



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
DE VENTANILLA

SALA PENAL DE APELACIONES

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA PUENTE PIEDRA
VENTANILLA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE DE LA SALA PENAL DE VENTANILLA Y JUZ PENAL
COLEGIADO
Vocal: INGA MICHUE Olga Lidia FAU 20159981216 soft
Fecha: 30/10/2020 22:03:01 Razón: RESOLUCION JUDICIAL D Judicial:
PUENTE PIEDRA - VENTANILLA / VENTANILLA FIRMA DIGITAL JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
PUENTE PIEDRA - VENTANILLA -
Sistema de Notificaciones
Electrónicas SINOE
SEDE DE LA SALA PENAL DE
VENTANILLA Y JUZ PENAL
COLEGIADO
Vocal: MIRAVAL FLORES
ALFREDO / Servicio Digital - Poder
Judicial del Perú
Fecha: 30/10/2020 22:16:43 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D Judicial: PUENTE

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
PUENTE PIEDRA - VENTANILLA -
Sistema de Notificaciones
Electrónicas SINOE
SEDE DE LA SALA PENAL DE
VENTANILLA Y JUZ PENAL
COLEGIADO
Vocal: LLANOS LAURENTE
Flaviano Ciro FAU 20159981216
soft
Fecha: 30/10/2020 22:28:14 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D Judicial: PUENTE

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
PUENTE PIEDRA - VENTANILLA -
Sistema de Notificaciones
Electrónicas SINOE
SEDE DE LA SALA PENAL DE
VENTANILLA Y JUZ PENAL
COLEGIADO
Secretario: HUAMAN CUTISACA
LISETH EULALIA / Servicio Digital
Poder Judicial del Perú
Fecha: 30/10/2020 22:31:19 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D Judicial: PUENTE

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

EXPEDIENTE : 01040-2019-5-3301-JR-PE-01
ESPECIALISTA: LISETH HUAMAN CUTISACA
IMPUTADO : EDWAR BACILIO ZÁRATE ZANGAMA
DELITO : ACTOS DE CONNOTACIÓN Y LIBIDINOSOS
AGRAVIADO : M.J.P.M. (DOCE AÑOS)
PROCEDENCIA: JUZGADO PENAL COLEGIADO PERMANENTE DE VENTANILLA

RESOLUCIÓN N° VEINTE

Ventanilla, treinta de octubre
Del año dos mil veinte.

VISTOS: En audiencia pública, por la Sala Penal de Apelaciones, integrada por la juez superior Olga Lidia Inga Michue (Presidenta), el juez superior Alfredo Miraval Flores y el juez superior Flaviano Ciro Llanos Laurente (Director de debates), llevada a cabo el dieciséis de octubre del año dos mil veinte, con la participación de la representante del Ministerio Público, el Fiscal Superior Dr. Aldo Cairo, la defensa técnica del sentenciado Dr. Marco Antonio Basilio y el propio apelante; el recurso de apelación de sentencia interpuesto por la defensa del sentenciado contra la sentencia, emitida mediante resolución número ONCE de fecha treinta y uno de enero de dos mil veinte por los siguientes fundamentos:

El abogado de la defensa, solicita como pretensión principal que se REVOQUE la recurrida y reformándola se le absuelva de los cargos imputados y como pretensión accesoria solicita se declare la NULIDAD de todo el juicio oral que condena al recurrente por el delito contra la Libertad Sexual, en la modalidad de **Tocamientos, Actos de connotación sexual o libidinosos en menores de edad** en agravio de la menor de iniciales M.J.P.M., impone nueve años de pena privativa de libertad efectiva, fija en mil soles por pago de concepto de Reparación Civil; y, en consecuencia, absuelva de los cargos a su patrocinado. En su escrito de apelación, expone los agravios que dan fundamento a su pretensión (principal y accesoria), siendo estos:

- “(...) me refiero a que, la Fiscalía no solicitó al Juzgado de Investigación Preparatoria en su oportunidad la CONFIRMATORIA de la incautación de dicho objeto, conforme lo dispone el artículo 218° numeral 2 concordante con el artículo 316° numeral 2 del Código Procesal Penal.”



- “Al referirme a las contradicciones, están referidas a que, el primer efectivo policial (Marco Antonio Huarcaya Siguas), refiere que intervinieron al sujeto y que luego escuchó que no sabía que le pasó indicó donde estaba el cuchillo y los llevó hasta la cocina donde lo ubicaron; empero, el segundo efectivo (efectivo Policial Gerardo José Calderón Bonifacio) señaló que lo intervinieron y como había mucha gente que procuraban agredirlo **lo llevaron a la comisaría de Pachacútec**, y que la menor le dijo que fue amenazada con un cuchillo y el detenido lo llevó donde se encontraba, agregó también que la menor señaló que la agarró por el cuello y con la otra mano tenía el cuchillo. (...) **i)** Como se podrá apreciar, el segundo efectivo nunca se refirió que el detenido le había indicado que no sabía que le pasó, lo que presuntamente escuchó el primer efectivo, **ii)** Asimismo, el primer efectivo nunca refirió que la menor indicó que la agarró del cuello y en la otra mano tenía el cuchillo, y finalmente en cuanto a la incautación es que, el **iii)** Primer efectivo hace alusión que luego de detenido el intervenido indicó (inmediatamente) donde se encontraba el cuchillo y los llevó hasta dicho lugar, sin embargo, el segundo efectivo señaló que una vez detenido lo llevaron a la Comisaría de Pachacútec, por salvaguardar su integridad ya que los vecinos querían agredirlo, y que la menor le dijo que fue amenazada con un cuchillo y que el detenido los llevo al lugar donde se encontraba, lo que haciendo una interpretación de este último, fue que primero lo llevaron a la Comisaría y cuando la menor les indicó en que fue amenazada con un cuchillo retornaron al domicilio para recogerlo, lo que se condice con lo declarado por mi defendido en su declaración, al referirse que fue detenido y lo conducían a la Comisaría y a medio camino decidieron retornar al domicilio para que le indique donde se encuentra el cuchillo, negando en todo momento que nunca amenazó a la menor, menos que haya efectuado tocamientos a ella y que el cuchillo fue utilizado y dejado donde se encontraba porque había sido utilizado en el desayuno.”
- “Que, como parámetro que establece el Acuerdo Plenario N°2-2005/CJ-116, a fin de que la sindicación de la víctima genere certeza y convicción en los jueces para emitir pronunciamiento, se requiere de corroboraciones periféricas, y en el presente caso estas no cumplen con los estándares probatorios, dada la omisión advertida por la defensa en el numeral anterior, a la incautación como la que se realizó, vulnera derechos fundamentales por lo que el efectivo policial al comunicarle a la fiscalía, este último debió de solicitar la confirmatoria, a fin de que dichos objetos obtenidos de forma irregular sean medios de prueba idóneos, útiles y pertinentes, de modo que, generen convicción en el pronunciamiento del ad quo, y solucione la controversia de acuerdo a las prerrogativas de la norma constitucional y procesal penal.”
- “(...) De igual manera conforme a lo expuesto por los dos testigos referenciales constituidos por los dos efectivos policiales en el cual existe inconsistencia, no se debe considerar como corroboración periférica y darle una valoración probatoria que constituiría para el Ad quo como VEROSIMILITUD, conforme lo ha resuelto en el numeral 8 literal c) (fojas 27).”
- “(...) En cuanto a la testigo de referencia, doña Amelia Erazo Asencio, abuela de la menor agraviada (...) De lo declarado, en ningún extremo la abuela de la menor ha señalado que el detenido la agarró del cuello con un brazo y



con el otro sujetó el cuchillo, solo indica a la pregunta del director de debates que era cuchillito, por lo tanto, no existe coherencia entre lo declarado por la menor y lo señalado por la testigo que habiendo sido la primera que la atendió, en tal sentido, no existe verosimilitud conforme así lo ha determinado el Ad quo."

- "(...) En cuanto a la Declaración de la testigo Colorina Murayari Erazo, madre de la menor agraviada... De lo declarado, en ningún extremo la madre de la menor ha señalado que el detenido la agarró del cuello con un brazo y con el otro sujetó el cuchillo. no existe coherencia entre lo declarado por la menor y por la testigo, en tal sentido no existe verosimilitud conforme así lo ha determinado el Ad quo."
- "(...) En cuanto al protocolo de Pericia Psicológica N° 07519-2019 realizada a la menor, en la que concluye claramente en uno de sus indicadores **"NO PRESENTA INDICADORES DE AFECTACION EMOCIONAL COMPATIBLE A MATERIA DE INVESTIGACION"**. Por lo tanto al no existir una afectación emocional ni daños no puede ser valorado dicha pericia en esta sentencia condenatoria, empero, el Ad quo, valoró que pese a no presentar afectación psicológica, la menor presentó una situación psicológica de reacción ansiosa como consecuencia del hecho, existiendo un perjuicio, sin embargo, no determina respecto que la menor miente, conforme lo expuso la madre, aunado a ello, no se le ha evaluado si en efecto tiende a mentir siendo una pericia muy importante."
- "(...) Respecto a la cámara Gesell practicada a la agraviada, se tiene por principio de inmediación, se ha advertido y también lo ha señalado el Ministerio Publico de que la menor tiende a esquivar las preguntas, no narra en forma persistente, ni coherente, cuando la perito le pregunta, ¿has tenido otro problema parecido a este? Dijo que si, con otra persona, **pero no quiere declarar al respecto**, y para esta defensa eso se condice con lo que ha declarado mi defendido, de que esta niña tiene una relación que no quiere que se conozca con una persona mayor de edad que cuenta con 21 años, lo que trae a colación que siempre miente. (...) Debo agregar que las preguntas efectuadas por la perito psicóloga son repetitivas, y sugerentes, guiando a dar respuestas a la entrevistada, en tal sentido no se condice con la declaración de los demás testigos, existiendo mucha duda respecto a lo narrado, siendo valorado por el Ad quo. (fojas 23)."
- "Que, la Pericia Psicológica N° 102010-2019PSC, practicada a mi defendido (...) en ningún extremo, concluye respecto a su perfil psicosexual, esta pericia no cumple con los requisitos en que las conclusiones refieran respecto al conflicto, la inmadurez psicosocial, características de personalidad, reincidencia, por el contrario; este certificado médico beneficia a mi defendido en el extremo que no realizó los hechos narrados por la menor (...) no puede ser valorado por motivo que nos encontramos con una pericia de **evaluación de personalidad y no de una pericia psicosexual.**"
- "Finalmente, no se ha tomado en cuenta las declaraciones de mi defendido, quien ha sido persistente en sus declaraciones al señalar que no ha efectuados actos de tocamientos en contra de la agraviada, que en efecto la invitó a su casa para regalarle unas zapatillas, no está en discusión, que solo le llamó la atención porque estaba saliendo con una persona mayor de edad y que ella solo cuenta con 12 años, que estaba consumiendo drogas,



nunca amenazó a la menor, que la puerta se cerró sola, él no la cerró menos con llave, la puerta por su propio peso se cerró, debiendo de tomarse en cuenta y valorarse su testimonio."

I.- ANTECEDENTES:

1.1. HECHOS IMPUTADOS

Conforme se describe en la sentencia materia de apelación, se indica que: "(...) este es un hecho ocurrido después de las 14:00 horas del día 18 de junio del año 2019, en el domicilio ubicado en la Mz, C Lote 10 del AA. HH Los Naranjos Pachacútec - Ventanilla, domicilio que corresponde al mismo acusado. Se conoce y es parte de la acusación que la menor agraviada engañada en el sentido de que fue hasta el domicilio del acusado porque éste le iba a regalar un par de zapatillas fue llevada al interior del cuarto donde domiciliaba el acusado, estando la menor agraviada en el interior, el acusado cerró la puerta, la hizo sentar sobre la cama y es ahí donde realizó los tocamientos, en sus senos, en sus piernas, y en su vagina; que ante esta situación la menor agraviada se asustó y quiso salir del lugar lo que fue imposibilitado por el mismo acusado quien incluso para evitar que la menor salga le mostró un cuchillo, que fue además incautado el día de los hechos, y que ocurrió después de que la menor fue tocada en las partes antes señaladas, después de estos hechos, la menor salió del referido cuarto del acusado para pedir ayuda y contó lo sucedido a su abuela quien estaba a cargo de la menor, quien además hizo la denuncia respectiva procediéndose a la intervención y la inmediata captura del ahora acusado, (...)."

1.2. IMPUTACIÓN CONCRETA

Se le imputa a **EDWAR BACILIO ZÁRATE ZANGAMA** haber realizado tocamientos de connotación sexual a la menor de iniciales **M.J.P.M.** (12 años); los hechos ocurrieron en la habitación del acusado, lugar en el que concurrió la menor al haberle ofrecido el acusado el regalo de un par de zapatillas. Es así que, los hechos descritos se subsumen en el artículo 176º - A del Código Penal, delito de Tocamientos, Actos de connotación sexual o libidinosos en menores de edad.

1.3. SENTENCIA APELADA

Es materia de impugnación la sentencia signada con la resolución número ONCE de fecha treinta y uno de enero de dos mil veinte, expedida por el Juzgado Penal Colegiado Permanente de Ventanilla, que falla: "**1. CONDENANDO** al acusado **EDWAR BACILIO ZARATE SANGAMA**, al habersele hallado culpable a título de **autor** de la comisión del delito contra la libertad sexual - **Tocamientos, Actos de connotación sexual o libidinosos en menores de edad**- en agravio de la menor identificada con las iniciales M.J.P.M.; ilícito previsto y penado en el artículo 176-A del Código Penal, modificado por la Ley N° 30838; y como tal se le impone la pena de **NUEVE AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EFECTIVA**, que computada desde la fecha en que se encuentra con prisión preventiva, esto es desde el día 18 de junio del año 2,019, vencerá el día 17 de junio del año 2,028, fecha en que será puesto en inmediata libertad, siempre y cuando no exista



mandato de detención emanada de autoridad competente; **2. FIJARON** por concepto de reparación civil la suma de **S/. 1,000.00** soles que deberá pagar el sentenciado a favor de la menor agraviada; la que se exigirá se haga efectivo en ejecución de sentencia, durante su permanencia en el establecimiento penitenciario, para cuyo efecto se remitirá en su oportunidad el expediente al juzgado de investigación preparatoria", con lo demás que contiene.

1.4. ÓRGANOS DE PRUEBA ACTUADAS EN JUICIO ORAL

TESTIGOS:

1. Testimonial de **Amelia Erazo Asencio** (abuela de la menor agraviada).
2. Testimonial de **Marco Antonio Huarcaya Siguas** (policía interviniente).
3. Testimonial de **Gerardo José Calderón Bonifacio** (policía interviniente).
4. Testimonial de **Colorina Murayari Erazo** (madre de la menor agraviada).

PERITOS:

5. Examen del **perito Wilmer Aquiles Giraldo Carranza**.
6. Examen de la **perito Elena Judith Contreras Collantes**.
7. Examen del **perito Cristian Michael Sánchez Gómez**, quien suscribió el Certificado Médico Legal N° 007486-L-D y el Certificado Médico Legal N° 007487-DCL.

DOCUMENTALES:

8. **Acta de inspección fiscal**, a fs. 64-65.
9. **Visualización del DVD de cámara Gesell** en sobre debidamente lacrado, obrante en la página 63.
10. **Certificado Judicial de Antecedentes Penales de Edwar Bacilio Zarate Sangama**, N°3600429, a fs. 67.
11. **Acta de Nacimiento perteneciente a la menor de iniciales M.J.P.M.**, de fojas 66.

II.- FUNDAMENTOS:

2.1. TUTELA JURISDICCIONAL Y EL DEBIDO PROCESO

El Tribunal Constitucional ha señalado, que: " *la tutela judicial efectiva como marco objetivo y el debido proceso como expresión subjetiva y específica, ambos previstos en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú. Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela e los derechos subjetivos. El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en*



su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer."¹;

La Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 292-2014-Ancash, ha establecido que "las garantías constitucionales del proceso penal se erigen como límite y marco de actuación de la justicia penal"; y en cuanto al derecho a probar afirma que: "**este derecho garantiza a las partes la obligatoriedad del juzgador de atender a sus solicitudes de prueba ofrecidas, siempre que resulten pertinentes y necesarias dadas en el tiempo y forma (...)**". (Resaltado nuestro). Asimismo ha establecido: "Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente, ello significa, primero, que las pruebas estén referidas a los hechos objeto de imputación y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostenerse un fallo condenatorio. Asimismo, que esta sea legítima y legal."²

2.2. MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES

El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales por parte de los operadores de justicia penal -reconocidos por los artículos 139.3 y 139.5 de la carta política de 1993- es parte integrante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, al cual se conduce. La importancia de la satisfacción del derecho a la motivación de las resoluciones radica en que justamente a través de la motivación se puede determinar si una decisión judicial es arbitraria o no, lo cual permite a su vez la realización del antes aludido principio de interdicción de la arbitrariedad. Motivo por el cual el contenido esencial del derecho a la motivación de resoluciones judiciales ha sido graficado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del 23 de julio del 2002 (Exp. N° 1289-2000-AA/TC), en la que se indica que el mismo comprende: "El derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes".

2.3. COMPETENCIA DEL ÓRGANO REVISOR

Conforme al artículo 409° del Código Procesal Penal se establece la competencia del Tribunal Revisor afirmando: "1) La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, **así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante (...)**".

2.4. NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES

¹ EXP. N.º 8123-2005-PHC/TC LIMA

² Casación: 10-2007, La Libertad, FFDD. 5 y 6



El Código Procesal Penal, establece en su Artículo 149° y 150°³, el principio de taxatividad en primer orden, mediante el cual, solo la inobservancia de las disposiciones establecidas en éste código, para las actuaciones procesales es causal de nulidad; estableciéndose como segundo orden, causales de nulidad absoluta, siendo entre ellos, la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución.

2.5. PRUEBA PRECONSTITUIDA Y PRUEBA ANTICIPADA

En principio debemos indicar que la valoración de la prueba es un principio fundamental que se encuentra inmerso en el debido proceso, que consagra el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, de tal modo que la valoración de la prueba se constituye como un imperativo constitucional para permitir el control de la actividad del Juez, por tanto, debe tenerse como prueba solo las que reúnan los requisitos de legalidad, oportunidad y coherencia con el tema probando y como hechos probados a aquél que se encuentra suficientemente acreditado con los elementos que reúnan tales características.

Un asunto de especial importancia en el presente caso es en comprender la diferencia entre la prueba anticipada y la prueba preconstituida; siendo ambas dos excepciones a la prueba en sentido estricto, no obstante, la prueba anticipada (regulada en los artículos 242°-246°) recae sobre pruebas personales, funda su razón de ser en la *"previsión de imposibilidad de llevar al acto del juicio oral determinados medios de prueba, en especial la testifical"*⁴, que a su vez, se debe tener en cuenta que el sujeto que actúa en esta prueba siempre es el juez; a diferencia de la prueba preconstituida, la cual tiene como objeto actuaciones objetivas e irreproducibles, sobre la cual el Profesor San Martín indica que *"no es una prueba en sentido estricto, sino un acto de investigación que adquiere valor probatorio realizado en el propio proceso penal, en etapas anteriores al juicio oral"*, en ese mismo sentido, este tipo de prueba preconstituida *"versa sobre hechos a través de los cuales se constata la existencia de una determinada situación física (registros domiciliarios, vehicular o personal, medición del gesto de alcoholemia), o también la existencia de una relación entre personas"*

³ **Artículo 149 Taxatividad.**- La inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales es causal de nulidad sólo en los casos previstos por la Ley.

Artículo 150 Nulidad absoluta.- No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes:

a) A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia;

b) Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas;

c) A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria;

d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución.

⁴ San Martín Castro, César. **Derecho Procesal Penal Lecciones**. Segunda edición. Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Lima – Perú. Setiembre 2020. P. 843.



(intervención de comunicaciones), que jamás podrá volver a ser igual, a partir del momento en que se produzca la intervención de la autoridad".⁵

Habiendo realizado dicha diferenciación, existe específicamente en los delitos sexuales de gran importancia, la Entrevista Única en Cámara Gesell de la agraviada, la cual *"tiene como finalidad registrar la declaración de la niña, niño o adolescente, evitando así la revictimización y sus efectos en la víctima y/o testigo. Asegura la posibilidad de que dicha entrevista sea grabada en audio y video, sea obtenida por única vez y con las garantías correspondientes."*⁶; es así, que mediante la Resolución Administrativa 277-2019-CE-PJ, se aprobó el "Protocolo de Entrevista Única para Niñas, Niños y Adolescentes en Cámara Gesell".

Se tiene como antecedente normativo lo establecido en el artículo 19 de la Ley 30364, la cual establecía, que: "Declaración de la víctima y entrevista única: cuando la víctima sea niña, niño, adolescente o mujer, su declaración debe practicarse bajo la técnica de entrevista única, la misma que tiene la calidad de prueba preconstituida (...)"; siendo que a raíz de lo que establece el artículo 19 modificado por el Decreto Legislativo 1386 de fecha 3 de setiembre del 2018, se tiene, que la declaración cuando la víctima sea niña, niño y adolescente o mujer, su declaración debe practicarse bajo la técnica de entrevista única y se tramita como prueba anticipada, ello en concordancia con el artículo 242º del NCPP, entendiéndose en tal sentido que la entrevista única en cámara Gesell a partir del 3 de setiembre del 2018, debe realizarse bajo los mecanismos de la prueba anticipada, para que tenga valor probatorio en el acto de juicio oral sin la presencia de la parte agraviada y así evitar su revictimización.

2.6. PRUEBA ILÍCITA Y PRUEBA IRREGULAR

En cuanto este aspecto, se puede advertir del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, el cual señala, que: "1. *Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un proceso constitucionalmente legítimo. 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. (...)*"; asimismo en concordancia, dispone en su artículo 159º, que: "1. *El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona*", así como tampoco podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio, tal y conforme lo establece el artículo 393, inciso 1 del citado Código Procesal.

En este contexto la Corte Suprema en la Casación 591-2015 - Huánuco, establece la diferencia entre prueba ilícita e irregular en los siguientes

⁵ *Ibidem*. P. 840.

⁶ Véase el numeral "1.1. Justificación" de la Resolución Administrativa N.º 277-2019-CE-PJ: **Protocolo de Entrevista Única para Niñas, Niños y Adolescentes en Cámara Gesell**.



términos en su considerando: "**Décimo Cuarto.** Si bien en el Código Procesal Penal, conforme el contenido del inciso dos, del artículo VII, del título preliminar y el artículo ciento cincuenta y nueve, parece asumirse un concepto estricto[6], lo cierto es que en el inciso uno, del artículo VII, del título preliminar también se estipula que todo medio de prueba debe ser obtenido e introducido mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo, lo que implica incluir dentro de esta institución no solo la lesión de derechos fundamentales sustanciales, sino también, lo referido a los derechos fundamentales de carácter procesal[7]. **Décimo Quinto.** En ese sentido, se debe precisar la distinción de la prueba cuya ilicitud se origina en la infracción de una norma legal procesal ordinaria o infraconstitucional[8] –la cual a su vez pueden formar parte, como una expresión específica, del conjunto de garantías derivadas de otro derecho fundamental– sea para su obtención o práctica, esto es aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley. En este supuesto nos referimos a una prueba irregular, la cual no es una categoría distinta de la prueba ilícita, sino una modalidad de esta última[9].

En este sentido, se puede concluir, que la Prueba ilícita, es aquella obtenida lesionando de derechos fundamentales sustanciales; siendo que la Prueba irregular: la ilicitud es ordinaria, no viola derechos y libertades fundamentales, solo procesal ordinaria o infraconstitucional, constituyendo una modalidad de la prueba ilícita.

III.- ANÁLISIS DEL CASO

3.1. En primer término debemos resaltar conforme se describe en la sentencia materia de apelación, que: "(...) este es un hecho ocurrido después de las 14:00 horas del día 18 de junio del año 2019, en el domicilio ubicado en la Mz, C Lote 10 del AA. HH Los Naranjos Pachacútec - Ventanilla, domicilio que corresponde al mismo acusado. Se conoce y es parte de la acusación que la menor agraviada engañada en el sentido de que fue hasta el domicilio del acusado porque éste le iba a regalar un par de zapatillas fue llevada al interior del cuarto donde domiciliaba el acusado, estando la menor agraviada en el interior, el acusado cerró la puerta, la hizo sentar sobre la cama y es ahí donde realizó los tocamientos, en sus senos, en sus piernas, y en su vagina; que ante esta situación la menor agraviada se asustó y quiso salir del lugar lo que fue imposibilitado por el mismo acusado quien incluso para evitar que la menor salga le mostró un cuchillo, que fue además incautado el día de los hechos, y que ocurrió después de que la menor fue tocada en las partes antes señaladas, después de estos hechos, la menor salió del referido cuarto del acusado para pedir ayuda y contó lo sucedido a su abuela quien estaba a cargo de la menor, quien además hizo la denuncia respectiva procediéndose a la intervención y la inmediata captura del ahora acusado, (...)."

3.2. Motivo por el cual es sentenciado el recurrente mediante resolución número ONCE de fecha treinta y uno de enero de dos mil veinte, expedida por el Juzgado Penal Colegiado Permanente de Ventanilla, que falla: "**1.**



CONDENANDO al acusado **EDWAR BACILIO ZARATE SANGAMA**, al habersele hallado culpable a título de **autor** de la comisión del delito contra la libertad sexual - **Tocamientos, Actos de connotación sexual o libidinosos en menores de edad**- en agravio de la menor identificada con las iniciales M.J.P.M.; ilícito previsto y penado en el artículo 176-A del Código Penal, modificado por la Ley N° 30838; y como tal se le impone la pena de **NUEVE AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EFECTIVA**.

Se advierte asimismo de la sentencia recurrida, que en su fundamento número **2.3.**, establece, que **SE ENCUENTRA PROBADA** la responsabilidad penal del acusado Edwar Bacilio Zárate Sangama en el delito contra la Libertad Sexual, en la modalidad de Tocamientos, actos de connotación sexual o libidinosos en agravio de menores, en agravio de la menor identificada con las iniciales M.J.P.M. materia de juzgamiento, sobre la base del Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116; concluyendo su sustento sobre la certeza de la declaración de la menor agraviada en la: **a)** Ausencia de incredibilidad subjetiva, **b)** Verosimilitud, y **c)** Persistencia en la incriminación; requisitos que deben ser apreciados con el rigor que corresponde y analizados ponderadamente por el órgano jurisdiccional.

3.3. El recurrente mediante recurso de apelación, oralizado en audiencia de apelación de sentencia, solicita como pretensión principal, que se decrete la nulidad de la sentencia venida en grado, contenida en la resolución ONCE de fecha treinta y uno de enero de dos mil veinte; sustentando oralmente como fundamento en particular, esto es, no contenido en su recurso de apelación, que: "(...) existe un medio de prueba directo como es la declaración de la agraviada, ese elemento de prueba no debió de utilizarse porque tiene vicios (...) la Ley 1386 del 04.09.18 señores magistrados, esa ley modifica a la ley 30364, en cuanto al procedimiento en Cámara Gesell, la primera ley decía que las declaraciones en Cámara Gesell son pruebas preconstituidas, es decir, llegan a juicio, a través de Actas de declaración, sin mayor discusión porque esa es la naturaleza de la prueba preconstituida, pero cuando llega la Ley 1386 el 04 de setiembre de 2018, que modifica el artículo 19 de la ley 30364, que entra en vigencia antes de la declaración de la menor, e indica que no es una prueba preconstituida sino que se debe tramitar como una prueba anticipada, lo que quiere decir que un juez debe estar presente cuando se realiza dicha diligencia; en el presente caso, la menor no declara frente al juez de investigación preparatoria, es decir, no declara en el procedimiento que debió de seguirse a la luz de una prueba anticipada, dado que las exigencias que se debieron seguir en el caso, son las que otorga el art. 242 del Código Procesal Penal, no obstante, esa declaración llegó a juicio y se visualizó la entrevista en Cámara Gesell, la pregunta es si no tuvo la observancia de la Ley 1386, ergo no se ha cumplido la exigencia procedimental regulada para ese caso, y no se puede indicar que visualizando el video se subsana el error, en base a la inmediación, pero existe una Casación 21-2019 Arequipa, que indica que se invalida esa declaración o se le llama a la menor a declarar en juicio, incluso dejando la existencia de no victimización, y es que se debe respetar lo contenido en la Ley 1386. Entonces,



señores magistrados, creemos que en el presente caso existe un vicio de nulidad, la menor debió haber declarado frente a un juez de investigación preparatoria o declarar en juicio, situación que no se dio, pese a ello en juicio oral se valoró la prueba, sin tener en consideración la Ley 1386, y tratándose de un delito que tiene nueve años de pena, que no es poco, pedimos que se pueda revisar y anular la venida en grado (...)."; siendo que en este acto de la audiencia de apelación de sentencia, el Ministerio Público absuelve en los siguientes términos: "Ahora, el Código Procesal ha sido modificado, hay una modificatoria, y las diligencias en estos casos pueden analizarse como prueba preconstituida, pero en este caso señores magistrados, y vemos el Acta de Cámara Gesell, la que se cuestiona, y al final vemos que interviene el abogado Eduardo Castillo Mamani, de la Dirección Distrital de Defensa Pública Lima Noroeste Ventanilla, la defensa técnica del imputado le hace preguntas, si ha tenido relaciones con él, no formula ningún cuestionamiento el colega del doctor aquí presente, entonces lo habría validado con el principio de inmediación, esto está convalidado, no se ha vulnerado el derecho de defensa del investigado"

3.4. En este contexto, debemos tener presente, que el delito que se atribuye es el contenido en el Artículo 176-A del Código Penal, que versa sobre tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores y conforme lo ha establecido la jurisprudencia: "Los delitos contra la libertad sexual requieren que la versión de la víctima sea coherente, precisa, sólida y persistente —no puede exigirse que entre las varias versiones que proporciona una persona, exista una coincidencia absoluta, lo básico es la narración de un patrón de agresiones y el modus operandi correspondiente—, que no esté motivada por móviles espurios; y que esté confirmada por corroboraciones periféricas. Así pues, incluso la prueba pericial psicológica es solo prueba indirecta o indiciaria —lo determinante es la versión de la agraviada brindada en Cámara Gesell, no las reseñas consignadas en el informe pericial—, cuyos aportes deben ser enlazados con las demás pruebas de cargo"⁷; asimismo deberá tenerse presente, que estos delitos por su especial relevancia tienden a ser considerados delitos de clandestinidad⁸, por lo que se requiere que la versión de la agraviada brindada en cámara Gesell: "se recomienda la utilización de preguntas abiertas en la indagación con el niño(a), sin embargo, dado que en el contexto judicial es relevante tanto la calidad como la cantidad de información, se hace necesario en un segundo momento recurrir al recuerdo guiado, que consiste en utilizar preguntas aclaratorias no inductivas para aumentar el monto de información recordada por el menor"⁹ para cuyo efecto se requiere de conformidad con lo establecido por el artículo 242° del Código Procesal Penal, que dicha declaración sea llevada en presencia del Juez mediante prueba anticipada a fin de que se verifique la calidad de información relevante de la menor agraviada a fin de que dicha declaración tenga

⁷ Casación 482-2016, Cusco

⁸ Casación N° 1394-2017-PUNO

⁹ CASACIÓN N° 33-2014-JCAYALI



eficacia al momento de ser valorada al prestar su declaración la menor agraviada dentro de los mecanismos procesales establecida por la ley.

3.5. Asimismo, debemos indicar, que las actuaciones que se realicen dentro de la investigación y el proceso propiamente deben regirse por los procedimientos que establecen nuestras disposiciones normativas, como es el caso del Artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, que básicamente indica que no se deben de valorar aquellos medios de prueba que se hayan obtenido con violación de derechos fundamentales de la persona o a través de la inobservancia de las reglas de garantía constitucional establecida a favor del procesado.

En esa misma línea de razonamiento, se debe considerar que, sobre la naturaleza y valoración de la prueba de Entrevista única Cámara Gesell, ha existido una variación legislativa, y es que la inicial redacción Ley 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar), del veintitrés de noviembre de dos mil quince, que entendía la entrevista Cámara Gesell como prueba preconstituida (artículo 19º), facultando a que se lleve a cabo con la presencia de un evaluador psicológico, quien a través de una Acta de Entrevista, peregrinaba la evaluación, y dicha documental era actuada en juicio oral, véase jurisprudencia nacional: Casación Nro. 1668-2018 Tacna; situación que cambió con la emisión del **Decreto Legislativo 1386, del cuatro de septiembre de dos mil dieciocho**, que indica que la entrevista única en Cámara Gesell debía ser considerada como prueba anticipada, y ello implica que se siguiera los parámetros contenidos en el artículo 242º del Código Procesal Penal, que básicamente indica que el juez de investigación preparatoria es el encargado de la actuación de dicha prueba, a solicitud de una de las partes, es así que específicamente en el literal d) del referido artículo se indica que la regla rige también cuando se realizan declaraciones de las niñas, niños y adolescentes en determinados delitos, de connotación sexual.

Conforme se ha verificado en el Acta de Entrevista Única CUR 359-2019 **de fecha 19 de junio de 2019**, se realiza la diligencia de entrevista única con la presencia de siete personas: Fiscal Adjunto Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Civil y Familia de Ventanilla (Dr. Campos Sotelo), el abogado de la defensa pública (Dr. Castillo Mamani), la abogada defensora pública de víctimas (Dra. Cáceres Contreras), el Sub Oficial S3 Rivera Sandi de la DEPINCRI Ventanilla, Psicólogo Giraldo Carranza, la abuela de la menor agraviada (Erazo Asencio) y la menor de iniciales M.J.P.M., no advirtiéndose en ella, la presencia del juez de investigación preparatoria, al ser esta una diligencia, que acorde a la modificatoria, debió regirse bajo los parámetros de una prueba anticipada, máxime si en el caso concreto, se advierte que dicha entrevista única en Cámara Gesell se realizó con fecha posterior a la



modificación legislativa; corroborándose de esta manera el agravio manifestado por el abogado apelante, toda vez que en la diligencia de entrevista única no se observó la presencia del juez de investigación preparatoria, conforme lo establece el artículo 242° CPP, a fin de que verifique la calidad de información relevante de la menor agraviada, bajo los parámetros establecidos para la entrevista en Cámara Gesell y con ello tenga eficacia probatoria la declaración de la menor agraviada.

En ese sentido, se puede advertir de la sentencia recurrida, que ha existido una valoración por parte del Colegiado que emitió la sentencia de una prueba irregular, sustentado en la declaración de la menor agraviada en cámara gesell sin la presencia del juez de investigación preparatoria; valoración, que por sí afecta un derecho fundamental como es el debido proceso; ello en razón que la entrevista única de la menor agraviada debió realizarse bajo los requisitos de la prueba anticipada a efecto de tener eficacia probatoria y poder ser valorada conforme a las reglas de la sana crítica; mas aun si en la sentencia recurrida es cuestionada la declaración de la menor agraviada por contener no solo respuestas evasivas, sino también preguntas sugestivas y repetitivas

En consecuencia, al haberse valorado indebidamente documental de cargo referido a la declaración de la menor agraviada en cámara gesell sin la presencia del juez de investigación preparatoria y que ha servido de base para determinar la responsabilidad penal del acusado recurrente al darse mérito a una prueba irregular, que no debía valorarse por carecer de eficacia probatoria; genera una causal de nulidad absoluta, tanto de la sentencia como del juicio oral, conforme al artículo 150.d) concordante con el artículo 154.4 del Código Procesal Penal, por afectación a un derecho fundamental como el debido proceso, como es el derecho a la debida valoración de la prueba; irregularidad que no es factible ser subsanada en esta instancia por lo que corresponde declarar la nulidad de la sentencia, disponiendo que otro juez realice nuevo juzgamiento, con la observancia de los derechos y garantías que le asiste a todo justiciable en el proceso penal; ordenándose la inmediata libertad de **EDWAR BACILIO ZARATE SANGAMA**, siempre y cuando no exista mandato en contrario emanado por otro órgano jurisdiccional, por haberse vencido el plazo de la prolongación de prisión preventiva; por lo que, corresponde aplicar al procesado la medida de comparecencia con restricciones, de conformidad con los artículos 287° y 288° del Código Procesal Penal.

IV. PARTE DECISORIA

Por las consideraciones expuestas, los magistrados de la Sala de Apelaciones de Ventanilla de la Corte Superior de Justicia de Puente Piedra - Ventanilla;



RESUELVEN:

1. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del imputado **EDWAR BACILIO ZÁRATE ZANGAMA**, contra la Resolución N° ONCE de fecha treinta y uno de enero de dos mil veinte.

2. **DECLARARON la NULIDAD** de la sentencia contenida en la Resolución N° ONCE de fecha treinta y uno de enero de dos mil veinte, expedida por el Juzgado Penal Colegiado Permanente de Ventanilla, que falla: "**1. CONDENANDO** al acusado **EDWAR BACILIO ZARATE SANGAMA**, al habersele hallado culpable a título de **autor** de la comisión del delito contra la libertad sexual **-Tocamientos, Actos de connotación sexual o libidinosos en menores de edad-** en agravio de la menor identificada con las iniciales *M.J.P.M.*; ilícito previsto y penado en el artículo 176-A del Código Penal, modificado por la Ley N° 30838; y como tal se le impone la pena de **NUEVE AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EFECTIVA**, que computada desde la fecha en que se encuentra con prisión preventiva, esto es desde el día 18 de junio del año 2,019, vencerá el día 17 de junio del año 2,028, fecha en que será puesto en inmediata libertad, siempre y cuando no exista mandato de detención emanada de autoridad competente; **2. FIJARON** por concepto de reparación civil la suma de **S/. 1,000.00** soles que deberá pagar el sentenciado a favor de la menor agraviada; la que se exigirá se haga efectivo en ejecución de sentencia, durante su permanencia en el establecimiento penitenciario, para cuyo efecto se remitirá en su oportunidad el expediente al juzgado de investigación preparatoria", con lo demás que contiene; asimismo, declararon **NULO** el juicio oral; disponiéndose la inmediata libertad de **EDWAR BACILIO ZARATE SANGAMA** siempre y cuando no exista mandato en contrario emanado por otro órgano jurisdiccional, por haberse vencido el plazo de la prolongación de prisión preventiva; oficiándose para cuyo efecto; dictándose en tal sentido mandado de comparecencia con restricciones en contra del procesado, sujeto a las siguientes reglas de conducta: a) prohibición de frecuentar lugares de dudosa reputación, b) prohibición de ausentarse del lugar donde reside, sin autorización previa del juez, c) comunicarse mensualmente con el registro de control biométrico de procesados y sentenciados obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades para lo cual debe ingresar al siguiente link <https://forms.gle/WNugkV6YjfxuxbyU7>, d) Imponer caución al procesado, ascendente a la suma de S/ 500.00 (quinientos soles), el mismo que deberá ser pagado dentro del plazo de cinco días de haber sido puesto en libertad, e) prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito; el acusado debe cumplir las reglas de conducta bajo expreso apercibimiento de revocarse la suspensión de la pena por pena efectiva, en aplicación del artículo 59°, inciso 3 y artículo 60° del Código Penal.



3. **ORDENA** la realización de un NUEVO JUICIO ORAL, por otro colegiado.
4. **NOTIFÍQUESE** con las formalidades de ley y **ORDENARON**, que consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución se devuelva los actuados a Mesa de Partes del Módulo Penal de esta Corte, a efectos de que lo remita al Juzgado que corresponda.

Ss.

**INGA MICHUE
LAURENTE**
Presidenta

MIRAVAL FLORES
Juez Superior

LLANOS
Ponente

Lpderecho.pe