



3° JUZ. DE INVS. PREPARATORIA - Sede Central

EXPEDIENTE : 04752-2020-0-1001-JR-PE-03

JUEZ : CASTILLO LIRA GUIDO

ESPECIALISTA : RODRIGUEZ UGARTE FREDDY EDUARDO

MINISTERIO PUBLICO : PRIMERA FISCALIA PROVINCIAL PENAL DE

WANCHAQ ,

IMPUTADO : LEON MIRANDA, PILAR

DELITO : EXPOSICIÓN A PELIGRO DE PERSONA DEPENDIENTE O MENOR DE EDAD

TINOCO MIRANDA, MILTON

DELITO : EL QUE TIENE ACCESO CARNAL POR VÍA VAGINAL, ANAL O BUCAL POR ALGUNA DE LAS DOS PRIMERAS VÍAS CON UN MENOR DE 14 AÑOS...

AGRAVIADO : MENOR DE INICIALES LZCC 13 REPRESENTADA POR SU PROGENITOR ISAAC ZEVALLOS NOA ,

AUTO QUE DECLARA INFUNDADA NULIDAD DE ACTOS PROCESALES

Resolución Nro. 06

Cusco, 28 de septiembre de 2021

VISTOS: El pedido de nulidad de actos procesales solicitado por el imputado Milton Tinoco Miranda; y,

CONSIDERANDO:

I. PRECISIONES PREVIAS

Cabe precisar que el suscrito se inhibió de conocer el presente proceso, elevando la inhibición a la Sala Superior la cual resolvió recientemente mediante auto de vista numero 05 desaprobando la inhibición del suscrito. Siendo así, el suscrito se encuentra habilitado para conocer el trámite de la causa.

En este escenario se advierte que ha deducido una nulidad de actos procesales que se encuentra pendiente de resolver, por lo que, se emite la siguiente resolución.

II. FUNDAMENTOS DE LA NULIDAD DEDUCIDA

Se advierte del escrito de nulidad formulado que se sustenta en lo siguiente:

- Señala que conforme establece el literal d) del artículo 150 del Código Procesal Penal solicita la nulidad absoluta respecto al acta de entrevista



única en cámara Gesell de fecha 19 de junio del 2019 y la ampliatoria de fecha 16 de agosto del 2019, la misma que se realizó vulnerando garantías procesales y constitucionales.

- Señala que la tramitación de la entrevista única en cámara Gesell debe desarrollarse mediante prueba anticipada con intervención del Juez, la cual es de carácter obligatorio, conforme lo establece el artículo 19 del Decreto Legislativo 1386 de fecha 3 de setiembre del 2018 que reforma la Ley 30364, ello en concordancia con el artículo 242 del NCPP. Lo que también se encuentra establecido en la Resolución Administrativa nro. 277-2019 que aprueba el Protocolo de Entrevista Única Para Niñas, Niños y Adolescentes en Cámara Gesell.
- Precisa que la diligencia debió de realizarse mediante la anticipación probatoria bajo la dirección de un juez y conforme, en lo pertinente, a las reglas y principios del juicio oral.
- Señala que al no haberse practicado bajo la dirección del Juez carece de eficacia probatoria al haberse realizado sin respetar el principio de legalidad procesal y vulnerando garantías constitucionales, al no haber participado el juez de la materia.

III. ANÁLISIS

3. Consideraciones generales

3.1 La declaración de la nulidad de un acto procesal implica que el mismo se encuentre viciado y por tanto deja de existir en el proceso penal, así en atención a la gravedad se puede hablar de nulidades absolutas y nulidades relativas. La diferencia entre ambas radica en la gravedad del vicio que origina a la nulidad: si se trata de vicios leves, los cuales naturalmente podrían ser susceptibles de convalidación, entonces nos encontraríamos ante a una nulidad relativa; por el contrario, si nos hallamos frente a vicios muy graves, no convalidables, nos encontramos frente a la nulidad absoluta.

3.2 En este contexto el artículo 150 del Código Procesal Penal en relación a la nulidad procesal señala lo siguiente:

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.

3.3 Asimismo, debe considerarse lo establecido en la Casación 2195-2019/ Amazonas que señaló en el resumen o tema clave en relación a la nulidad lo siguiente:

a. El proceso penal se rige bajo normas previamente establecidas, algunas de ellas sancionadas taxativamente con nulidad. En los casos donde la norma no prevea dicha sanción, la nulidad se dará si la inobservancia legal afecta el contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución, conforme al literal d) del artículo 150 del Código Procesal Penal.

3.4 Así también, la Casación 1271-2018/ Apurímac estableció en relación a la nulidad lo siguiente:

Para abordar el tema de nulidad de los actos procesales y analizar su relevancia, debe activarse el criterio de interpretación restrictiva, al amparo de los principios de taxatividad y trascendencia. Significa entonces que las nulidades únicamente operan cuando se lesione un derecho o garantía esencial que genere un menoscabo, daño irreparable o un perjuicio concreto de indefensión, mas no cuando, analizando el tema en particular, no se evidencie impacto alguno; siempre y cuando, de no haberse producido el vicio denunciado, el resultado hubiese sido distinto.

4. Respecto a la declaración de víctimas de delitos contra la libertad sexual y la nulidad procesal

4.1 El numeral 3 del artículo IX del Título Preliminar establece que el proceso penal garantiza el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. Asimismo, precisa que la autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición. En este escenario los jueces deben velar por los derechos que les asisten, respetando su dignidad y procurando no generar su revictimización.

4.2 Ahora bien, este punto vinculado a proteger la dignidad y evitar la revictimización de la víctima de un delito de violación sexual, ello obedece a criterios de interpretación internacional de protección a los derechos de las víctimas, así por ejemplo se tiene la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Fernández Ortega y otros vs. México sentencia de 30 de agosto de 2010 que señala en el fundamento 196 lo siguiente:



“Por otra parte, el Tribunal observa con especial preocupación que las autoridades a cargo de la investigación centraron sus esfuerzos en citar a declarar reiteradamente a la señora Fernández Ortega y no en la obtención y aseguramiento de otras pruebas. La Corte destaca que, en casos de violencia sexual, la investigación debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática cada vez que la víctima recuerda o declara sobre lo ocurrido (...)”.

También se debe considerar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua sentencia de 8 de marzo de 2018 que señaló en el fundamento 168:

En esta línea, la Corte estima que, de considerarse pertinente la declaración de la niña, niño o adolescente en tanto víctima del delito, la entrevista deberá llevarse a cabo por un psicólogo especializado o un profesional de disciplinas afines debidamente capacitado en la toma de este tipo de declaraciones. Dicho profesional le permitirá a la niña, niño o adolescente expresarse de la manera que elija y de forma adaptada a sus requerimientos, no pudiendo ser interrogada en forma directa por el tribunal o las partes. La entrevista buscará obtener información precisa, confiable y completa de lo ocurrido a través del relato de la víctima. Para ello, las salas de entrevistas otorgarán un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado (supra párr. 166), que les brinde privacidad y confianza. Asimismo, deberá procurarse que las niñas, niños y adolescentes no sean interrogados en más ocasiones que las estrictamente necesarias, atendiendo a su interés superior, para evitar la revictimización o un impacto traumático. La Corte resalta que varios países han adoptado, como una buena práctica, el uso de dispositivos especiales como la Cámara de Gesell o Circuitos cerrados de televisión (CCTV) que habilitan a las autoridades y las partes a seguir el desarrollo de la declaración de la niña, niño o adolescente desde el exterior, a fin de minimizar cualquier efecto revictimizante (...).

Asimismo, se recomienda la videograbación de las declaraciones de las niñas, niños y adolescentes víctimas para no reiterar el acto. Estas herramientas tecnológicas no solo evitan la revictimización de la niña, niño o adolescente víctima y el deterioro de las pruebas, sino que también garantizan el derecho de defensa del imputado (...).

Asimismo, en el fundamento 171 se señala:



" (...) teniendo en cuenta los criterios desarrollados anteriormente, con base en los artículos pertinentes de la Convención Americana y de la Convención de Belém do Pará y a la luz del corpus juris internacional de protección de las niñas, niños y adolescentes (...) la Corte considera importante resaltar que, en casos de violencia sexual, ésta ha destacado que la investigación debe intentar evitar en lo posible la revictimización o re-experimentación de la profunda experiencia traumática de la víctima.

Como se puede advertir la comunidad internacional atendiendo a las convenciones internacionales antes señaladas en salvaguarda de la protección de las víctimas de violación sexual con fines de evitar mayores traumas por hechos de violación sexual, buscó que se impongan estándares de protección para las víctimas, orientadas a que en los países de la región emitan normativas con fines de que se busque en un proceso judicial se recabe una sola declaración con fines de evitar la revictimización del trauma sufrido por la víctima, ello bajo responsabilidad del Estado. Repárese conforme lo ha señalado las sentencias de la Corte Interamericana es patente el trauma si se pregunta por ejemplo a un niño de violación sexual ¿cómo te violó? o ¿si eyaculo o no el agresor? o ¿en que parte de tu cuerpo eyaculo o cuantas veces te penetro?

Se expone lo anterior debido a que atendiendo al consenso de la comunidad internacional con fines de evitar mayores traumas a la víctima se modificó el artículo el artículo 19 del Decreto Legislativo 1386 de fecha 3 de setiembre del 2018 que reforma la Ley 30364 y que establece que:

"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. La declaración de la víctima mayor de edad a criterio del fiscal puede realizarse bajo la misma técnica.

El juez solo puede practicar una diligencia de declaración ampliatoria de la víctima, en los casos que requiera aclarar, complementar o precisar algún punto sobre su declaración."

Como se puede advertir la razón de la declaración única de una víctima de violación tiene una razón teleológica, claro está, conforme también ha sido señalando por la comunidad internacional es necesario garantizar la presencia de un abogado defensor del imputado en la diligencia y que esta sea grabada para su ulterior contradictorio.

Empero, pese a estas motivaciones sustentadas en normativa convencional y constitucional, se advierte que se busca en muchos casos, como en el presente que se declare la nulidad o que se excluya la declaración de una menor víctima de violación sexual mediante la técnica de entrevista en cámara Gesell, llevada



a cabo con presencia del Fiscal, del abogado del imputado y del psicólogo, empero, sin presencia del Juez.

En este escenario cabe preguntarse ¿qué derecho fundamental se habría vulnerado para declarar la nulidad? La respuesta es que no existe ningún derecho vulnerado, valórese conforme se ha señalado que las nulidades únicamente operan cuando se lesione un derecho o garantía esencial que genere un menoscabo, daño irreparable o un perjuicio concreto de indefensión. En este escenario en el caso concreto se advierte que estuvo presente un abogado defensor del imputado en la declaración de la menor agraviada quien ejerció su derecho a defensa. Asimismo, la diligencia fue grabada y además transcrita. Cabe precisar también que la nulidad procesal debe ser establecida en alguna norma del C.P.P y en el caso concreto no se advierte que establezca bajo sanción de nulidad, la declaración de una menor de edad llevada cabo sin presencia del Juez de Investigación Preparatoria.

5. En relación a la eventual valoración de la declaración de la menor realizada sin presencia del Juez de Investigación Preparatoria

5.1. Como se ha señalado precedentemente con fines de evitar la revictimización de la parte agraviada resulta ideal y necesario que la declaración de entrevista única en cámara Gesell sea llevada a cabo mediante prueba anticipada ante el Juez de Investigación Preparatoria quien por cierto no interpreta ni valora la prueba, sino la recoge, claro está, garantizando el derecho de contradicción. Empero, existen caso que no han sido realizados mediante prueba anticipada debido a muchas circunstancias como: i) el hecho de que antes de la emisión de la Casación 21-2019/Arequipa aún no había internalizado la protección a la víctima con fines garantizar una sola declaración. ii) la carga procesal antes de la creación de los Juzgado de genero a nivel nacional que determinaba que los Juzgados Penales programen audiencias de prueba anticipada por delitos de violación sexual luego de días o semana que, determinaba que el Fiscal tome la declaración de la víctima por la urgencia ante la flagrancia delictiva sin intervención judicial.

5.2 En este escenario cabe preguntarse ¿se podrá valorar a nivel de juicio oral una declaración en cámara Gesell sin intervención judicial?

5.3 Al respecto, conforme se ha mencionado atendiendo a los estándares internacionales en efecto se debe llevar a cabo dicha diligencia buscando una sola declaración mediante prueba anticipada, más aun, actualmente con la creación del Juzgados Especializados de Genero a nivel nacional. Empero no es posible excluir o declarar la nulidad por el solo hecho de que no se llevó a cabo la declaración mediante prueba anticipada, dado que, conforme se ha señalado ya que no se vulnera el derecho de defensa el imputado.



5.4 Siendo así, que escenario se podrían presentar:

- La Casación 176-2020/Cusco señala que conforme lo establece el literal d) del inciso 1 de artículo 383 del Código Procesal Penal es posible la incorporación al juicio, para su lectura, de las actas que contienen las declaraciones brindadas en la investigación preparatoria, en la medida en que en su recepción haya participado el fiscal, con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, bajo las condiciones previstas en el literal c) de dicho artículo (cuando no haya sido posible la concurrencia del testigos al plenario por razones de fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes. Siendo así, sí es posible incorporar por ejemplo la declaración previa de un testigo mayor de edad bajo los supuestos señalados, ¿acaso no sería posible que se introduzca la declaración de una menor de edad brindada en cámara Gesell con presencia del abogado defensor del imputado? La respuesta que sí, repárese que la norma procesal lo permite.
- Debe considerarse también lo establecido por la Corte Suprema en la Casación 2195-2019-Amazonas que en su fundamento vigesimocuarto estableció lo siguiente; “Si bien la declaración de M. Y. A. N., inicialmente recibida, no se materializó en presencia del juez, esta fue transcrita, contándose con el acta respectiva y el audio de la citada diligencia, viables de someterlos al contradictorio (...)”.
- Así también, se puede tomar en cuenta lo advertido en la Casación 1046-2019/Arequipa, repárese que en dicho caso una agraviada menor de edad víctima de violación sexual se abstuvo a deponer en el plenario, pues conforme a su potestad “no quería recordar los hechos”. Ante este supuesto la Corte Suprema en el fundamento Vigésimo séptimo señala:

“(...) una menor, a quien le asiste una protección especial de conformidad con el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, que linda con su desarrollo y dignidad; la Sala Superior de alzada tenía expedido como instrumento legal, el primer párrafo del artículo 194 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al proceso penal; por ende acudir a la prueba de oficio, consistente en el acta de entrevista única en “cámara Gesell” practicada a la menor de iniciales M.S.P.CH. durante la investigación preparatoria; en su defecto justificar expresamente las razones por las cuales se rechaza tal prerrogativa (...)”
- Otro escenario que se podría presentar es que siguiendo las pautas establecidas en el inciso 3 del artículo 171 del Código Procesal Penal se que se ofrezca la declaración de la víctima en juicio, la cual debe ser



llevada a cabo por un profesional psicólogo. En efecto, en este punto la Casación 2195-2019/ Amazonas señaló en el fundamento vigésimo quinto lo siguiente:

"(...) cuestionamiento relevante –también– es aquel control obviado (...) del numeral 3 del artículo 171 del Código Procesal Penal, así como del numeral 3 del artículo 378 del mismo cuerpo normativo, pues el Juzgado Colegiado denegó sin aparente justificación la asistencia de soporte psicológico a la víctima, durante el contrainterrogatorio en juicio oral. Sobre lo anotado, trasunta en hecho objetivo y no controvertido que la agraviada, hija del acusado, cuya fecha de nacimiento es el veintisiete de enero de dos mil cinco (de acuerdo al Acta de nacimiento sometida al contradictorio), al momento de la audiencia de juzgamiento (dieciséis de junio de dos mil dieciocho) tenía trece años, cinco meses y diecinueve días de edad.

Vigesimosexto. En ese orden de ideas, no solo se vulneró los invocados dispositivos legales, sino, además, el interés superior del niño, en la medida que la Sala Superior no ejerció –vía recurso de apelación– control de legalidad a la actuación judicial del contrainterrogatorio efectuado por la defensa, en juicio oral, a la agraviada; el cual fue rudo y hasta asediante, generándole llanto, conforme consta en el audio aparejado al expediente (escúchese audio a las 26:09 horas). Ante este escenario, el abogado de la actora civil solicitó la asistencia del psicólogo, petición que fue denegada por el Colegiado de primera instancia sin mayor argumento.

6. Conclusión

- El Juzgado no advierte algún supuesto de nulidad procesal en el presente caso que determine que se anule o se excluya la declaración de una víctima de violación sexual por haberse llevado en cámara Gesell sin presencia de Juez, repárese que el derecho vital, es el derecho de defensa que no se ha visto conculcado.
- La garantía procesal aludida respecto a que toda declaración de una víctima de violación debe ser llevada a cabo mediante prueba anticipada tiene su sustento como se ha señalado en resguardar los derechos de las víctimas a fin de evitar los traumas por los recuerdos que genera una nueva declaración.
- La garantía del derecho de defensa del imputado está vinculada a que la diligencia sea gravada y transcrita con fines de que eventualmente sea materia de contradicción, interpretación y valoración en la etapa de juicio.
- Como se ha señalado con fines de evitar la revictimización de la parte agraviada resulta ideal y necesario que la declaración de entrevista



única en cámara Gesell sea llevada a cabo mediante prueba anticipada ante el Juez de Investigación Preparatoria, quien por cierto no interpreta ni valora la prueba, sino la recoge, claro está garantizando el derecho de contradicción. Empero, existen casos que no han sido realizados mediante prueba anticipada debido a muchas circunstancias como: i) el hecho de que antes de la emisión de la Casación 21-2019/Arequipa aún no había internalizado la protección a la víctima con fines garantizar una sola declaración. ii) La carga procesal -antes de la creación de los Juzgados de Género- a nivel nacional que determinaba que los Juzgados Penales programen audiencias de prueba anticipada por delitos de violación sexual luego de días o semanas que determinaba que el Fiscal tome la decisión de tomar la declaración de la víctima por la urgencia ante la flagrancia delictiva sin intervención judicial, hecho que no está prohibido bajo sanción de nulidad.

- Si el artículo literal d) del inciso 1 de artículo 383 del Código Procesal Penal da cuenta que es posible la incorporación al juicio, para su lectura, de las actas que contienen las declaraciones brindadas en la investigación preparatoria, cuando han sido llevada a cabo con presencia del Fiscal y de la defensa, es posible, más aun, bajo dicho supuesto se incorpore la declaración de una menor víctima de violación sexual.
- La Corte Suprema ha dado cuenta en la Casación 2195-2019-Amazonas en su fundamento vigesimocuarto que, si bien una declaración de una víctima de violación pudo haberse realizado sin la presencia del juez, empero, si esta fue transcrita, contándose con el acta respectiva y el audio de la citada diligencia, es viable de someterse al contradictorio.

Por lo expuesto

SE RESUELVE:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la nulidad deducida.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE