

### **Declaración de menor recabada como prueba preconstituida no adolece de nulidad absoluta**

I. En el caso concreto, luego de tener conocimiento de la noticia criminal, las actuaciones inmediatas del titular de la acción penal, entre otras, fueron recabar la entrevista de la menor en cámara Gesell, que se realizó el once de septiembre de dos mil veinte y contó con la presencia de la defensa técnica del encausado, del fiscal de familia, del fiscal penal, de la psicóloga y de la madre de la menor, lo cual denota que no existe afectación al debido proceso ni a la legitimidad de la prueba, dado que sí se cauteló el derecho del procesado de intervenir en la diligencia, pues contó con un defensor. Ello importa la actuación tuitiva del sistema judicial, donde, de acuerdo con el principio de inmediación, pudo fiscalizar, a través de su defensa, el modo como se desarrolló la diligencia. Se enfatiza que desde el inicio se cauteló la presencia del abogado defensor del procesado, quien pudo ejercer los actos propios de la defensa. Además, la entrevista en cámara Gesell fue visualizada en juicio oral en presencia de las partes procesales, donde tuvo la oportunidad de cuestionarla, en virtud del derecho de contradicción. Aunado a ello, el acta de entrevista también fue visualizada en el plenario como prueba documental, lo que denota que no se vulneró garantía constitucional alguna. En suma, la entrevista en Cámara Gesell no adolece de nulidad absoluta, tanto más si respondió a los actos urgentes e indispensables propios de la investigación preliminar. No es ilícita ni inconstitucional, tal como se ha practicado; luego, los defectos alegados son tolerables, por propio imperio legal prescrito expresamente en el artículo 157, numeral 1, del Código Procesal Penal.

II. En consecuencia, no corresponde amparar el recurso de casación ni casar la sentencia de vista, y por el contrario, al haber decaído el recurso promovido, corresponde imponer costas.

## **SENTENCIA DE CASACIÓN**

**Sala Penal Permanente**  
**Casación n.º 3379-2022/San Martín**

Lima, veintisiete de mayo de dos mil veinticinco

**VISTOS:** el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del procesado JORGE HUAMÁN PIZANGO contra la sentencia de vista del dos de septiembre de dos mil veintidós (foja 450), expedida por la Sala de Apelaciones y Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de San Martín, que confirmó la sentencia de primera instancia del seis de octubre de dos mil veintiuno (foja 286), que condenó al citado encausado como autor del delito de actos de tocamientos indebidos o actos

libidinosos en menor de edad, en agravio de la menor de iniciales R. A. H. D. (nueve años), y fijó en S/ 2000 (dos mil soles) el monto de la reparación civil a favor de la agraviada, y la revocó en el extremo que le impuso once años de pena privativa de libertad y, reformándola, le impuso nueve años de privación de libertad; y confirmó lo demás que contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo LUJÁN TÚPEZ.

## FUNDAMENTOS DE HECHO

### § I. Procedimiento en primera instancia

**Primero.** La señora fiscal provincial, mediante requerimiento del uno de marzo de dos mil veintiuno (foja 1), formuló acusación contra JORGE HUAMÁN PIZANGO —autor— por el delito de actos de tocamientos indebidos o actos libidinosos en menor de edad (previsto en el artículo 176-A del Código Penal), en agravio de la menor de iniciales R. A. H. D. (nueve años). Solicitó que se le imponga la pena de once años de privación de libertad y el pago de S/ 5000 (cinco mil soles) por concepto de reparación civil a favor de la menor agraviada.

∞ En síntesis, se atribuyó como fáctico lo siguiente:

\* El catorce de agosto de dos mil veinte, Kerly Daza Mashingashi se apersonó a la comisaría para denunciar que su menor hija R. A. H. D. (9 años) fue víctima de violación sexual por parte de su tío JORGE HUAMÁN PIZANGO y su primo Nixon Aldair Huamán Pizango (16 años), y que aconteció cuando dejó a su menor hija al cuidado de su hermana Erika Elencith Daza Mashingashi y su conviviente JORGE HUAMÁN PIZANGO, durante el periodo de abril a agosto de dos mil diecinueve pues viajó a Lima con la finalidad de trabajar.

\* Luego de conocido el hecho la menor fue examinada ante la División Médico Legal de Alto Amazonas, con la finalidad de conocer su integridad sexual y posibles lesiones que pudiera registrar y se emitió el Certificado Médico Legal n.º 062-B-2020-DCLS, del catorce de agosto de dos mil veinte, que concluyó que la menor no presentaba lesiones traumáticas recientes ni antiguas, ni signos de desfloración reciente ni antigua y tampoco signos de acto contranatura reciente ni antigua.

\* El once de septiembre de dos mil veinte se llevó a cabo la Entrevista Única en Cámara Gesell de la menor R. A. H. D., diligencia en la que manifestó que su tío JORGE HUAMÁN PIZANGO le tocó sus partes íntimas (vagina y nalga), no recordando la fecha exacta pero que fue antes de la celebración del día del padre (junio de dos mil diecinueve) cuando ella se encontraba en la casa de su tía Erika Elencith Daza Mashingashi, toda vez que su mamá se fue a trabajar a Lima. Señaló que un día su tía se fue al baño y se quedó ahí con sus primos, mirando la televisión con ellos, de pronto su tío la llamó y la jaló, tapándole la boca y empezó a tocarle, le bajó su short y su calzón, y él también se bajó

su pantalón, y le enseñó sus partes, su pene, comenzando a rozarla por su vagina, estos hechos se realizaron hasta en cinco oportunidades. La segunda vez su tío la jaló y le hizo lo mismo en un cuarto donde no había nadie, pero ponían la comida del perro y materiales que usaban para trabajar. La tercera vez, cuando su tía salió junto a su primo, que es especial, a un tratamiento donde le enseñaban a caminar, quedando sola con su otro primo, y fue ahí cuando su tío la jaló igual y la llevó a su cuarto y ahí empezó a bajarle su pantalón y calzón y se puso encima, comenzando a rozar su pene por su vagina, además le introdujo el dedo en su vagina, sosteniendo la menor que su agresor le decía que no cuente nada, recibiendo amenazas como que “le iba hacer peor” o le iba a hacer daño a su familia. La cuarta vez fue cuando su tía estaba en su cuarto, se había quedado con sus primos, y cuando la menor se dirigía a su cuarto, su tío se fue a traer algo y la jaló y cuando intentó gritar le dijo “cállate tu tía va escuchar” y le tapó la boca, procediendo a tocar sus partes, su vagina. Finalmente, la quinta vez, su tío se acostó en la cama se puso encima y con la boca le tocaba sus partes, y también introdujo su dedo. Asimismo, los tocamientos se produjeron cuando el imputado se iba junto a la menor a dejarla al colegio.

∞ Posteriormente, en los mismos términos que el dictamen fiscal acusatorio, se dictó el auto de enjuiciamiento del cinco de abril de dos mil veintiuno (foja 10).

**Segundo.** Realizado el juzgamiento, el Juzgado Penal Colegiado, mediante sentencia del seis de octubre de dos mil veintiuno (foja 286), condenó a JORGE HUAMÁN PIZANGO como autor del delito de actos de tocamientos indebidos o actos libidinosos en menor de edad, en agravio de la menor de iniciales R. A. H. D. (nueve años), y fijó en S/ 2000 (dos mil soles) el monto de la reparación civil a favor de la agraviada, y le impuso once años de pena privativa de libertad; y confirmó lo demás que contiene.

**Tercero.** Contra la referida sentencia, el procesado interpuso recurso de apelación (foja 359). Tal impugnación fue concedida por auto del dieciocho de noviembre de dos mil veintiuno (foja 362). Se dispuso elevar los actuados al superior jerárquico.

## § II. Procedimiento en segunda instancia

**Cuarto.** En la audiencia de apelación no se realizó el ofrecimiento de medios probatorios, no se oralizó pieza procesal alguna ni se examinó al procesado. Seguidamente, los sujetos procesales concernidos expusieron los alegatos finales, según emerge del acta del diecinueve de agosto de dos mil veintidós (foja 443). En ese contexto, el Tribunal Superior, a través de la sentencia de vista del dos de septiembre de dos mil veintidós (foja 450), confirmó la sentencia de primera instancia del seis de octubre de dos mil veintiuno (foja 286), que condenó a JORGE HUAMÁN PIZANGO como autor del delito de

actos de tocamientos indebidos o actos libidinosos en menor de edad, en agravio de la menor de iniciales R. A. H. D. (nueve años), y fijó en S/ 2000 (dos mil soles) el monto de la reparación civil a favor de la agraviada; y la revocó en el extremo que le impuso once años de pena privativa de libertad y, reformándola, le impuso nueve años de privación de libertad; y confirmó lo demás que contiene.

**Quinto.** Frente a la sentencia de vista acotada, el procesado HUAMÁN PIZANGO promovió el recurso de casación del veintinueve de septiembre de dos mil veintidós (foja 482). Mediante auto del veinticuatro de noviembre de dos mil veintidós (foja 498), 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 numeral 6 del artículo 430 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP), emitió el auto de calificación del cinco de noviembre de dos mil veinticuatro, por el que declaró bien concedido el recurso de casación (foja 134 del cuadernillo suprema) por los numerales 1 y 3 del artículo 429 del CPP.

**Séptimo.** Instruidas las partes procesales sobre la admisión del recurso de casación, conforme a la notificación respectiva (foja 137 del cuaderno suprema), se emitió el decreto del diez de marzo de dos mil veinticinco (foja 139 del cuaderno suprema), que programó como fecha para la audiencia de casación el doce de mayo del presente año.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** Mediante la ejecutoria suprema del cinco de noviembre de dos mil veinticuatro (foja 134 del cuaderno suprema), se concedió casación a favor del procesado JORGE HUAMÁN PIZANGO. En el fundamento cuarto, se especificó lo siguiente:

El imputado invoca como causales los incisos 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal; en síntesis, cuestiona que en las sentencias emitidas se valoró la entrevista única en cámara Gesell, practicada a la menor el once de septiembre de dos mil veinte, pese a que no se introdujo al proceso como prueba anticipada, lo cual importaría la inobservancia de garantías constitucionales —debido proceso y legitimidad de pruebas— y la inaplicación de norma

sustantiva (artículo 19 del Decreto Legislativo n.º 1386, del tres de septiembre de dos mil dieciocho); en consecuencia, corresponde dilucidar la transgresión e inaplicación denunciadas, por lo que se declara bien concedido el recurso, a fin de evaluar la casación constitucional y sustantiva.

∞ Los motivos casacionales son los previstos en los numerales 1 y 3 del artículo 429 del CPP.

**Segundo.** En ese sentido, conforme a los motivos de casación aceptados, el marco del pronunciamiento orbitará alrededor de dos temas: **(a)** determinar la validez del acta de entrevista en cámara Gesell, que fue recabada como prueba preconstituida, cuando debió serlo como prueba anticipada, y **(b)** si la valoración de esta (entrevista en cámara Gesell como prueba preconstituida), en conjunto con la prueba recabada, permite determinar la autoría del delito.

**Tercero.** El artículo 19 de la Ley n.º 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, modificado por el Decreto Legislativo n.º 1386, del cuatro de septiembre de dos mil dieciocho<sup>1</sup>, establece lo que sigue:

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** [énfasis añadido].

∞ Se precisa que antes de la modificación de la Ley n.º 30364, mediante el citado Decreto Legislativo n.º 1386, como antecedente normativo, la diligencia tenía la calidad de prueba preconstituida.

**Cuarto.** Por otro lado, el Protocolo de Entrevista Única para niños, niñas y adolescentes en cámara Gesell, aprobado mediante la Resolución Administrativa n.º 277-2019-CE-PJ<sup>2</sup>, define en el ordinal 2.1.4 del apartado 2.1 del Capítulo II del protocolo que la entrevista única es la diligencia judicial que registra la declaración o testimonio de la niña, niño o adolescente, y tiene como finalidad esclarecer la verdad de los hechos y evitar la revictimización. Asimismo, en el ordinal 2.3.6 del apartado 2.3 del mismo capítulo del referido protocolo contempla como uno de los principios el de inmediatez, el cual señala que las actuaciones en la cámara Gesell

---

<sup>1</sup> Consultado en

<https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/01386.pdf>

<sup>2</sup> Consultado en

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/95de9d004ac4739fbd62fdd1306a5ccd/1-Protocolo+de++entrevista+%C3%BAnica+para+NNyA+C%C3%A1mara+Gesell%2BResoluci%C3%B3n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=95de9d004ac4739fbd62fdd1306a5ccd#:~:text=La%20entrevista%20en%20la%20C%C3%A1mara,la%20v%C3%ADctima%20y/o%20testigo1>

deben llevarse a cabo en presencia directa de la niña, niño y adolescente, del juez, del fiscal y de los demás sujetos de la relación procesal, según sea el caso.

**Quinto.** En esa línea de pensamiento, la prueba anticipada es aquel medio probatorio practicado durante la investigación preparatoria o etapa intermedia, es decir, con anterioridad al juicio oral y con la intervención del juez de investigación preparatoria; dicho acto de prueba se realiza por razones de urgencia circunstancial<sup>3</sup>.

**Sexto.** De ese modo, es claro que la actuación de las entrevistas únicas en cámara Gesell de las víctimas menores se recaba, por mandato normativo, como prueba anticipada, conforme a la modificatoria de la ley mencionada, y se enfatiza con el protocolo emitido por el Poder Judicial.

**Séptimo.** Sin embargo, se debe considerar, a partir de ello, si la declaración de la víctima recabada como prueba preconstituida y no como prueba anticipada constituye un defecto absoluto o relativo. La nulidad absoluta y la relativa constituyen dos tipos de sanciones legales que el código adjetivo regula. La nulidad absoluta (artículo 150 del CPP) es aquella que afecta derechos constitucionales o fundamentales, se establece expresamente en la ley, no puede ser subsanada y puede ser declarada de oficio. La nulidad relativa (artículo 151 del CPP), por otro lado, puede ser subsanada y convalidada y existe un plazo para solicitarla.

**Octavo.** Además, es absolutamente cierto que las nulidades procesales están sometidas al principio de taxatividad (artículo 150 del nuevo CPP), en cuya virtud solo cabe declararlas cuando lo autorice la ley procesal y siempre que produzcan un efectivo perjuicio cierto e irreparable o una efectiva indefensión. Esta última prevención no es sino el reconocimiento del principio de trascendencia en materia de nulidades procesales, por lo que se ha de requerir que el órgano jurisdiccional con su conducta procesal menoscabe irrazonablemente el entorno jurídico de las partes privándolas, real y efectivamente, de intervenir, de uno u otro modo, en el proceso o alterando el sistema de garantías reconocidas por la legislación. Tal ineficacia, por lo demás, solo puede declararse cuando es imputable, de modo inmediato y directo, al órgano jurisdiccional, de manera que haga imposible que la parte afectada pueda utilizar en la instancia los medios que ofrece el ordenamiento jurídico para superarla (Casación n.º 22-2009/La Libertad).

---

<sup>3</sup> ROSAS YATACO, Jorge. (2005). *Tratado de derecho procesal penal* (tomo II). Lima: Jurista Editores, *passim*.

**Noveno.** En el caso concreto, luego de tener conocimiento de la noticia criminal, las actuaciones inmediatas del titular de la acción penal, entre otras, fueron recabar la entrevista de la menor en cámara Gesell, que se realizó el once de septiembre de dos mil veinte y contó con la presencia de la defensa técnica del encausado, del fiscal de familia, del fiscal penal, de la psicóloga y de la madre de la menor, lo cual denota que no existe afectación al debido proceso ni a la legitimidad de la prueba, dado que sí se cauteló el derecho del procesado de intervenir en la diligencia, pues contó con un defensor. Ello importa la actuación tuitiva del sistema judicial, donde, de acuerdo con el principio de inmediación, pudo fiscalizar, a través de su defensa, el modo como se desarrolló la diligencia. Se enfatiza que desde el inicio se cauteló la presencia del abogado defensor del procesado, quien pudo ejercer los actos propios de la defensa. Además, la entrevista en cámara Gesell fue visualizada en juicio oral en presencia de las partes procesales (foja 280), donde tuvo la oportunidad de cuestionarla, en virtud del derecho de contradicción. Aunado a ello, el acta de entrevista también fue visualizada en el plenario como prueba documental, lo que denota que no se vulneró garantía constitucional alguna. En suma, la entrevista en cámara Gesell no adolece de nulidad absoluta, tanto más si respondió a los actos urgentes e indispensables propios de la investigación preliminar. No es ilícita ni inconstitucional, tal como se ha practicado; luego, los defectos alegados son tolerables, por propio imperio legal prescrito expresamente en el artículo 157, numeral 1, del CPP.

∞ Al respecto, en este caso, resulta ineludible hacer un distingo adicional: la urgencia de los primeros recaudos de investigación en las instancias precursoras del proceso —durante las primeras diligencias preliminares de investigación—, en que se vuelve posible admitir las actividades procesales que suplen la prueba anticipada cuando la urgencia de la pesquisa de la información veraz requiere el uso de otros mecanismos de tutela de la información relevante, ponderando justificadamente como más importante e indispensable dicho uso para preservar el hallazgo, frente a exaltar el estricto rigor formal legalista, cuya dilatada tramitación permitiría la pérdida de la información. El derecho y el sistema normativo en un Estado constitucional de derecho no pueden optar por preponderar una excesiva veneración a la forma por encima de todo, incluso desconociendo los derechos fundamentales, en particular de las víctimas de agresiones a su libertad, como la sexual, en especial cuando se trata de niñas, niños, adolescentes o personas en condiciones de vulnerabilidad. La regla de excepción fijada a partir del reconocimiento del principio procesal de libertad probatoria, en el artículo 157, inciso 1, del CPP, así lo reconoce.

**Décimo.** Consecutivamente, habiendo determinado que la diligencia de entrevista en cámara Gesell no incurre en nulidad absoluta, corresponde verificar si su análisis, en las sentencias emitidas, fue adecuado. Al respecto, se verifica que se consideraron las siguientes pruebas: documental (acta de denuncia verbal, partida de nacimiento de la menor, Certificado Médico-Legal n.º 062-B-2020-DCLS —practicado a la menor, cuya data dio cuenta de los tocamientos—, Informe Social n.º 062-2020-MIMP/PN-AURORA/CEM-YMGS/TS-MAE, Pericia Psicológica n.º 215-020-PSC y acta de inspección técnico-policial), testimonial (Carmen Alicia Daza Cachique, declaración excepcional de la menor R. A. H. D. en el plenario y Erika Daza Mashingashi) y la ratificación de la asistente social y los peritos médico legista y psicóloga, a través de lo cual se determinó que la versión inculpativa inicial recabada en el acta de entrevista única de cámara Gesell reunió las garantías de certeza (ausencia de incredulidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la inculpativa) previstas en el Acuerdo Plenario n.º 2-2005/CJ-116, que adquirió preponderancia ante la versión exculpativa (retractación) de la menor recabada como prueba excepcional en el plenario, dado que, como lo advirtió la psicóloga, su relato primigenio se halló orientado en tiempo, espacio y persona, así como que durante la entrevista la menor presionó su mano constantemente, por lo que determinó que presentaba afectación emocional y estresor sexual compatible con el hecho investigado; se observaba tristeza en su rostro y tendía a reprimir el llanto; su relato fue espontáneo, y se mostraba temerosa y retraída, y describió el modo en que se efectuó la agresión sexual por parte del procesado. Asimismo, de conformidad con el Acuerdo Plenario n.º 1-2011/CJ-116, el relato exculpativo no resulta fiable en tanto en cuanto el procesado es parte del entorno familiar de la menor agraviada, al ser su tío, pareja de su tía Erika Daza, hermana de la madre de la menor. Igualmente, el cambio de versión no está acreditado de manera objetiva con otras pruebas más que el cambio de versión de la menor y su madre. Así también, se verifica que se abordó y descartó cada uno de los argumentos defensivos postulados, tanto a nivel de primera instancia como de apelación, lo que permite concluir que la emisión de la decisión cuestionada y su confirmación resultan acordes a derecho.

**Undécimo.** En consecuencia, no atañe amparar el recurso de casación ni casar la sentencia de vista; por el contrario, al haber decaído el recurso promovido, corresponde imponer costas, las cuales se imponen de oficio, de conformidad con el artículo 497, inciso 2, concordante con lo prescrito en el artículo 504, inciso 2, del CPP.

### 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 INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del procesado JORGE HUAMÁN PIZANGO contra la sentencia de vista del dos de septiembre de dos mil veintidós (foja 450), expedida por la Sala de Apelaciones y Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de San Martín, que confirmó la sentencia de primera instancia del seis de octubre de dos mil veintiuno (foja 286), que condenó al citado encausado como autor del delito de actos de tocamientos indebidos o actos libidinosos en menor de edad, en agravio de la menor de iniciales R. A. H. D. (nueve años), y fijó en S/ 2000 (dos mil soles) el monto de la reparación civil a favor de la agraviada, y la revocó en el extremo que le impuso once años de pena privativa de libertad y, reformándola, le impuso nueve años de privación de libertad; y confirmó lo demás que contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista recurrida.
- II. **CONDENARON** al sentenciado JORGE HUAMÁN PIZANGO al pago de las costas procesales correspondientes, que serán liquidadas por la Secretaría de la Sala Penal Suprema y exigidas por el Juzgado de Investigación Preparatoria competente.
- III. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia privada y que, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas en la instancia y se publique en la página web del Poder Judicial; y devolvieron los actuados.

Intervino el señor juez supremo León Velasco por vacaciones del señor juez supremo San Martín Castro.

SS.

**LUJÁN TÚPEZ**

**ALTABÁS KAJATT**

**PEÑA FARFÁN**

**MAITA DORREGARAY**

**LEÓN VELASCO**

MELT/jkjh