

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1129-2019/SAN MARTÍN
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Título Prueba adicional. Nulidad de actuados

Sumilla. 1. La institución de la prueba adicional está reconocida en el artículo 385 del Código Procesal Penal. Está referida, primero, a la posible realización en el plenario de una inspección judicial o de una reconstrucción –que son medios de prueba de percepción propia–; y, segundo, a los otros medios de prueba (testimoniales, pericias, documentos, etcétera). En el primer grupo lo relevante es (i) la factibilidad de su realización, en función al transcurso del tiempo y a la alteración de la escena del delito, así como (ii) a la manifiesta insuficiente de las diligencias realizadas en el procedimiento preparatorio, en caso se hubieren realizado. En el segundo grupo lo descollante es su manifiesta indispensabilidad o utilidad para esclarecer la verdad; estas expresiones – lo indispensable, lo útil– dan a entender de aquellos medios de prueba que ostensiblemente no se pueden prescindir o tener en consideración, que causan algún provecho, en función al esclarecimiento de la verdad en cuanto meta del proceso penal (*veritas delicti*). 2. La propia ley reconoce un poder discrecional al órgano jurisdiccional, al punto que establece que su decisión, con carácter general, no es recurrible (artículo 385, numeral 3, del Código Procesal Penal); sobre el particular, en suma, no puede generarse procedimiento incidental alguno dada la primacía del principio de concentración y de la pronta solución de la causa. Ello significa que ante una indebida utilización de esta autorización será en el recurso de apelación, contra la sentencia, en que se podrá aducir como motivo impugnativo el quebrantamiento de precepto procesal, desde una perspectiva de violación de la legalidad procesal. 3. Sin embargo, el artículo 385 del Código Procesal Penal fija determinados criterios legales que no pueden ser tergiversados o quebrantados. La prueba adicional, por su propia naturaleza, es excepcional y su actuación está condicionada a la nota esencial de que sea manifiestamente indispensable y útil, así como a determinados preceptos que introducen especialidades procedimentales. 4. La resolución judicial de actuación de prueba adicional está enmarcada en las dos especialidades procedimentales en materia probatoria mencionadas *supra*. Luego, el incumplimiento de sus marcos legales puede y debe ser objeto de cuestionamiento inmediato y de la pertinente decisión correctora, si correspondiere, pues por encima de todo se encuentra el superior interés del niño. La regla de no impugnación del artículo 385, apartado 3, del Código Procesal Penal no es aplicable, precisamente porque se refiere a supuestos que están sometidos a reglas propias, especiales, y al criterio general antes indicado.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, doce de mayo de dos mil veintiuno

VISTOS; en audiencia privada: el recurso de casación por **quebrantamiento de precepto procesal** interpuesto por el encausado DAN UZIEL MENDOZA AMASIFUÉN contra el auto de vista de fojas cincuenta y nueve, de siete de junio de dos mil diecinueve, que declaró nulo el auto de

primera instancia de fojas treinta y tres, de veintinueve de abril de dos mil diecinueve, que admitió en el juicio oral pruebas de oficio; con lo demás que al respecto contiene. En el proceso que se le sigue por delito de violación sexual de menor de edad en agravio de M.E.M.N.; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que, según la acusación de fojas una, de trece de diciembre de dos mil dieciocho, el encausado DAN UZIEL MENDOZA AMASIFUÉN, en la mañana del domingo veintinueve de julio de dos mil dieciocho, entre las seis y treinta y siete horas, ultrajó sexualmente, vía bucal y vaginal, a la menor M.E.M.N., de cuatro años y tres meses de edad, quien es hija de su conviviente [REDACTED]. El hecho ocurrió en el dormitorio del domicilio de la madre del imputado de nombre Edith Amasifuén, ubicado en [REDACTED] Distrito de La Banda de Shilcayo, vivienda donde vivía la pareja.

SEGUNDO. Que, respecto del trámite del proceso penal, se tiene lo siguiente:

1. La acusación de fojas una, de trece de diciembre de dos mil dieciocho, atribuyó al acusado DAN UZIEL MENDOZA AMASIFUÉN la comisión del delito de violación sexual de menor de edad y solicitó la pena de cadena perpetua.
2. En la audiencia de control de acusación de fojas veinte, de veintinueve de enero de dos mil diecinueve, la abogada del encausado ofreció como prueba la declaración de la menor agraviada, las testimoniales de Edith Amasifuen Tapullima, Rusell Mendoza Amasifuén y Laura Ruiz García. Estas testimoniales, mediante resolución número cinco, de fojas veinticuatro, de la misma fecha, fueron declaradas inadmisibles. La Fiscalía quedó conforme con esa resolución, al igual que la defensa técnica.
3. Acto seguido, se emitió auto de enjuiciamiento de fojas veinticinco, de veintinueve de enero de dos mil diecinueve. Entre las pruebas admitidas se encuentran el original de la entrevista única en Cámara Gesell de la menor agraviada, que imputa los hechos al encausado, describe cómo el imputado le metió el dedo a la vagina, le lamió la vagina, olió su dedo y luego introdujo su miembro viril en su boca, que le produjo ganas de vomitar. De igual manera, se admitió el acta de audiencia de prueba anticipada del dieciocho de octubre de dos mil dieciocho referida a la declaración de la abuela de la menor agraviada, Laura Ruiz García, en la que narró la forma y circunstancias en que ocurrieron los hechos cuando tomó conocimiento de ellos –se adjuntó un CD lacrado de la prueba

anticipada—. Por otro lado, se dejó constancia que a la parte acusada no se le admitió medios de prueba, al serle rechazadas por inadmisibles según resolución número cinco.

4. En la sesión de audiencia de veintinueve de abril de dos mil diecinueve el Colegiado señaló que se había reservado el pronunciamiento respecto de la admisión de medios de prueba ofrecidas por la defensa, como medios de prueba de oficio, por lo que emitió la resolución dieciocho, de fojas treinta y tres, de esa misma fecha veintinueve de abril de dos mil diecinueve, por la que admitió como medio de prueba excepcional de oficio, ante el ofrecimiento de la defensa técnica del acusado, la declaración testimonial de la menor agraviada y la declaración la abuela de la menor, doña Laura Ruiz García.
5. Contra esta resolución, en la misma sesión de la audiencia, la fiscal por requerimiento de fojas treinta y cuatro dedujo nulidad de actuados al amparo del artículo 150, literal d, del Código Procesal Penal. Argumentó que la menor puede ser re-victimizada en la audiencia y puede señalar hechos distintos a los que realmente ocurrieron. Sobre la prueba anticipada se ve el CD de la declaración de la abuela materna Laura Ruiz García, quien declaró en forma clara y extensa, prueba que nunca fue apelada y que la defensa nunca objetó.
6. El Juzgado Colegiado Supraprovincial de San Martín, emitió la resolución número diecinueve, de fojas treinta y cinco, de veintinueve de abril de dos mil diecinueve, por la que rechazó liminarmente la nulidad deducida por la fiscal. Expuso que la decisión emitida según el artículo 385, numeral 2, del Código Procesal Penal es irrecurrible y que conforme al artículo 242, literal D, del mencionado Código Procesal, no impide volver a citar en juicio oral a la menor para el esclarecimiento de los hechos. Contra esta resolución la Fiscalía presentó recurso de apelación en la misma audiencia, de acuerdo al artículo 416, literal e, del Código Procesal Penal, por gravamen irreparable por la re-victimización de la menor agraviada.
7. El Juzgado Colegiado profirió la resolución número veinte, de fojas treinta y seis, de veintinueve de abril de dos mil diecinueve, que rechazó y declaró inadmisibles el recurso de apelación, subsistiendo la resolución número dieciocho. Esta resolución se notificó a la menor agraviada y a su abuela materna. Contra esta resolución la fiscal recurrió vía queja de derecho.
8. La Sala Penal de Apelaciones de San Martín emitió el auto de vista de fojas treinta y nueve, de siete de mayo de dos mil diecinueve, que declaró fundado el recurso de queja interpuesto por la fiscal, contra la resolución número veinte y concedió el recurso de apelación, por lo cual el Juzgado Penal Colegiado elevó el recurso de apelación a la Sala Penal Superior.

9. La Sala de Apelaciones mediante auto de vista de fojas cincuenta y nueve, de siete de junio de dos mil diecinueve, consideró que para disponer la repetibilidad en juicio oral de la declaración de la víctima, menor de edad, mediante la resolución dieciocho, también impugnada a través de la nulidad, los señores jueces penales se apartaron de los principios jurisprudenciales fijados en el citado Acuerdo Plenario 1-2011, pero no en la forma exigida por el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de expresar que “(...) el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. (...). En tal sentido, (...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque (...) incumbe (...) el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos”. La decisión recurrida, estimó, vulneró normas de carácter adjetivo como la del artículo 385, numeral 2, del Código Procesal Penal al realizar una errónea interpretación de la misma en relación a la repetibilidad de la declaración de la víctima menor de edad dada en CÁMARA GESSEL y de la testigo como prueba anticipada, por lo que se declaró fundada la apelación y nula las resoluciones dieciocho y diecinueve.
10. Contra este auto de vista la defensa del encausado promovió recurso de casación.

TERCERO. Que el encausado Mendoza Amasifuén en su escrito de recurso de casación de fojas setenta y seis, de veinticinco de junio de dos mil diecinueve, denunció como motivo de casación: infracción de precepto material (artículo 429, inciso 3, del Código Procesal Penal). Acotó que se realizó una errónea interpretación del artículo 385, numeral 2, del Código Procesal Penal y del Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116.

∞ En cuanto al acceso excepcional al recurso de casación, planteó la necesidad de que se fije una doctrina jurisprudencial acerca de los alcances del artículo 385, numeral 2, Código Procesal Penal y cuáles deben ser los parámetros de la motivación de las resoluciones.

CUARTO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas treinta y seis, de veintiocho de abril de dos mil veinte, es materia de dilucidación en sede casacional:

- A.** La causal de quebrantamiento de precepto procesal: artículo 429, numerales 2, del Código Procesal Penal.
- B.** El ámbito del examen casacional está en discusión los alcances de la prueba adicional que autoriza el artículo 385 del Código Procesal Penal –en el caso concreto: declaraciones de la víctima y de un testigo– y el carácter de irrecurrible de la resolución correspondiente. Se trata, más allá del caso concreto, de un aspecto de interés casacional por su importancia y alcances para definir la institución de la prueba adicional.

QUINTO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –sin la presentación de alegatos ampliatorios por alguna de ellas–, se expidió el decreto de fojas cuarenta y dos que señaló fecha para la audiencia de casación el día cinco de mayo último.

SEXTO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de la defensa del encausado Mendoza Amasifuen, doctora Evelina Chávez Alfaro.

SÉPTIMO. Que, concluida la audiencia, a continuación, e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuado ese día, se realizó la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios (por unanimidad), corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que la institución de la prueba adicional está reconocida en el artículo 385 del Código Procesal Penal. Está referida, primero, a la posible realización en el plenario de una inspección judicial o de una reconstrucción –que son medios de prueba de *percepción propia*–; y, segundo, a los otros medios de prueba (testimoniales, pericias, documentos, etcétera). En el primer grupo lo relevante es (*i*) la factibilidad de su realización, en función al transcurso

del tiempo y a la alteración de la escena del delito, así como (ii) a la manifiesta insuficiente de las diligencias realizadas en el procedimiento preparatorio, en caso se hubieren realizado. En el segundo grupo lo descollante es su manifiesta indispensabilidad o utilidad para esclarecer la verdad; estas expresiones –es decir: lo indispensable, lo útil– dan a entender de aquellos medios de prueba que ostensiblemente no se pueden prescindir o tener en consideración, o que causan algún provecho, en función al esclarecimiento de la verdad en cuanto meta del proceso penal (*veritas delicti*). ∞ Es de enfatizar que tras la actuación de las pruebas admitidas, se abre una segunda oportunidad probatoria a las partes (antes, en el plenario, lo permite, limitadamente, el artículo 373 del Código Procesal Penal) –es claro que el momento regular de ofrecimiento de pruebas y de su admisión es el **procedimiento intermedio**: artículos 349, numeral 1, literal ‘h’; 350, numeral 1, literal ‘f’; 352, numeral 5 ; y, 353, numeral 2, literal ‘c’, del Código Procesal Penal–. Las partes, conforme al citado artículo 385 del Código Procesal Penal, tienen la oportunidad de ofrecer aquella prueba adicional que cumpla con los requisitos antes señalados, pero también lo puede hacer el juez de oficio.

∞ Por lo demás, la propia ley reconoce un poder discrecional al órgano jurisdiccional, al punto que establece que su decisión, con carácter general, no es recurrible (artículo 385, numeral 3, del Código Procesal Penal). Sobre el particular, en suma, no puede generarse procedimiento incidental alguno dada la primacía del principio de concentración y de interdicción de dilaciones indebidas que apuntan a la pronta solución de la causa desde el principio de oralidad. Ello significa que ante una indebida utilización de esta autorización será en el recurso de apelación, contra la sentencia, en que se podrá aducir como motivo impugnativo el quebrantamiento de precepto procesal, desde una perspectiva de violación de la legalidad procesal.

SEGUNDO. Que, en el presente caso, el marco probatorio se definió en el procedimiento intermedio con la expedición del respectivo auto de enjuiciamiento. Luego, en el curso del juicio oral –del procedimiento principal–, tras el agotamiento del periodo de actuación probatoria, la defensa del imputado había solicitado, adicionalmente, que se convoque al juicio oral a la menor agraviada y a la abuela de esta última, pese a que la primera había declarado en la audiencia única en CÁMARA GESSEL y la segunda lo había hecho como prueba anticipada, a cuyo efecto se había adjuntado el CD que reflejaba lo actuado en esa diligencia. Este pedido, bajo el rótulo de “prueba de oficio”, cuando era “prueba a pedido de parte”, fue aceptado por el Juzgado Penal, contra el que el Ministerio Público dedujo el remedio procesal de nulidad, que fue desestimado, pero finalmente, tras amparar un recurso de queja por denegatoria de apelación, el Tribunal Superior lo aceptó y anuló esa resolución de admisión de prueba adicional.

TERCERO. Que es obvio, en el *sub-lite*, que el órgano jurisdiccional de juzgamiento tiene plena potestad para decidir si requiere contar con determinados medios de prueba adicionales en atención al material probatorio ya actuado en el juicio. Para ello, sin embargo, el artículo 385 del Código Procesal Penal fija determinados criterios legales que obviamente no pueden ser tergiversados o quebrantados. La prueba adicional, por su propia naturaleza, es excepcional y su actuación está condicionada a la nota esencial de que sea manifiestamente indispensable y útil, así como a determinados preceptos que introducen especialidades procedimentales.

∞ **A.** Una especialidad procedimental probatoria es la que tiene que ver con el testimonio de niñas sometidas a violencia sexual en el núcleo familiar. El artículo 28 del Texto Único Ordenado de la Ley 30364 (publicada el veintisiete de noviembre de dos mil quince), aprobado por Decreto Supremo 004-2020-MIM, de seis de septiembre de dos mil veinte, con la finalidad de evitar la doble victimización, estatuyó no solo el interrogatorio de la niña bajo la técnica de la entrevista única, que se tramita como prueba anticipada, a cuyo efecto la Ley citada introdujo el literal d) al numeral 1 del artículo 242 del Código Procesal Penal sobre prueba anticipada, sino que además autorizó su ampliación, por única vez, siempre y cuando se requiere aclarar, complementar o precisar algún punto sobre su declaración –tal normatividad está en función a lo dispuesto en el artículo 38 del Código de los Niños y Adolescentes, que establece la garantía del Estado de garantizar el respeto de los derechos de los niños como víctimas en todos los procedimientos judiciales–. A lo expuesto se tiene como fundamento convencional los artículos 3 y 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado por Resolución Legislativa 25278, de veintidós de noviembre de mil novecientos noventa, que obliga a los Estados a que todas las medidas que se dicten tengan en cuenta el superior interés del niño y que los Estados tienen el deber de proteger al niño, entre otras, contra toda clase de abusos sexuales.

∞ **B.** Otra especialidad procedimental probatoria se da en los supuestos de prueba anticipada (testifical), en la que se cumplió todas las exigencias legales del artículo 245 del Código Procesal Penal. No consta que alguna de las partes se opuso a su actuación; además, en su formación intervino la defensa del imputado. Por otro lado, si ya se realizó el acto de anticipación probatoria, como regla, no es dable que vuelva a citarse al testigo bajo la sola invocación del principio de inmediación. Recuérdese que la anticipación probatoria está en función a determinados requisitos de urgencia (artículo 242, numeral. 1, literal a), del Código Procesal Penal); y, la ampliación de una testifical, solo puede autorizarse, muy excepcionalmente, cuando se produjo un vicio grave en su formación o se condujo inapropiadamente con la meta de esclarecimiento buscada, siempre que esas notas de urgencia puedan ser

superadas o hayan desaparecido, para lo cual se requiere de una resolución especialmente motivada.

CUARTO. Que, ahora bien, la resolución judicial de actuación de prueba adicional está enmarcada en las dos especialidades procedimentales en materia probatoria mencionadas *supra*. Luego, el incumplimiento de sus marcos legales puede y debe ser objeto de cuestionamiento inmediato y de la pertinente decisión correctora, si correspondiere, pues por encima de todo se encuentra el superior interés del niño. La regla de no impugnación del artículo 385, apartado 3, del Código Procesal Penal no es aplicable, precisamente porque se refiere a supuestos que están sometidos a reglas propias, especiales, y al criterio general antes indicado.

∞ En el presente caso, el Juzgado Penal destacó dos principios (inmediación y búsqueda de la verdad) y que la ley no prohíbe las declaraciones ampliatorias. Tal afirmación, sin embargo, no es correcta en su totalidad. Existen excepciones objetivas y razonables a la oralidad e inmediación en la formación probatoria –una cosa es la meta del proceso penal y otra los principios y reglas en materia de prueba cuando se presentan situaciones extraordinarias–, las cuales están justificadas, desde la noción de urgencia, en la necesidad de (i) evitar la doble victimización –el Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116, de seis de diciembre de dos mil once, señaló, al respecto, que mientras menor sea la edad de la víctima, mayor será la restricción para que declare en el juicio oral– y (ii) asegurar la integridad, así como garantizar la (iii) permanencia en el lugar del juicio del órgano de prueba y (iv) la memoria específicamente del testigo, en determinadas circunstancias.

∞ El razonamiento, en estos casos, no puede ser meramente formal, sino que debe incidir en una explicación argumental acerca de las razones o motivos excepcionales y concretos que justifican tal convocatoria. Debe enfatizarse, primero, que la víctima en dos mil dieciocho solo tenía cuatro años de edad, por lo que someterla a un nuevo examen sin explicar psicológicamente que no sufrirá daño relevante adicional y si está en condiciones de recordar hechos que han ocurrido tiempo atrás –afirmar, como lo hizo la defensa del imputado, que en esa declaración se formularon preguntas inducidas y mediaron respuestas contradictorias–, sin fundamentación alguna, o ininteligibles –esto es, indescifrable–, no es de recibo (el problema, por lo demás, no es la respuesta, sujeta a valoración de credibilidad, sino las preguntas inducidas, que tergiversan el testimonio, y precisamente sobre esto último no se especificó nada sólido), además en esta diligencia intervino un defensor público por el imputado y se gravó, por lo que se remitió el CD correspondiente –un dato es que la diligencia se realizó ante el Ministerio Público, por lo que es de examinar si constan razones de especial urgencia para realizarla y si es posible valorarla–; y, segundo, que la abuela ya declaró y lo hizo cumpliendo el principio procesal de contradicción, de suerte que

correspondía explicar, si existieran, las deficiencias o ilegalidades en su declaración –si la declaración es incoherente y se contradice con otros testimonios, ello es un problema que se dilucida no repitiendo la declaración sino realizando una valoración individual de cada testimonio y en conjunto para determinar su nivel de convicción y de atendibilidad–. Nada de esto hizo el Juzgado Penal.

∞ En suma, la resolución de primera instancia, desde la trama argumentativa, es **insuficiente** al no considerar los extremos necesarios para justificar una doble declaración y porqué ha sido considerada viable o realizable. Esta patología de motivación solo conduce a su anulación por haberse desnaturalizado el procedimiento e inobservado del artículo 150, literal ‘d’, del Código Procesal Penal: garantía del debido proceso, respecto del derecho a la legalidad procesal.

QUINTO. Que, siendo así, a final de cuentas el auto de vista no quebrantó las disposiciones procesales que fijan los criterios jurídicos para la aceptación de prueba adicional. Es de enfatizar que, propiamente, en el presente caso, no se trató de prueba de oficio sino de una solicitud probatoria de parte, y que ambos supuestos están autorizados en el artículo 385 del Código Procesal Penal. La procedencia del artículo de nulidad de actuados, como único remedio procesal, no suspensivo, aplicable a una institución procesal cuyo alcance está en función a especialidades procedimentales probatorias preestablecidas, no puede cuestionarse, aunque sí corresponde prevenir que, como regla general, la decisión sobre prueba adicional es irrecurrible, lo que incluye la improcedencia del remedio procesal de la nulidad de actuaciones.

SEXTO. Que estando a lo concluido es de condenar al recurrente al pago de las costas, conforme a los artículos 497, numerales 1 y 3, y 504, numeral 2, del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos motivos: **I. Declararon INFUNDADO** el recurso de casación por **quebrantamiento de precepto procesal** interpuesto por el encausado DAN UZIEL MENDOZA AMASIFUÉN contra el auto de vista de fojas cincuenta y nueve, de siete de junio de dos mil diecinueve, que declaró nulo el auto de primera instancia de fojas treinta y tres, de veintinueve de abril de dos mil diecinueve, que admitió en el juicio oral pruebas de oficio; con lo demás que al respecto contiene. En el proceso que se le sigue por delito de violación sexual de menor de edad en agravio de M.E.M.N.; con todo lo demás que al respecto contiene. **II. CONDENARON** a la parte recurrente al pago de las costas del recurso, cuya ejecución corresponderá al Juzgado de la Investigación Preparatoria competente. **III. DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal

de Origen para los fines de ley. **IV. ORDENARON** se publique la presente sentencia en la página web del Poder Judicial y se lea en audiencia privada; registrándose. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/AMON