



Corte Superior de Justicia de Cusco
Sala Mixta Descentralizada y Sala Penal de Apelaciones de La Convención

- No se corrió traslado de la prueba anticipada al investigado ni se señaló que fuera un caso de urgencia (donde los plazos se acortan y existe peligro de pérdida de prueba).
- En la recurrida se justifica que no se notificó porque el escrito de apersonamiento fue realizado 3 días posterior al requerimiento de prueba anticipada. Pero tampoco se notificó al domicilio real del imputado.
- El Aquo considera que la tutela de derechos no está dirigida a las actuaciones del juez, sino solo a las del Ministerio Público y de la Policía. Pero no ha considerado lo que dispone el artículo 71 del Código Procesal Penal.
- El Aquo da por sentada que la Entrevista en Cámara Gesell se realizó a las 09:03 a.m, esto es, antes de la hora programada en la Resolución 01 (16OCT2019, a las 14:15 horas).
- Se ha privado la participación de la defensa de libre elección del imputado. Pero, según la resolución apelada, no se afectó el núcleo duro del derecho de defensa porque participó el defensor público.

3. Respecto de los hechos de la acusación fiscal.

El Ministerio Público formuló requerimiento de formalización de investigación preparatoria en contra de [REDACTED], por el presunto delito de violación sexual a menor de edad. Los hechos del requerimiento de formalización, acusación se resumen en lo siguiente:

Circunstancias Precedentes:

En el mes de octubre del año 2018, la menor de iniciales [REDACTED] (16), se encontró con su padrino con quién confiaba plenamente de nombre [REDACTED], quien a bordo de su vehículo Yaris color rojo se dirigieron a la ciudad de Echarate, supuestamente a una reunión, pero al llegar a dicha ciudad sólo se puso a jugar, esas circunstancias mientras atardecía la menor se quedó en el carro al lado de una tienda, se prestó un celular de un amigo para conversar con su compañera y de pronto subió al carro su padrino preguntando Quién era y él y Al poco rato su amigo se fue.

Circunstancias Concomitantes:

En horas de la noche Aproximadamente a las 11 le dijo a su padrino para irse, a la salida de la ciudad de Echarati allí le dijo a su padrino que le preste su celular porque se encontraban personas mayores, señor de la discoteca se encontraba la menor, amigo, vino y cinco amigos de este, en circunstancias que su padrino quería bailar cumbia la jaló de las manos



Corte Superior de Justicia de Cusco
Sala Mixta Descentralizada y Sala Penal de Apelaciones de La Convención

intentando besarla, bien le servía cerveza medio llenos, así que aproximadamente al promediar las 1 de la mañana salió de la discoteca con su amigo y detrás de ellos su padrino con quien habló y luego Su amigo le compró salchicha, posteriormente a las 3 horas de la madrugada la menor y su amigo subieron al asiento posterior del vehículo, tras que su padrino condujo el vehículo se dirigieron al domicilio del amigo de su ahijada de nombre Juan para dejarlo en su casa.

Luego la menor subió al vehículo específicamente al asiento de copiloto para que su padrino le lleve a su casa en el sector de Jaguares para lo cual se fueron por la ruta del puente Aputinya, distrito de Echarate, cerca al cementerio del distrito de Echarate, en ese lugar repentinamente se estacionó e inmediatamente bajó del vehículo y sacó cervezas para dar de beber dos vasos llenos a su ahijada, [REDACTED] que los tomo de a poco, mientras escuchaba hablar a su padrino, al cabo de un tiempo se sintió cansada, de sueño y su padrino bajo el asiento y por la confianza se durmió hasta las 5 horas aproximadamente, cuando despertó sintió dolor en el estómago y en su vientre y notó que una pantaloneta no estaba y que su ropa interior se encontraba envuelto y ese mismo día cuando realizó sus necesidades biológicas, micción con un poco de sangre y encontró manchas de sangre. Al año siguiente 2019, los padres de la menor se encontraban de viaje en ese entonces, fue donde su padrino a pedirle prestado dinero, el cual no quiso darle, pero después le quiso tocar sus pechos y besar, sin embargo, fue increpado por su ahijada de iniciales [REDACTED] diciendo que le pasaba y le respondió " no recuerdas que hemos hecho el amor".

Circunstancias Posteriores:

Posteriormente lo sucedido la menor no conto lo sucedido a sus padres, entonces fue su enamorado quien luego de tener conocimiento de los hechos en el mes de mayo del 2019, que insistió contar lo sucedido a sus padres en contra de [REDACTED], sin embargo, previamente a esta denuncia su padrino negó los hechos aceptando solo tocamientos, que iba pagar los gastos psicológicos, gastos de instituto con tal que no denuncie, de igual manera la mamá de su padrino la visito diciendo que cambie su versión, que era consentido que su hijo iba a pagar.

4. CUESTIÓN PREVIA

- 4.1.** Previamente a resolver lo que es materia de controversia, debe de señalarse que ya -anteriormente- esta Sala Superior¹ tuvo la

¹ Integrada por los jueces Gutiérrez Merino, Del Pozo Condori y Monasterio Alarcón.



Corte Superior de Justicia de Cusco
Sala Mixta Descentralizada y Sala Penal de Apelaciones de La Convención

oportunidad de conocer los presentes autos, en el auto de vista contenido en la Resolución 05 del 31 de marzo de 2021, oportunidad en la cual se declaró nula la resolución de primera instancia y se ordenó que el Juez de Investigación Preparatoria de Echarate emita nueva resolución con arreglo a ley.

De manera expresa, en el punto 2.9 de dicho auto de visto se ordenó al Juez de Investigación Preparatoria que girase oficio a la Oficina de Medicina Legal para corroborar la fecha y hora en que se realizó la Entrevista Única en Cámara Gesell y, además, inicie las acciones correspondientes para verificar las notificaciones a la defensa del procesado.

Es así que obra en el expediente, a fojas 32, 33 y 34 los oficios al Instituto de Medicina Legal, mientras que a fojas 37 se tiene el informe de medicina legal en el cual refieren que ellos no tienen la facultad de cambiar horario y que en el acta de entrevista de cámara Gesell de fecha 16 de octubre del 2019 ninguna de las partes realizó observación alguna.

5. ANÁLISIS DE LA SALA SUPERIOR.

Sobre el día y la hora en que se realizó la entrevista única de cámara Gesell

- 5.1.** Con el estudio de la Carpeta Fiscal se tiene que el Ministerio Público solicitó en fecha 13 de setiembre de 2019, la actuación de prueba anticipada (declaración de la agraviada [REDACTED]) al Juzgado de Investigación Preparatoria de Echarate.

Es así que, a fojas 46 de la Carpeta Fiscal, aparece la constancia de notificación realizada por la Asistente Administrativo de la Fiscalía Provincial Mixta de Echarate al abogado del investigado ([REDACTED]), a través de la cual se le adjuntó la Providencia 01 que programaba la Entrevista Única en Cámara Gesell para el día 16 de octubre de 2019 a las 14:00 horas.

- 5.2.** Empero, durante la audiencia de apelación, todas las partes han convenido que -finalmente- la declaración de la menor no se realizó a las 14:00 horas del día 16 de octubre de 2019, sino a las 9:00 a.m. aproximadamente.

Y, también ha quedado acreditado, luego de la revisión de la Carpeta Fiscal, del expediente judicial y del Sistema Integrado de Justicia (SIJ)



Corte Superior de Justicia de Cusco
Sala Mixta Descentralizada y Sala Penal de Apelaciones de La Convención

que no existe Providencia Fiscal ni resolución judicial que justifique dicho cambio de hora. Así, por ejemplo, no solo existe un “pantallazo” presentado por el procesado-apelante en su escrito de apelación (donde la foto de la entrevista consigna las 09:03 horas), sino también la propia Acta de la Entrevista en Cámara Gesell (fojas 36/42 de la Carpeta Fiscal) que consignó como hora de inicio de dicha entrevista las 09:03 horas; sin que exista justificación para el adelanto de la hora de dicha diligencia.

En base a esta premisa, de carácter objetiva, es que se procederá a analizar si es que –efectivamente– existió alguna vulneración al derecho de defensa de la parte procesada.

Sobre el derecho de defensa

- 5.3. En el Acta de la Entrevista Única se ha consignado que estuvo presente, en el “ambiente de observación”, el defensor público del procesado ([REDACTED]) y; en base a ello, es que el Aquo ha considerado que no se habría vulnerado el núcleo duro del derecho de defensa del procesado-apelante.

Sobre el particular, esta Sala Superior no comparte con el razonamiento del Aquo; ya que el derecho de defensa está consagrado constitucionalmente en el artículo 139.14 de la Carta Magna:

“14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.”

Asimismo, se debe de tomar en cuenta los criterios jurisprudenciales respecto al derecho de defensa, esto es, las sentencias del Tribunal Constitucional 6648-2006-HC/TC, 05085-2006-PA/TC, 00005-2006-AI/TC y 00582-2006-PA/TC, entre otras, que hacen referencia al derecho de defensa, *el cual constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, el derecho a la defensa como derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés.*



Corte Superior de Justicia de Cusco
Sala Mixta Descentralizada y Sala Penal de Apelaciones de La Convención

De la jurisprudencia constitucional antes referida se desprende, entonces, que el derecho de defensa no solo debe ser enunciativo sino, sobre todo, real y efectivo.

- 5.4. Por tanto, el adelanto de hora de la entrevista de Cámara Gesell, de 14:00 a las 09:00 horas, ha imposibilitado que asista el defensor técnico privado del procesado, lo cual –evidentemente- vulneró el derecho de defensa del imputado a contar con un defensor de su elección.

No siendo suficiente, que el juzgado haya dispuesto que concurra a la entrevista un defensor público, por cuanto –como ya se dijo- el derecho de defensa tiene que ser real y efectivo.

Inclusive, esta vulneración al derecho de defensa se hace más evidente por cuanto –de la revisión del Acta de Entrevista en Cámara Gesell- se advierte que el defensor público del procesado no realizó ninguna pregunta a la menor declarante-agraviada.

Siendo ello, entonces, se colige que sí existió una vulneración al derecho de defensa del procesado.

¿Tutela de derechos o nulidad?

- 5.5. Durante la audiencia de apelación, el Fiscal Superior ha reconocido que existió el adelanto de hora en la Entrevista en Cámara Gesell, pero también ha postulado que –ante dicha situación- la defensa técnica debió plantear una nulidad y no una tutela de derechos (conforme también lo sostuvo el Aquo)

Al respecto, esta Sala Superior no comparte el razonamiento del Aquo ni de la Fiscalía por cuanto la Entrevista en Cámara Gesell es una prueba anticipada que se actuó a pedido de parte del Ministerio Público (fojas 25/30). Esto es, la actuación de dicha prueba anticipada se produjo durante las denominadas diligencias preliminares; siendo el caso que –según el artículo 322.1 del Código Procesal Penal- es el Ministerio Público el que realiza por sí mismo o encomienda las diligencias de investigación.

En otras palabras, es el Ministerio Público el titular y encargado de la investigación en esta etapa y, por consiguiente, el responsable de velar porque dichos actos de investigación (incluyendo la prueba anticipada) puedan realizarse con el respeto pleno al debido proceso y al derecho de



Corte Superior de Justicia de Cusco
Sala Mixta Descentralizada y Sala Penal de Apelaciones de La Convención

defensa. Más aún, cuando el Ministerio Público también es el defensor de la legalidad; según el artículo 1 de su Ley Orgánica (Ley 29286).

- 5.6. Siendo ello así, se colige que la tutela de derechos sí es la vía adecuada para que el procesado pueda solicitar el restablecimiento de su derecho de defensa en la Entrevista en Cámara Gesell, por cuanto se está cuestionando un acto de investigación que se realizó cuando el Ministerio Público tenía a su cargo la dirección de dicha investigación.

Alcances de la exclusión del material probatorio.

- 5.7. Ya en autos ha quedado explicado que se ha producido un recorte al derecho de defensa del procesado-apelante durante la Entrevista Única en Cámara Gesell de la menor agraviada.

No obstante, ello no implica que se deba de excluir la integridad de dicha entrevista del material probatorio; sino –únicamente- a partir del sub-título “Culminación de la Entrevista”. Esto con la finalidad de que el Juez de Investigación Preparatoria pueda convocar nuevamente a las partes a una ampliación de la entrevista en Cámara Gesell de la menor agraviada y permitir que el defensor técnico del procesado haga las preguntas necesarias que convenga a su defensa.

- 5.8. Siendo así, y por las razones expuestas, esta Sala Superior considera que la tutela derechos debe ser declarada fundada en parte.

6. DECISIÓN.

Por estas consideraciones, y con las facultades conferidas a esta Sala por el artículo 138 de la Constitución Política del Estado, **SE RESUELVE:**

- 6.1. Declarar **FUNDADA EN PARTE**, la tutela de derechos solicitada por el imputado.
- 6.2. **EXCLUIR** del valor probatorio el Acta de Entrevista en Cámara Gesell de la menor agraviada, del día 16 de octubre de 2019, únicamente a partir del sub-título “Culminación de la entrevista”.
- 6.3. **CUMPLA** el Juzgado de Investigación Preparatoria de Echarate con citar a las partes para una ampliación de la declaración de la menor en Cámara Gesell, a fin de permitir la actuación del defensor técnico del investigado.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Cusco
Sala Mixta Descentralizada y Sala Penal de Apelaciones de La Convención

6.4. DEVUELVASE LOS AUTOS al juzgado de origen. [REDACTED]

GUTIERREZ MERINO
Presidente

TTITO QUISPE
Juez Superior

DEL POZO CONDORI
Juez Superior

LPDERECHO.PE