



**Ámbito de pronunciamiento del recurso de
apelación**

Para declarar la nulidad de la sentencia, el Tribunal Superior debió considerar que el juez de primera instancia valoró una prueba que no fue recabada como prueba anticipada (entrevista en Cámara Gessel), también debió basar su decisión en el análisis de otros medios probatorios actuados en el juicio oral, teniendo en cuenta la libertad probatoria y el derecho a probar que importa el análisis conjunto de los medios probatorios; así, en el caso concreto, se cuenta con las declaraciones de los testigos, con prueba científica (pericias) y el examen de los órganos periciales, los cuales debieron considerarse para emitir pronunciamiento y definir la responsabilidad penal del procesado, incluso si excluyera el medio probatorio cuestionado y valorado por el juzgado de primera instancia. En otras palabras, es necesario determinar si dicho medio probatorio fue determinante para dilucidar la controversia jurídica y clarificar la situación jurídica del procesado, ello va en consonancia con verificar si se afectó el contenido, constitucionalmente protegido, del derecho de defensa.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dieciséis de junio de dos mil veintidós

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia de vista, del diecisiete de noviembre de dos mil veinte (foja 285), emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, que declaró nula la sentencia del diecinueve de diciembre de dos mil diecinueve, que condenó a Wilder Mendoza Flores como autor y responsable por la comisión del delito contra la libertad en la modalidad de violación de la libertad sexual, subtipo



violación sexual de menor de edad agravado (por la posición y cargo del agente), previsto en el artículo 173, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal, concordante con el último párrafo del mismo artículo, y por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud-aborto agravado por la calificación del sujeto, previsto en el artículo 117 del Código Penal, concordante con el artículo 115 del código citado, en agravio de la menor de iniciales K. E. Q. H., por el primer delito a cadena perpetua y por el segundo a tres años de pena privativa de libertad efectiva; y dispuso que se realice un nuevo juicio oral por otros magistrados.

Intervino como ponente el señor juez supremo COAGUILA CHÁVEZ.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Procedimiento en primera instancia

Primero. La señora fiscal provincial, mediante requerimiento (foja 1 del cuaderno denominado expediente judicial), formuló acusación contra Wilder Mendoza Flores como autor de los delitos de violación sexual de menor de edad y aborto agravado por la calificación del sujeto activo, en agravio de la menor identificada con las iniciales K. E. Q. H., solicitó que se le imponga, por el primer ilícito, cadena perpetua y, por el segundo, tres años de pena privativa de libertad, por tratarse de un concurso real de delitos, y se fije como reparación civil la suma de S/ 15 000 (quince mil soles) a favor de la referida menor. Posteriormente, se dictó el auto de enjuiciamiento del tres de septiembre de dos mil diecinueve (foja 11 del cuaderno de debates), en el que se precisó que la pena requerida es la de cadena perpetua y que el actor civil solicitó S/ 10 000 (diez mil soles) como reparación civil.



Segundo. Llevado a cabo el juzgamiento, el Juzgado Penal Colegiado, mediante sentencia del diecinueve de diciembre de dos mil diecinueve (foja 152 del cuaderno de debates), condenó a Wilder Mendoza Flores como autor de los delitos de violación sexual de menor de edad agravado (por la posición y cargo del agente) y aborto agravado por la calificación del sujeto, en agravio de la menor identificada con las iniciales K. E. Q. H., a cadena perpetua por el primer delito y a tres años de pena privativa de libertad por el segundo ilícito, y fijó por concepto de reparación civil la suma de S/ 15 000 (quince mil soles) a favor de la citada agraviada.

Tercero. En contra de la mencionada sentencia, el procesado Wilder Mendoza Flores interpuso recurso de apelación el cuatro de febrero de dos mil veinte (foja 207 del cuaderno de debates). Dicha impugnación fue concedida por auto del tres de marzo de dos mil veinte (foja 215 del cuaderno de debates). Se dispuso elevar los actuados al superior jerárquico.

§ II. Procedimiento en segunda instancia

Cuarto. La defensa del procesado realizó el ofrecimiento de medios probatorios (foja 245 del cuaderno de debates), que fueron declarados inadmisibles por auto del veintidós de octubre de dos mil veinte (foja 267 del cuaderno de debates). En la audiencia de apelación, no se recibió la declaración del procesado, pero el fiscal superior solicitó escuchar los audios. Seguidamente, se expusieron los alegatos finales de los sujetos procesales concernidos, según emerge del acta del tres de noviembre de dos mil veinte (foja 273). En ese contexto, el Tribunal Superior, a través de la sentencia de vista del diecisiete de noviembre de dos mil veinte (foja 285 del cuaderno de debates), declaró nula la sentencia de primera instancia que condenó a Wilder Mendoza Flores como autor de los delitos de violación sexual de menor de edad



agravado (por la posición y cargo del agente) y aborto agravado por la calificación del sujeto, en agravio de la menor identificada con las iniciales K. E. Q. H, a cadena perpetua por el primer delito y a tres años de pena privativa de libertad por el segundo ilícito, y fijó S/ 15 000 (quince mil soles) de reparación civil, a razón de S/ 10 000 (diez mil soles) por el primer delito y S/ 5000 (cinco mil soles) por el segundo ilícito.

Quinto. Frente a la sentencia de vista acotada, el representante del Ministerio Público promovió el recurso de casación del tres de diciembre de dos mil veinte (foja 312 del cuaderno de debates). Mediante auto del diez de diciembre de dos mil veinte (foja 388 del cuaderno de debates), la citada impugnación fue concedida. El expediente judicial fue remitido a esta sede suprema.

§ III. Procedimiento en la instancia suprema

Sexto. Esta Sala Penal Suprema, al amparo del artículo 430, numeral 6, del Código Procesal Penal, emitió el auto de calificación del catorce de enero de dos mil veintidós, por el que declaró bien concedido el recurso de casación.

Séptimo. Instruidas las partes procesales sobre la admisión del recurso de casación (notificación de foja 136, en el cuadernillo supremo), se emitió el decreto del doce de mayo de dos mil veintidós, que señaló como fecha de audiencia de casación el treinta de mayo de dos mil veintidós.

Octavo. Realizada la audiencia de casación, se celebró inmediatamente la deliberación de la causa en sesión privada. Efectuada la votación respectiva y por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

§ IV. Motivos de la concesión del recurso de casación

Primero. En el segundo párrafo del tercer considerando del auto de calificación, se expuso que el tema propuesto denota interés casacional y:

desde la perspectiva de los principios dispositivo y de congruencia, resulta necesario evaluar si las Salas Penales Superiores pueden alterar el ámbito de conocimiento del recurso de apelación interpuesto por la parte sentenciada y, desde el ámbito de la libertad probatoria y el derecho de probar, la valoración de la entrevista única en cámara Gessell, realizada el siete de diciembre de dos mil dieciocho (foja 138), afectaría la legalidad procesal, a la luz de las otras pruebas incorporadas y actuadas en el proceso, considerando además que son dos los delitos atribuidos al procesado (sic).

Los motivos aceptados son los incisos 2 y 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal, pues corresponde determinar si existe infracción del precepto procesal y de la motivación.

Segundo. Del análisis de la sentencia de vista cuestionada, se desprende que el único recurrente de la sentencia condenatoria fue el encausado Wilder Mendoza Flores, cuya pretensión fue delimitada por el *ad quem* del siguiente modo:

En el presente caso se debe analizar si corresponde declarar nula la sentencia por haberse valorado la entrevista única en cámara gessel de la agraviada como prueba preconstituida cuando correspondía la actuación como prueba anticipada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 242 del Código Procesal Penal (subrayado nuestro).

Tercero. Al respecto, el *ad quem* concluye, luego del pedido del recurrente y del análisis de la normativa procesal vigente, artículo 242 del Código Procesal Penal, que la declaración de una víctima menor de agresión sexual debe ser recabada como prueba anticipada.



En la misma línea, se basa en el Decreto Legislativo 1386 y en la ley 30862; asimismo, en el fundamento 13 del Acuerdo Plenario 5-2016/CJ-116 y en el Protocolo de entrevista única para niños, niñas y adolescentes en cámara gessel, aprobado por Resolución Administrativa número 277-2019-CE-PJ.

Igualmente, en la jurisprudencia consistente en la Casación número 21-2019/Arequipa, del veintiséis de febrero de dos mil veinte, la cual señala el criterio para los casos de declaraciones de menores en cámara gessel: las declaraciones deben ser las practicadas como prueba anticipada y no como prueba preconstituida.

Entonces, considerando que la entrevista de la menor agraviada fue recabada el siete de diciembre de dos mil dieciocho, bajo la dirección del fiscal, pese a que desde septiembre de dos mil dieciocho se tramita como prueba anticipada, no reúne los requisitos (constitucionales) indispensables para su validez. A pesar de ello fue valorada, cuando el *a quo* no podía hacerlo, pues no se produjo mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo; de esta manera, aplicó el literal d) del artículo 150 del Código Procesal Penal y señaló que debe practicarse prueba de oficio, que deberá comparecer la agraviada en el nuevo juicio oral para que se tome su declaración en cámara gessel.

Cuarto. En contra de esa decisión, el casacionista (Ministerio Público) sostuvo que el *ad quem* realizó un pronunciamiento sobre extremos no impugnados, pues únicamente se solicitó la nulidad de la sentencia emitida por la trasgresión de la legalidad de la norma procesal. Al respecto, el recurrente considera que la declaración en cámara gessel afectaría únicamente al delito de violación sexual de menor, pero no al delito de aborto agravado, respecto del cual en el



escrito de apelación el procesado consintió la pena y solicitó que se dicte pena suspendida.

Quinto. Conforme lo expuesto por el Tribunal Superior, no queda duda que la declaración única de la víctima no fue recabada como prueba anticipada. En ese sentido, a partir de saber que es un requisito primordial que sea actuada por un juez penal, con todas las garantías que se observan en un juicio oral, la declaración carece de efectos legales.

A saber, la declaración de la víctima fue recabada en cámara gessel el siete de diciembre de dos mil dieciocho (foja 138 del expediente judicial), pero solo contó con la presencia del representante del Ministerio Público, la misma agraviada, el abogado del CEM, la defensa del imputado y el padre de la víctima; empero debió tramitarse como prueba anticipada (donde necesariamente debió ser actuada por un juez). Se debió tener en cuenta que el artículo 242 del Código Procesal Penal fue modificado por el Decreto Legislativo 1307, publicado el treinta de diciembre de dos mil dieciséis (cuya vigencia se produjo noventa días después), que regula la práctica de tal diligencia (literal d, inciso 1, del artículo 242: declaración de niñas [...]) como prueba anticipada, lo cual podría significar la exclusión de dicha declaración del acervo probatorio por la afectación del debido proceso.

Séptimo. Empero, es necesario tener presente lo señalado por el Tribunal Constitucional:

“(...) es oportuno ahora analizar si lo alegado por la parte demandante constituye una vulneración del contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa y a la pluralidad de instancias, ambos invocados por la referida parte para sustentar la afectación de su derecho al debido proceso. En primer lugar, el hecho de que se haya analizado, en la sentencia, un medio probatorio que no ha sido materia de discusión al interior del proceso y que éste haya sido determinante para dilucidar la



controversia jurídica, sí constituye parte integrante del contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa, en la medida que se impide a una de las partes cuestionar la validez e idoneidad del medio probatorio aportado por la otra (...)”¹;

Octavo. Conforme a lo expuesto, para declarar la nulidad de la sentencia, el Tribunal Superior debió considerar que el juez de primera instancia valoró una prueba que no fue recabada como prueba anticipada (entrevista en Cámara Gessel), también debió basar su decisión en el análisis de otros medios probatorios actuados en el juicio oral, teniendo en cuenta la libertad probatoria y el derecho a probar, lo que importa el análisis conjunto de los medios probatorios; así, en el caso concreto, se cuenta con las declaraciones de los testigos, con prueba científica (pericias) y el examen de los órganos periciales, los cuales debieron considerarse para emitir pronunciamiento y definir la responsabilidad penal del procesado, incluso si excluyera el medio probatorio cuestionado y valorado por el juzgado de primera instancia. En otras palabras, es necesario determinar si dicho medio probatorio fue determinante para dilucidar la controversia jurídica y clarificar la situación jurídica del procesado, ello va en consonancia con verificar si se afectó el contenido, constitucionalmente protegido, del derecho de defensa.

Noveno. De otro lado, es de considerar también que el *ad quem*, a pesar de que fueron dos los delitos que se atribuyeron al procesado, declaró nula la sentencia de primera instancia en todos sus extremos, cuando la entrevista en cámara gessel afectaría, por su naturaleza, únicamente el pronunciamiento sobre el delito de violación de la libertad sexual y no el delito de aborto agravado. Por lo expuesto, se declara fundado el recurso de casación incoado.

¹ Exp. N.º 10490-2006-PA/TC, Caso Elisa Monsalve Romero, Fundamento jurídico 7.



DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia de vista, del diecisiete de noviembre de dos mil veinte (foja 285), emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, que declaró nula la sentencia del diecinueve de diciembre de dos mil diecinueve, que condenó a Wilder Mendoza Flores como autor y responsable por la comisión del delito contra la libertad en la modalidad de violación de la libertad sexual, subtipo violación sexual de menor de edad agravado (por la posición y cargo del agente), previsto en el artículo 173, primer párrafo, numeral 2, del Código Penal, concordante con el último párrafo del mismo artículo, y por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud-aborto agravado por la calificación del sujeto, previsto en el artículo 117 del Código Penal, concordante con el artículo 115 del código citado, en agravio de la menor de iniciales K. E. Q. H., por el primer delito a cadena perpetua y por el segundo a tres años de pena privativa de libertad efectiva; y dispuso que se realice un nuevo juicio oral por otros magistrados. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista recurrida del diecisiete de noviembre de dos mil veinte.
- II. **ORDENARON** nuevo juicio de apelación y cumplidas las formalidades se dicte la sentencia correspondiente.



III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia privada, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas en esta instancia, incluso a las no recurrentes, y se publique en la página web del Poder Judicial; y los devolvieron.

Intervino la señora jueza suprema Pacheco Huancas por licencia de la señora jueza suprema Carbajal Chávez.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

COAGUILA CHÁVEZ

CCH/jj