a solas con la menor con las iniciales X. A. M. D., quien era su adoración, siempre estaba su suegra, las empleadas –Nelly Machado Facundo desde febrero de 2005 hasta fines de julio de 2006 y Fiorella Cabezas Suárez desde setiembre de 2006 hasta la primera semana de enero de 2007– o su hijastra, y con esta última siempre tuvo una relación de padre e hija, le cambiaba el pañal y sabía que tenía escaldadura, pero no irritaciones, le sorprende los hechos que se le atribuyen, los besos eran en la mejía y se los daba la menor.

También, negó haber ingresado al cuarto de la citada menor. No se explica los motivos de la denuncia, siendo probablemente influenciadas por su madre y suegra. Sostiene que tienen un proceso civil, de tenencia, y que la menor señaló que su abuelita y mamá le dijeron que diga eso. Y vivió con las menores primero en la casa de la madre de su exesposa, y desde octubre de 2006 ya no vivía en el departamento, pero iba a visitar a su hija los días martes o jueves porque los demás días trabajaba en un instituto de inglés. Los que coinciden con lo narrado por la menor con las iniciales J. A. M. D.

43. En este punto es de precisar que en las diligencias de confrontación realizada entre el imputado con la testigo Doris Edith del Castillo Ulloa, y el imputado con Doris Ramírez Aybar de Yaya, en juicio oral, ambas en sesión del dieciséis de octubre de dos mil dieciocho, reiteraron sus posiciones.

44. Sin embargo, esta versión exculpatória de los hechos, guarda coherencia con el Protocolo de Pericia Sicológica N.º 008516-2007, practicado al imputado Martín Rey Martínez Rojas, el veintinueve y treinta de marzo de dos mil siete, suscrita por Boris Raúl Quincho Yaya y José García Jiménez, -ratificado a nivel sumarial de página setecientos ochenta y seis y juicio oral, sesión de seis de agosto de dos mil dieciocho-, concluyó: "presenta personalidad con rasgos histriónicos, obsesivos y disociales". Explicó, que es una persona detallista, minuciosa, meticulosa, y cuando no se cumplen estas tareas se torna impulsivo o a veces puede mostrarse frustrado, tiene rasgos histriónicos, puede mostrarse seductor y es disocial, evade los hechos, que puede haber realizado, y son críticos a la normas convencionales de la sociedad, no se presenta honesto, advierte

actitud de resistencia y no querer colaborar, distante con el hecho investigado.

45. Eso, es coherente también con la Evaluación Siquiátrica N.º 009506-2008-PSQ, de página mil ciento treinta suscrito por Melva Pino Echegaray y Víctor Eduardo Guzmán Negrón, –ratificado a nivel sumarial por el primero de los nombrados, y por ambos en juicio oral, sesión del dieciséis de agosto de dos mil dieciocho–, concluyó; “personalidad con rasgos narcisistas, inteligencia clínicamente normal, no presenta sintomatología sicótica. Perfil sexual, tendencia heterosexual, capacidad eréctil normal, no presenta variantes”.

También, explicaron que hay cierta dificultad en ponerse en los zapatos de los demás, suele haber cierto grado de empatía, no tiene manejo adecuado de sus impulsos, por sus necesidad e incluso instintos, tipo inmaduro, que se frustran con facilidad, es problemático, primero son sus necesidades, luego los demás.

46. En esa misma línea, la evaluación Siquiátrica N. 008625-2007–PSQ, de página quinientos doce, suscrito por Melva Pino Echegaray y Delforth Manuel Laguerre Gallardo, –ratificado a nivel sumarial por el segundo de los nombrados, y por ambos en juicio oral, del dieciséis de agosto de dos mil dieciocho–, concluyó: “no presenta trastorno de personalidad, no presenta sicopatología de psicosis, e inteligencia clínicamente normal”; y explicaron que desde el punto de vista siquiátrico, no presenta trastorno que lo aleje de la realidad, con inteligencia normal y sabe las consecuencias de sus actos.

47. En el motivo tres punto diez, el impugnante reclama que mantuvo relaciones cordiales con la menor agraviada con las iniciales J. A. M. D. y con la menor agraviada con las iniciales X. A. M. D., lo que se corrobora con el correo electrónico, fotos que le mandó la agraviada, y las declaraciones de las testigos Nelly Machado Facundo y Fiorella Cabezas Suárez –empleadas de las menores agraviada–, quienes han señalado que el trato del imputado con la agraviada era de padre a hijas.

48. Es cierto, que en expediente se encuentra el correo electrónico enviado por la menor con las iniciales J. A. M. D. –donde consta el cariño expreso por la menor con las iniciales J. A. M. D. hacia el imputado– Así, también, que las citadas testigos brindaron sus declaraciones en el juicio oral de páginas mil quinientos noventa y a nivel sumarial de páginas doscientos noventa y dos y doscientos noventa y ocho, y describieron el trato de padre a hijas con las agraviadas; sin embargo, conforme lo han mencionado las citadas agraviadas, el horario de trabajo de las citadas empleadas, era de seis y media hasta las ocho y treinta de la noche y de nueve de la mañana hasta las diez de la noche respectivamente, lo que evidentemente no guarda relación con el horario en que las menores señalaron que ocurrieron los hechos (horas de la noche). Tanto más, si la naturaleza del delito que se le atribuye, por lo general acontece en la clandestinidad, donde la única testigo es la víctima.

49. Entonces, del material probatorio antes analizado se concluye que la sindicación de las menores agraviadas con las iniciales X. A. M. D. y J. A. M. D. resultaron ser uniformes, coherentes y persistentes en el relato incriminatorio, contra el sentenciado, quien resultó ser su padre biológico y padrastro respectivamente, versiones que resultaron ser compatibles con la forma y circunstancias en que las citadas fueron víctimas de tocamientos indebidos en sus partes íntimas (vagina) a la primera el cinco de enero de dos mil siete, y a la segunda desde que tenía nueve años de edad.

50. Por las razones antes expuestas, este Supremo Tribunal comparte la decisión arribada por el Tribunal de Mérito que acreditan que la prueba de cargo antes analizada, determina que el sentenciado aprovechando el prevalimiento que tenía por el vínculo que le unía con las agraviadas (padre biológico y padrastro) realizó tocamientos indebidos en sus partes íntimas. En consecuencia, su conducta es típica porque se adecua a los supuestos de hecho del tipo penal de actos contra el pudor, previsto en el artículo ciento setenta y seis-A, numerales uno y dos, concordado con el último párrafo del citado numeral y que por la forma de comisión, fue a título de dolo.

51. Por tanto, su conducta es antijurídica, porque no está autorizado por norma jurídica y el sentenciado estuvo en plena condiciones físicas y psicológicas mínimas para comprender el acto delictivo que cometió; sin embargo, actuó en contra de la norma jurídica penal y alteró la paz social, siendo culpable del evento criminoso, lo que determina su responsabilidad penal.

DOSIFICACIÓN DE LA PENA

52. La determinación judicial de la pena implica un proceso realizado por el juzgador, por lo que su graduación debe estar debidamente razonada y ponderada, respetando los ámbitos legales referidos tanto a la configuración de la pena básica –definida como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias que modifican la responsabilidad genérica, sean agravantes y/o atenuantes–, como la determinación de la pena concreta o final, que es el resultado de la aplicación de los factores de individualización estipulados en los artículos cuarenta y cinco, cuarenta y cinco A, cuarenta y seis del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por las penas básicas y a partir de criterios referidos al grado de reproche y grado de culpabilidad del agente.

53. En el presente caso, se demostró la responsabilidad penal del encausado en el delito de actos contra el pudor, tipificado en el primer párrafo del artículo ciento setenta y seis-A, numerales uno y dos, concordante con el último párrafo, del citado numeral, del Código Penal, sanciona con pena privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de doce años. En el presente caso, se configuró un concurso real de delitos.

54. El primer ámbito de determinación de la pena, se tiene los presupuestos del artículo cuarenta y cinco del Código Penal, como son, las carencias sociales que hubiere sufrido el acusado, nivel de cultura y costumbres. En el presente caso, el encausado, tiene grado de instrucción superior, es de ocupación profesor, de treinta y seis de edad –al momento de los hechos–, conviviente, conforme a la ficha Reniec y generales de ley, de página mil doscientos dieciocho, y ciento sesenta y ocho, las que no fundamentan una

rebaja por debajo del mínimo legal. Ocurre lo propio con la ausencia de antecedentes penales de página seiscientos cincuenta y ocho.

55. Se trata de circunstancias genéricas de atenuación. No converge circunstancia adicional de orden procesal o sustantiva, por lo que, es factible ubicar las penas concretas, dentro del primer tercio.

56. Entonces, conforme a los presupuestos antes analizados, le corresponde imponer al imputado, la pena de once años de pena privativa de libertad por cada delito, la que se erige como razonable y proporcional, surtiendo de mejor manera su finalidad preventiva especial respecto al sentenciado y de prevención general negativa frente a la sociedad en su conjunto y con el principio de proporcionalidad de las penas, como valor constitucional, implícitamente derivado del principio de legalidad penal, reconocida en el artículo dos, numeral veinticuatro, literal d, de la Constitución Política del Estado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. NO HABER NULIDAD en la sentencia del treinta y uno de enero de dos mil diecinueve, de página dos mil ciento veintiuno, emitida por la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que condenó al encausado **MARTÍN REY MARTÍNEZ ROJAS**, como autor del delito contra la libertad, violación de la libertad sexual, en la modalidad de actos contrarios al pudor, en agravio de las menores con las iniciales X. A. M. D. y J. A. M. D.; y fijó en la suma de tres mil soles, por concepto de reparación civil, que deberá abonar el sentenciado, a favor de cada una de las agraviadas y se someta el sentenciado al tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social.

II. HABER NULIDAD en el extremo que le impuso veinticuatro años de pena privativa de la libertad; y reformándola: le impusieron veintidós años de

pena privativa de la libertad; que será computada desde que sea habido, oficiándose con tal fin. Con lo demás que contiene; y, los devolvieron.

Intervino el juez supremo Castañeda Espinoza, por licencia de la jueza supremo Barrios Alvarado.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

CASTAÑEDA ESPINOZA

BALLADARES APARICIO

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

IEPH/mrce