



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 65-2022/ICA
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título. Declaración de la agraviada. Cámara Gesell. Prueba anticipada

Sumilla 1. Es verdad que no consta que para esa declaración de la agraviada se emplazó al imputado o a su defensa para asistir al interrogatorio –lo que es exigible por mandato del artículo 383, apartado 1, literal ‘d’, del CPP y, de no mediar una excepción razonable a esta regla de prueba, solo podría otorgársele valor de mera denuncia–. En efecto, la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia Al-Kawawaja y Tahery vs Reino Unido, de quince de diciembre de dos mil once, si bien ratifica que por lo general toda prueba de cargo generalmente debe producirse en presencia del imputado en una audiencia pública, reconoce excepciones posibles a esta regla en tanto en cuanto tales pruebas (declaraciones) pueden ser impugnadas y cuestionadas cuando éstas tengan lugar o un momento posterior del proceso. Para la no presencia del testigo, y en tanto se trate de una medida de último recurso, se exigen dos requisitos: (i) que existe una buena razón para su inasistencia, y (ii) que el testimonio no sea la única o principal prueba para la condena, pues de ser así el derecho de defensa se restringiría hasta un punto incompatible con el juicio justo. **2.** Las declaraciones ante la Fiscalía en sede de investigación preparatoria fueron realizadas sin la asistencia del imputado o de su defensor. No consta que se les notificó para su posible asistencia –recuérdese que en sede sumarial solo se requiere, para la validez de un acto de investigación, posibilidad de contradicción–. Siendo así, es claro que tales testimoniales no podían ser utilizadas para la formación de la sentencia. **3.** Empero, su exclusión no autoriza la absolución. A lo expuesto en los fundamentos jurídicos precedentes se tiene la persistencia de lo que declaró la agraviada ante la Fiscalía, ante el médico legista, ante la psicóloga forense y en la diligencia de constatación fiscal.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, nueve de octubre de dos mil veinticuatro

VISTOS; en audiencia privada: el recurso de casación, por la causal de **inobservancia de precepto constitucional** (presunción de inocencia y tutela jurisdiccional), interpuesto por el encausado ROBERT ÁNGEL TAYPE RIVAS contra la sentencia de vista de fojas cuarenta y nueve, de once de agosto de dos mil veintiuno, que, en mayoría, confirmando la sentencia de primera instancia de fojas siete, de treinta de septiembre de dos mil veinte, lo condenó como autor del delito de actos contra el pudor de menor de edad en agravio de M.J.C.R. a diez años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que las sentencias mérito declararon probado que el encausado ROBERT ÁNGEL TAYPE RIVAS, de treinta y dos años de edad, conviviente de la hermana mayor de la agraviada M.J.C.R., de nueve años de edad, desde el diez de agosto del año dos mil quince le impuso tocamientos indebidos en



sus partes íntimas (vagina y ano) y veces en el cuello, a la vez que la amenazó con violarla si contaba lo sucedido, lo que motivó que la niña guardara silencio.

∞ Los actos libidinosos se realizaron en la casa en que todos vivían, ubicada en la calle Fortaleza cuatrocientos, del Centro Poblado Bernales del distrito de Humay, provincia de Pisco, departamento de Ica, y ocurrieron en numerosas oportunidades hasta el veintidós de agosto de ese mismo año dos mil quince. Ese día el imputado aprovechó que la madre de la niña, Zoila Pilar Cahuapas Ramos, había concurrido una posta medica en la ciudad de Pisco para hacer sentar a la menor agraviada en sus piernas y tocarle la vagina y el ano, así como besarla en el cuello, lo que fue presenciado por el primo de la niña, Luis Eystin Burgos Cahuapas, de tres años de edad, quien luego contó lo sucedido a su madre Sulay Pamela Cahuapas Ramos –que es hermana de su madre–, la misma que tras interrogar a la víctima y negarlos en frente del encausado ROBERT ÁNGEL TAYPE RIVAS posteriormente ratificó lo que le dijo el niño, llegando a decirle que era víctima de tocamientos desde el diez de agosto del año dos mil quince. Por ello doña Zoila Pilar Cahuapas Ramos interpuso la correspondiente denuncia policial.

SEGUNDO. Que el procedimiento se ha desarrollado conforme a continuación se detalla:

∞ **1.** El señor fiscal provincial mediante requerimiento de fojas una del cuaderno de debates virtual, de uno de agosto de dos mil veinte, acusó a ROBERT ÁNGEL TAYPE RIVAS como autor del delito de tocamientos indebidos a menor de edad, previsto en el numeral 2, concordante con el último párrafo, del artículo 176-A del CP, en agravio de M.J.C.R. Solicitó se le imponga diez años de pena privativa de la libertad y el pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil.

∞ **2.** Realizada la audiencia de control de acusación, conforme consta de fojas tres del cuaderno de casación, de dieciséis de junio de dos mil diecisiete, dictado el auto de enjuiciamiento, emitido el auto de citación a juicio y culminado el juicio oral, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de la Zona Norte de Chíncha expidió la sentencia de primera instancia condenatoria de fojas siete, de treinta de septiembre de dos mil veinte.

* Consideró que la incriminación de la víctima ha sido coherente, consiste en una sindicación directa hecha, mediante su declaración voluntaria preliminar de veinticuatro de agosto de dos mil quince; que el encausado indicó que no se llevaba bien con la madre de su pareja porque ocasionaba problemas entre él y su pareja; que, sin embargo, estos problemas no eran con la menor agraviada sino con la abuela, por lo que se presenta ausencia de incredibilidad subjetiva; que hay persistencia en la incriminación desde que la declaración de la víctima ha sido concreta, uniforme y se mantuvo incólume; que la víctima señaló que el imputado “...la hacía sentar en su piernas y que a veces la hacía recostar en la cama, que en esas oportunidades le besaba el cuello y le tocaba su vagina (le tocaba con el dedo) y a veces su potito”,



así como que “...nunca le contaba a su madre ni a su hermana porque “la amenazaba que iba a violar si hacia escándalo”; que lo expuesto también se detalló en el certificado médico legal y en la pericia psicológica 001356-2016 practicada por la psicóloga Jenny Rosario Colqui Quiñones; que la pericia psicológica forense concluyó que existe afectación emocional compatible experiencia negativa de tipo sexual; que la versión de la agraviada M.J.C.R. es verosímil internamente y externamente, es un relato creíble acorde a la edad que se ha corroborado con la versión de la madre y la hermana de la agraviada; que la tía indicó que su hijo le dijo que: “el Acna le mete la mano a Merari en su pototo”, y que el niño después explicó con más detalles cuando ella le preguntó, y que por eso se interpuso la denuncia.

∞ **3.** El encausado ROBERT ÁNGEL TAYPE RIVAS por escrito de fojas veintiséis, de dieciocho de enero de dos mil veintiuno, interpuso recurso de apelación, subsanado mediante escrito de fojas cuarenta y uno, de ocho de abril de dos mil veintiuno. Instó la revocatoria de la sentencia condenatoria y se le absuelva de los cargos. Alegó que la declaración de la víctima carece de entidad probatoria; que no se cumplió el Acuerdo Plenario 01-2011/CJ-116, de seis de diciembre de dos mil once, fundamento treinta y ocho; que la declaración debió presentarse obligatoriamente en cámara Gesell pero no fue así, además tampoco se realizó como prueba anticipada regulada en el artículo 242 del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–; que la situación con la menor fue malinterpretada; que la declaración de la agraviada, que fue leída en audiencia de dieciséis de septiembre de dos mil veinte, carece de eficacia probatoria; que la manifestación policial se incorporó de manera inválida a juicio, sin cumplir con las exigencias del artículo 383, inciso 1, literales c y d, del CPP; que lo mismo sucede con la declaración de los testigos; que existen deficiencias en la pericia psicológica 003115-2015-PSC que se le practicó; que en el examen pericial no se dijo que tiene inclinaciones a prácticas de tipo sexual con menores de edad o de pedofilia; que no se pudo tomar como indicio las muestras fotográficas indicando que es un indicio de presencia en el lugar porque es obvio que vive en ese lugar hace muchos años.

∞ **4.** Concedido el recurso de apelación por auto de fojas cuarenta y siete de doce de abril de dos mil veintiuno, la Sala de Apelaciones de Chíncha y Pisco, tras declararlo bien concedido y culminar el procedimiento impugnativo de segunda instancia, profirió la sentencia de vista de fojas cuarenta y nueve, de once de agosto de dos mil veintiuno, que confirmó en mayoría la sentencia condenatoria.

* Estimó que la apreciación de la prueba fue conforme al Acuerdo Plenario 02-2005/PJ-116, párrafo 10: la declaración de la víctima cumple con las garantías de certeza; que, respecto a la cámara Gesell, si bien la agraviada M.J.C.R. no pasó entrevista única en cámara Gesell, conforme a lo establecido en la CAS 21-2019/Arequipa, es posible evaluar su declaración preliminar conforme la prueba anticipada, en la cual la referida menor sindicó directamente al acusado ROBERT ÁNGEL TAYPE RIVAS como quien le



practicó los tocamientos en sus partes íntimas, lo que fue corroborado con la declaración del menor testigo L.E.B.C. (Luis Eystyn Burgos Cahuapas), el mismo que refirió que “*en la casa de la mamita en Bernalles vio que Anca le agarró el poto a Mei*” ya que estaba cerca de ellos; que esta versión que se confirma con la declaración de la testigo de oídas madre de la menor, Zoila Pilar Ramos Pachas, quien indicó que su hijo le había contado que el encausado le tocaba las partes íntimas a la agraviada, que la llevaba al cuarto donde dormía con su tía Sulay Pamela Cahuapas Ramos, que la besaba en el cuello y le bajaba la trusa; que estos mismos detalles constan en el certificado médico legal 002489-VLS, ratificado en juicio, y en la pericia psicológica 001356-2016-PSC, de la que se advirtió que la menor indicó: “tengo miedo del Anca porque como le dije el intento violarme (...) me sentó en su piernas y me tocaba la parte de adelante, de atrás o a veces me echaba y me besaba el cuello (...) me tocaba mi vagina y la parte de atrás, mi trasero (...)”, “que no contó nada porque él la amenazaba con violarla”, lo que constituye una sindicación coherente y persistente. De otro lado, la pericia psicológica practicada al encausado ROBERT ÁNGEL TAYPE RIVAS concluyó que no hay indicadores de psicopatología mental que lo incapacite para percibir y valorar su realidad, que tiene rasgos de personalidad dependiente e inmadura, que denota evasión y uso de mecanismos de defensa, que ello puede determinar una persona inmadura propensa a vulnerar los principios y las buenas costumbres de convivencia familiar, y que le otorga además autoridad sobre la menor agraviada. La pericia psicológica practicada a la agraviada 1356-2016-PSC corrobora periféricamente la incriminación al imputado. Conforme al Acuerdo Plenario 04-2015/CIJ-116, de dos de octubre de dos mil quince, se puede determinar que la pericia psicológica practicada a la agraviada dio cuenta que su versión fue coherente y espontánea y tiene valor probatorio. La tesis incriminatoria quedó comprobada y la valoración fue conforme a las reglas de la sana crítica prevista es en el artículo 393 del CPP.

* El voto singular entendió que debió absolverse al imputado; que la incorporación de la declaración de la menor agraviada M.J.C.R. realizada en la Comisaría de Alto el Molino – Pisco en presencia del representante de la Fiscalía de Familia de Pisco, de su madre y del efectivo policial, sin la presencia ni emplazamiento de la defensa del imputado –lo mismo sucedió con las declaraciones de Zoila Pilar Ramos Pachas, madre de la menor, Sulay Pamela Chuapas Ramos, hermana de la menor, y del menor LEBC, hijo de la hermana de la agraviada, debido a que su incorporación está prohibida por el artículo 383.2 del CPP; que el título II del Título Preliminar del CPP excluye su valoración como prueba de cargo por haberse actuados sin las debidas garantías, y al ser incorporadas a juicio oral mediante su lectura, son prohibidas porque no fueron sometidas a debate y contradictorio con presencia de la defensa del acusado; que se contravino el artículo 383.1, literal “d” y 383.2 del CPP, prescindiendo de la declaración de la menor durante la audiencia; que la declaración de la menor obtenida a nivel preliminar e incorporada a juicio mediante lectura contraviene principios



constitucionales y procesales como el debido proceso, el derecho a la defensa y el contradictorio; que la pericia psicológica de la menor no fue ratificada en juicio ante la inconcurrencia de la perito; que no es posible condenar al acusado ROBERT ÁNGEL TAYPE RIVAS con prueba prohibida.

∞ **5.** El encausado ROBERT ÁNGEL TAYPE RIVAS interpuso recurso de casación de contra la sentencia de vista. Por auto superior de fojas noventa, de cuatro de octubre de dos mil veintiuno, se concedió el citado recurso, que se elevó a esta Sala Suprema.

TERCERO. Que el encausado ROBERT ÁNGEL TAYPE RIVAS, en su escrito de recurso de casación de fojas setenta y tres, de veintisiete de agosto de dos mil veintiuno, invocó los motivos de casación de inobservancia de precepto constitucional y vulneración de la garantía de motivación (artículo 429, incisos 1 y 4, del CPP). Sostuvo que la declaración de la agraviada leída en el plenario no cumplió los artículos 383, apartado 1, literales 'c' y 'd', y 393, apartado 1, del CPP; que se presentó una insuficiencia probatoria; que, además, la declaración de la agraviada no se llevó a cabo en cámara Gesell ni se actuó como prueba anticipada.

CUARTO. Que, corrido el traslado, este Colegiado Supremo, mediante Ejecutoria de fojas ciento treinta y cuatro, de cinco de febrero de dos mil veintitrés, declaró bien concedido el recurso de casación por la causal de **inobservancia de precepto constitucional (presunción de inocencia y tutela jurisdiccional)**. Corresponde establecer el carácter de prueba utilizable de la declaración de la agraviada, y si el conjunto del material probatorio sostiene la condena.

QUINTO. Que, instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia privada de casación el día lunes treinta de septiembre del presente año. Ésta se realizó con la concurrencia de la defensa del recurrente ROBERT ÁNGEL TAYPE RIVAS, doctor Jhonny Olivares Quispe, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

SEXTO. Que, cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el análisis de la censura casacional, desde la causal de **inobservancia de precepto constitucional (presunción de inocencia y tutela jurisdiccional)**, estriba en establecer si se utilizó prueba legítimamente incorporada al juicio (ex artículo 393, apartado 1, del CPP), y si el conjunto del material probatorio sostiene la condena. Es de precisar que el CPP entró en vigencia en el



Distrito Judicial de Ica el uno de diciembre de dos mil nueve, según el Decreto Supremo 016-2009-JUS, de veintiuno de noviembre de dos mil nueve.

SEGUNDO. Que, en cuanto a la versión de la menor agraviada M.J.C.R., se tiene que su declaración, la única que consta en autos, se produjo en sede policial el veinticuatro de agosto de dos mil quince, y declaró en presencia de su madre y de la señora Fiscal de Familia. La Ley 30364, de veintitrés de noviembre de dos mil quince, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, estableció que la declaración de la víctima debe practicarse bajo la técnica de entrevista única, la misma que tiene calidad de prueba preconstituida (artículo 19) –la reforma operada por el Decreto Legislativo 1386, de cuatro de septiembre de dos mil dieciocho, estipuló que esa prueba se tramita como prueba anticipada–. Luego, como la Ley 30364 es posterior a esa diligencia es obvio que la indicada especialidad procedimental no podía aplicarse. La Ley anterior, 26260, de ocho de diciembre de mil novecientos noventa y tres, Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, no introdujo, en este punto, regla especial alguna. Igualmente, el Decreto Legislativo 1307, de treinta de diciembre de dos mil dieciséis, que modificó el artículo 242 del CPP, sobre prueba anticipada, autorizó la posibilidad –no la obligatoriedad– de realizar prueba anticipada en los casos de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes.

∞ En consecuencia, la cámara Gesell no estaba legalmente impuesta ni la obligación de realizar prueba anticipada en la fecha en que se llevó a cabo la declaración de la agraviada M.J.C.R.

TERCERO. Que, ahora bien, es verdad que no consta que para esa declaración de la agraviada se emplazó al imputado o a su defensa para asistir al interrogatorio –lo que es exigible por mandato del artículo 383, apartado 1, literal ‘d’, del CPP y, de no mediar una excepción razonable a esta regla de prueba, solo podría otorgársele valor de mera denuncia–. Sin embargo, la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia Al-Kawawaja y Tahery vs Reino Unido, de quince de diciembre de dos mil once, si bien ratifica que por lo general toda prueba de cargo generalmente debe producirse en presencia del imputado en una audiencia pública, reconoce excepciones posibles a esta regla en tanto en cuanto tales pruebas (declaraciones) pueden ser impugnadas y cuestionadas cuando éstas tengan lugar o un momento posterior del proceso. Para la no presencia del testigo, y en tanto se trate de una medida de último recurso, se exigen dos requisitos: (i) que exista una buena razón para su inasistencia, y (ii) que el testimonio no sea la única o principal prueba para la condena, pues de ser así el derecho de defensa se restringiría hasta un punto incompatible con el juicio justo.



CUARTO. Que, en el *sub judice*, debe reconocerse que consta una buena razón para que la niña agraviada no preste declaración en el acto oral: el riesgo de victimización terciaria, de probable afectación al imponerle declarar por segunda vez. De otro lado, la declaración de la niña tiene aval en lo que ella expresó en anamnesis realizada por el médico legista y la psicóloga forense [vid.: (i) certificado médico legal 002849-VLS y las explicaciones del perito brindada en el juicio oral –de suerte que hubo la oportunidad de interrogarlo sobre estas expresiones que consignó en el dictamen pericial–, y (ii) protocolo de pericia psicológica 001356-2016-PSC –la psicóloga no asistió al juicio, pero tratándose de una pericia institucional y no habiendo sido observada tal situación no le resta eficacia probatoria–]. A ello se une que la denuncia policial se interpuso inmediatamente del último atentado sexual, el veinticuatro de agosto de dos mil quince; y, sobre todo, el mérito del acta constatación fiscal oralizada de veintiocho de abril de dos mil dieciséis, en el que la agraviada reiteró la sindicación contra el encausado recurrente. Además, en sede de enjuiciamiento la defensa del encausado no observó o impugnó esta oralización.

∞ En tal virtud, ante los elementos de prueba descriptos, fue correcto utilizar el testimonio de la víctima, a partir de las consideraciones precedentemente expuestas. Es del caso agregar, primero, que la pericia psicológica de la menor agraviada M.J.C.R. concluyó que tiene un desarrollo cognitivo conforme a su edad, que presentó indicadores de afectación emocional y que su relato registró indicadores de consistencia; y, segundo, que la pericia psicológica del encausado ROBERT ÁNGEL TAYPE RIVAS concluyó que su relato denotó evasión y uso de mecanismos de defensa, lo que a partir de lo que expuso en el acto oral y el mérito de lo actuado no introdujo un elemento probatorio que permita poner en crisis las pruebas de cargo anteriormente valoradas.

QUINTO. Que también se cuestionó la validez de la oralización de las declaraciones de los testigos Zoila Pilar Ramos Pachas, Sulay Pamela Cahuapas Ramos y Luis Eystyn Burgos Cahuapas. A estos testigos, pese a la orden de conducción compulsiva que se les dictó, no se les ubicó, por lo que en el plenario se prescindió de su testimonial. Las declaraciones ante la Fiscalía en sede de investigación preparatoria fueron realizadas sin la asistencia del imputado o de su defensor. No consta que se les notificó para su posible asistencia –recuérdese que en sede sumarial solo se requiere, para la validez de un acto de investigación, posibilidad de contradicción–. Siendo así, es claro que tales testimoniales no podían ser utilizadas para la formación de la sentencia.

∞ Empero, su exclusión no autoriza la absolución. A lo expuesto en los fundamentos jurídicos precedentes se tiene la persistencia de lo que declaró la agraviada ante la Fiscalía, ante el médico legista, ante la psicóloga forense y en la diligencia de constatación fiscal. Existe, pues, prueba plural, coincidente entre sí y suficiente. La condena, dentro de estos límites, no se



justifica en prueba ilícita u obtenida u actuada sin las debidas garantías procesales (ex artículo II, apartado 1, del Título Preliminar del CPP).

∞ El recurso defensivo no puede ser estimado. Así se declara.

SEXTO. Que, en cuanto a las costas, es de aplicación los artículos 497, apartados 1 y 3, y 504, apartado 2, del CPP. Debe abonarlas el encausado recurrente.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación, por la causal de **inobservancia de precepto constitucional** (presunción de inocencia y tutela jurisdiccional), interpuesto por el encausado ROBERT ÁNGEL TAYPE RIVAS contra la sentencia de vista de fojas cuarenta y nueve, de once de agosto de dos mil veintiuno, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas siete, de treinta de septiembre de dos mil veinte, lo condenó como autor del delito de actos contra el pudor de menor de edad en agravio de M.J.C.R. a diez años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista. **II. CONDENARON** al encausado recurrente al pago de las costas del recurso, cuya ejecución corresponderá al Juzgado de la Investigación Preparatoria competente, previa liquidación de las mismas por la Secretaría de esta Sala Suprema. **III. ORDENARON** se transcriba la presente sentencia al Tribunal Superior para la continuación de la ejecución procesal de la sentencia condenatoria por ante el Juzgado de la Investigación Preparatoria competente; registrándose. **IV. DISPUSIERON** se lea esta sentencia, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **INTERVINO** el señor Peña Farfán por vacaciones de la señora Carbajal Chávez. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

PEÑA FARFÁN

CSMC/YLPR