

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

EXPEDIENTE : 04158-2019-3-3301-JR-PE-01
ESPECIALISTA : GARCIA SILVA, DIANA
SENTENCIADO : MELENDEZ HALL, WESTERN MIGUEL
DELITO : ACTOS CONTRA EL PUDOR
AGRAVIADO : A.P.D.P.

Sumilla: Corresponde revocar la decisión (...)

La Casación N° 21-2019/AREQUIPA sostiene que: “(...) En tal virtud, por imperativo legal, la regla es que solo se tome una declaración a la víctima. Su no repetición está condicionada, desde luego, a la corrección de su ejecución -a cargo de un experto y bajo protocolos consolidados que apunten tanto al debido esclarecimiento de los hechos cuanto al cuidado de la situación personal de la agraviada -y al respeto del principio de contradicción -presencia de la defensa técnica de las partes procesales e intervención en la formulación de preguntas, repreguntas y objeciones, si así fuere menester-. (...).

Es hartamente sabido que el Ministerio Público tiene un deber de diligencia reforzado en la etapa de investigación (en específico, en su etapa preliminar), cuando aborda hechos de violencia sexual, dado que, la prueba reina lo constituye la declaración de la víctima, la que es prueba fundamental y debe ser realizada con todas las garantías para que adquiera la entidad suficiente para enervar la presunción de inocencia. En el caso que nos ocupa, como ha quedado evidenciado, ello no ocurrió porque el Ministerio Público no garantizó la notificación oportuna al sentenciado de su realización y menos, ante la urgencia garantizar su derecho de defensa con la designación de un defensor público. En suma, es de afirmarse que, dadas las circunstancias objetivas de realización de dicho medio de prueba, el mismo, linda con la generación de prueba ilícita, que no puede ser valorada en sentido positivo o negativo, generándose una laguna de impunidad ocasionada por el Ministerio Público.

Resolución N° 19

Puente Piedra, catorce de junio

De dos mil veintidós. –

VISTOS Y OÍDOS: En audiencia de apelación de sentencia, con los señores Jueces Superiores integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de Puente Piedra, magistrados Vásquez Bustamante (presidente), Hurtado Poma (Juez Superior) y Calderón Paredes (directora de debates), llevada a cabo el treinta y uno de mayo del presente.

A la audiencia de apelación de sentencia concurrieron a través del sistema virtual de audiencias:

El sentenciado WESTERN MIGUEL MELENDEZ HALL, identificado con DNI N° 43746743, quien estuvo asesorado de su abogado defensor, el

letrado José Alfonso Atahualpa Murga, con Registro del Colegio de Abogados de Lima N° 13051

En representación del Ministerio Público, la Fiscal Adjunta Superior Marlene Betzabe Malqui Falcón.

Concluida la audiencia de apelación de sentencia, en la misma fecha se llevó a cabo el acto de deliberación de la causa en sesión secreta. Tras el respectivo debate, el Colegiado por unanimidad emite la sentencia cuya lectura se ha programado en la fecha.

CONSIDERANDO:

Primero: De la resolución materia de apelación:

Es materia de apelación la sentencia expedida a través de la Resolución nueve de fecha treinta y uno de agosto de dos mil veintiuno, la misma que falla: "**CONDENANDO** a **WESTERN MIGUEL MELENDEZ HALL** como autor de delito contra la libertad sexual en la modalidad de actos contrarios al pudor en menor de edad, previsto y sancionado en el artículo 176°A inciso 2° en concordancia con el artículo 173° por la circunstancia agravante de prevalimiento en agravio de la menor de iniciales A.P.D.P., **IMPONIÉNDOLE DIEZ AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EFECTIVA**, cuya ejecución provisional se suspende hasta la fecha en que la presente sentencia sea confirmada por el órgano superior jerárquico, debiéndose cumplir con las siguientes reglas de conducta: (...)" ; con lo demás que contiene.

Segundo: Fundamentos del recurso impugnatorio del apelante:

La defensa técnica del sentenciado¹ pretende que la sentencia impugnada sea revocada, argumentando en síntesis como agravios:

2.1. Cuestiona la prueba personal actuada, ya que, en relación a lo dicho por la menor agraviada, y lo declarado por su padre, madre y abuela existirían serias contradictorias detalladas en el recurso; asimismo, existirían contradicciones de la menor en el acta de entrevista única, protocolo de pericia psicológica N° 018172-2016-PSC que no han sido valoradas y absueltas por el Colegiado.

2.2. Respecto de la declaración de la agraviada brindada en cámara Gesell, considera que no debió ser valorada al no haberse notificado al acusado ni su defensa vulnerándose así su derecho de defensa.

¹ El recurso escrito de apelación fue presentado por el letrado Herrera Palacios en su condición de abogado defensor del sentenciado.

2.3. No se ha tomado en cuenta el protocolo de pericia psicológica que concluye que no se encuentran indicadores psicológicos de afectación.

Tercero: Hechos materia de imputación²:

*El hecho en concreto de imputación, es que se atribuye al ahora acusado a la persona de **WERSTERN MIGUEL MELENDEZ HALL**, que en su condición de padrastro, le habría hecho tocamientos o actos contra el pudor, en agravio de la menor presuntamente agraviada hasta en 2 circunstancias; la primera, en lugares y fechas distintos en el año 2014, entre los meses de septiembre y diciembre en el inmueble ubicado en el Centro Poblado Ampliación Programa Cerropón Mz. B Lote 7 – Chiclayo – Lambayeque, cuando la madre de la menor se ausentaba para comprar los alimentos para el desayuno, aprovechado que todos dormían en una sola cama el acusado se habría acercado (pegado) a la menor, bajándose el pantalón, realizando con las manos tocamientos indebidos en las partes íntimas de la menor (esto es en la vagina, nalgas y senos), después de lo cual la habría amenazado con matar a su madre. Posteriormente, a partir del mes de octubre del 2015, en el domicilio ubicado en el vecindario El Parral, sito en La Victoria, en el distrito de Puente Piedra, en circunstancias que la madre de la menor se ausentaba para comprar, el acusado se habría echado encima de la menor, bajándole el pantalón a la fuerza, colocándole el miembro viril en la vagina, incluso hasta que le saliera una espuma blanquecina, además obligándola a la menor a que le tocara su pene con las manos, así como la besaba en la boca.*

Cuarto: Actuación probatoria en Segunda Instancia:

4.1. En esta instancia se admitió y actuó como prueba documental del sentenciado apelante, **el Certificado Médico Legal N° 000789-DCLSL de 16.05.2016**, dándose lectura a la parte pertinente solicitada por la defensa, quien indicó que, en el acta de protocolo de pericia al preguntársele a la menor ¿por dónde le tocaba el acusado? ésta señaló que, por encima de la ropa, pero en este certificado médico hay una grave contradicción dado que dice que por dentro de la ropa.

A su turno, la representante del Ministerio Público señaló que, la contradicción expuesta por la defensa es una apreciación sesgada, refiriendo solo a una parte de la declaración efectuada en la entrevista en cámara Gesell olvidando que hay varios momentos, siendo que este

² Conforme se aprecia del auto de enjuiciamiento contenido en la resolución N° 05 de fecha 21.12.2020.cuaderno 4158-2019-1 consignado como requerimiento de acusación fiscal.

certificado médico corrobora lo vertido en tanto la menor ha señalado que los hechos comenzaron en el 2014 cuando ello vivían en Chiclayo no debiendo tomarse en cuenta la entrevista en cámara Gesell de forma parcial sino en su integridad y considerar que el certificado médico corrobora los detalles en que habría ocurrido el evento.

4.2. Acta de entrevista en cámara Gesell se visualiza y se da lectura de la observación consignada en la documental en la página 5 referida a la entrega de citación al acusado.

4.3. Protocolo de pericia Psicológica N° 018172-2016-PSC; dándose lectura al área socioemocional, así como las conclusiones de la misma.

4.4. Luego de la intervención de la defensa y la representante del Ministerio Público, el sentenciado hizo uso de su derecho a última palabra argumentando ser inocente de los cargos que se le atribuyen.

Quinto: Competencia del órgano revisor:

5.1. El artículo 409° del Código Procesal Penal establece la competencia del Tribunal Revisor afirmando: *1) La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante. 2) Los errores de derecho en la fundamentación de la decisión recurrida que no hayan influido en la parte resolutive no la anulará, pero serán corregidos. De igual manera se procederá en los casos de error material en la denominación o el cómputo de la pena. 3) La impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado. La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio".*

5.2. Asimismo se tiene, la sentencia Casatoria, N° 413-2014 Lambayeque, que estableció que *los agravios expresados en los recursos impugnatorios van a definir y delimitar el pronunciamiento del Tribunal Revisor, atendiendo al principio de congruencia recursal, concebido como encaje o engranaje entre lo impugnado y la sentencia, en el*

contexto de exigencia de concordancia o armonía que obliga a establecer una correlación total entre los dos grandes elementos definidores: la expresión del agravio y la decisión judicial; por tanto, la expresión de agravios determina las cuestiones sometidas a decisión (...; toda vez que el libro IV del Código Procesal Penal referido a la impugnación otorga a los justiciables el modo, forma y plazo, para fundamentar los concretos agravios que a su parecer le causó la resolución judicial que cuestiona (...).

Sexto: Análisis del caso y absolución de agravios:

6.1. El artículo 2º, inciso 24), literal e) de la Constitución Política establece que *"Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad"*. Asimismo, el Estado peruano se encuentra vinculado al respeto de la presunción de inocencia a raíz de los instrumentos internacionales que ha suscrito, como por ejemplo la Convención Americana, que en su artículo 8º, inciso 2) establece que: *"Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad"*.

6.2. En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia ha considerado que la presunción de inocencia es:

"a) Un derecho fundamental y una presunción iuris tantum, en tanto que implica que al procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad: vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva.³

b) Puede ser desvirtuada en función a la actividad probatoria en el marco de un proceso penal. La presunción de inocencia se mantiene "viva" en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigativo llevado a cabo con las

³ Fundamentos jurídicos 21 y 22 de la Sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el Exp. N° 0618-2005-PHC/TC.

garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla.⁴ Comprende el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los Jueces y Tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no solo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción".⁵

6.3. En relación a la suficiencia probatoria del testimonio del agraviado, el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 establece que *"tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico testis unus testis nullus, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones"*⁶.

6.4. La Casación N° 21-2019/AREQUIPA sostiene que: *"(...) En tal virtud, por imperativo legal, la regla es que solo se tome una declaración a la víctima. Su no repetición está condicionada, desde luego, a la corrección de su ejecución -a cargo de un experto y bajo protocolos consolidados que apunten tanto al debido esclarecimiento de los hechos cuanto al cuidado de la situación personal de la agraviada -y al respeto del principio de contradicción -presencia de la defensa técnica de las partes procesales e intervención en la formulación de preguntas, repreguntas y objeciones, si así fuere menester-. (...). Empero, lo esencial*

⁴ Fundamento jurídico 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el Exp. N° 2915-2004-PHC/TC.

⁵ Fundamento jurídico 22 de la Sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el Exp. N° 0618-2005-PHC/TC.

⁶ Añade que, las garantías de certeza serían las siguientes: a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre el agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otros que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ello le nieguen aptitud para generar certeza. b) Verosimilitud, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de actitud probatoria. c) Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior. Corresponde al Juez o Sala Penal analizarlos ponderadamente, sin que se trate de reglas rígidas sin posibilidad de matizar o adaptar al caso concreto.

y determinante desde la perspectiva jurídica es que la entrevista única se realice bajo los requisitos antes indicados y, de ser así, tendrá eficacia probatoria y, por ende, podrá ser valorada por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica. (...)".

6.5. Encontrándonos ante un delito contra la libertad sexual, la prueba por excelencia se constituye en la declaración de la menor agraviada, la misma que fue recepcionada en cámara Gesell y bajo la dirección del Ministerio Público, habiendo la defensa del sentenciado cuestionado su obtención por vulneración a su derecho de defensa y, por tanto, no debió ser valorada, por lo que, el Colegiado analizará en primer lugar dicho agravio.

6.6. Sobre la prueba y su valoración, se tiene en cuenta las siguientes consideraciones, que servirán de base al Colegiado para el análisis del caso:

6.6.1. El artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal establece que: 1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. (...)

6.6.2. SAN MARTÍN CASTRO se adscribe a un criterio restrictivo cuando estipula que para que pueda hablarse de "prohibición probatoria", la actividad probatoria (obtención de la fuente o del medio de prueba) se debe generar o ser el resultado de lesionar el derecho fundamental. Es decir, se debe dar un nexo de causalidad entre prohibición probatoria y menoscabo del derecho fundamental. Agrega dicho autor, aunque todos los derechos fundamentales son, en principio, susceptibles - mediante su lesión- de provocar la prohibición probatoria, los que habitualmente conllevan prohibición probatoria son los cometidos contra la integridad física, la libertad personal, la intimidad, el secreto de las comunicaciones, la reserva y el secreto tributario y bancario, la autodeterminación informativa en relación con el uso de la informática. En tanto que tratándose de derechos fundamentales de naturaleza

procesal (vid. Art. 139°), en principio, su vulneración no implica un caso de prohibición probatoria, aunque existen excepciones tales como aquellas garantías referidas a la asistencia letrada, el previo conocimiento de cargos, la no autoincriminación, la no declaración por razones de parentesco o secreto profesional⁷.

6.7. En la sentencia materia de apelación, se indica⁸:

“ENTREVISTA DE CAMARA GESELL: La niña de iniciales A.P.D.P. fue explorada mediante cámara Gesell, respondiendo a cuantas preguntas efectuaron el Ministerio Público —Fiscal Provincial Mixto—, el oficial instructor (SOS PNP) y el profesional en Psicología (entrevistador), suscribiendo todos los asistentes cada pliego que contiene dicha acta, entendiéndose que dieron su conformidad respectiva. Así pues, se puede verificar que todos los participantes validados a realizar preguntas, intervinieron y realizaron las mismas a través del entrevistador⁹. En el Acta de Entrevista Única —que durante el plenario fuera oralizada—, se dejó constancia de la inasistencia del acusado y su abogado defensor quienes fueron válidamente emplazados para participar en dicha diligencia. En tal sentido corresponde ahora analizar y ponderar lo vertido en dicha diligencia”.

6.8. Del acta de entrevista única en cámara Gesell, es de advertirse en el apartado **“OBSERVACIONES”**, lo siguiente: “Se deja constancia de que la notificación para citación a la Cámara Gesell ha sido entregada a su esposa (Madre de la Menor) quien manifestó haber dicho que le entregaría la notificación a su esposo cuando llegara del trabajo y que no firmaría el cargo de notificación, no habiendo asistido el denunciante con su abogado. La esposa manifestó que vendría a la diligencia juntamente con su esposo y abogado, por lo que hasta la hora indicada no se hicieron presentes”.

6.9. Ante los cuestionamientos efectuados por la defensa y lo señalado por la representante del Ministerio Público, en la audiencia de apelación se proyectó el acta de entrevista única, la que se realizó el día 24 de mayo de 2016 a horas 14:00; asimismo, se visualizó la

⁷ Citado por TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*. Segunda edición por la Academia de la Magistratura, 2009. Pág. 150.

⁸ Ver punto 6.15.

⁹ *Cross examination indirect*.

notificación efectuada a la madre de la menor agraviada para dicha diligencia, la que se realizó el día 24 de mayo de 2016, precisando la representante del Ministerio Público que esa es la notificación que se efectuó para el sentenciado.

6.10. De lo referido, queda evidenciado que no se habría garantizado el derecho a la defensa del hoy sentenciado y el debido proceso en la generación de dicha prueba –declaración de la menor agraviada en cámara Gesell-, ya que la notificación al mismo, no se habría efectuado con antelación u horas antes de la diligencia; no siendo posible sostener, como lo pretende la representante del Ministerio Público en esta instancia que, no ofrecieron el acta de entrevista sino el CD para su visualización y por ello no existe irregularidad alguna, puesto que ambos se constituyen en un solo medio de prueba, el primero es el soporte documental y el segundo el soporte tecnológico de la única declaración de la menor agraviada.

6.11. Es harto sabido que el Ministerio Público tiene un deber de diligencia reforzado en la etapa de investigación (en específico, en su etapa preliminar), cuando aborda hechos de violencia sexual, dado que, la prueba reina lo constituye la declaración de la víctima, la que es prueba fundamental y debe ser realizada con todas las garantías para que adquiera la entidad suficiente para enervar la presunción de inocencia.

En el caso que nos ocupa, como ha quedado evidenciado, ello no ocurrió porque el Ministerio Público no garantizó la notificación oportuna al sentenciado de su realización y menos, ante la urgencia que señaló la representante del órgano persecutor en su obtención (la que se recepcionó tres días después de recibida la manifestación del denunciante-padre de la menor), de garantizar su derecho de defensa con la designación de un defensor público.

6.12. De lo antes indicado, queda claramente demostrado que, la conclusión arribada por el A quo para afirmar la validez del emplazamiento al sentenciado para la diligencia de entrevista en

cámara Gesell de la menor agraviada y proceder luego a su valoración, no se sustenta siquiera en lo anotado en el acápite "OBSERVACIONES" de dicha declaración.

En suma, es de afirmarse que, dadas las circunstancias objetivas de realización de dicho medio de prueba, el mismo, linda con la generación de prueba ilícita, que no puede ser valorada en sentido positivo o negativo, generándose una laguna de impunidad ocasionada por el Ministerio Público, por lo que, corresponde la remisión de copias al órgano de control de dicha institución para que proceda conforme a sus atribuciones.

6.13. En este contexto, las declaraciones de testigos referenciales del hecho y la pericia psicológica en la que se concluyó que la menor agraviada no presenta afectación emocional, no se constituyen en prueba de corroboración suficiente para dar por acreditado los extremos de la imputación penal, siendo innecesario absolver los agravios en este extremo, por lo que en estas condiciones no es posible sustentar una condena, no teniendo otra opción el Colegiado que revocar la decisión y absolver al impugnante, ya que por el tiempo transcurrido desde que habrían ocurrido los hechos (setiembre 2014 a mayo 2016), la repetibilidad de la declaración de la agraviada se contradice con la vigencia de los principios de interdicción de la re-victimización y el interés superior del niño¹⁰.

Por las consideraciones expuestas, los integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de Puente Piedra, **RESOLVEMOS:**

1. REVOCAR la sentencia expedida a través de la Resolución nueve de fecha treinta y uno de agosto de dos mil veintiuno, la misma que falla: "**CONDENANDO** a **WESTERN MIGUEL MELENDEZ HALL** como autor de delito contra la libertad sexual en la modalidad de actos contrarios al pudor en menor de edad, previsto y sancionado en el artículo 176°A inciso 2° en concordancia con el artículo 173° por la circunstancia agravante de prevalimiento en agravio de la menor de iniciales A.P.D.P., **IMPONIÉNDOLE DIEZ AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**

¹⁰ Se debe cuidar pues el estado emocional de la menor para no someterla a recordar eventos que pueden ser considerados traumáticos.

EFFECTIVA, cuya ejecución provisional se suspende hasta la fecha en que la presente sentencia sea confirmada por el órgano superior jerárquico, debiéndose cumplir con las siguientes reglas de conducta: (...)" ; con lo demás que contiene.

REFORMÁNDOLA, ABSOLVIERON a **WESTERN MIGUEL MELENDEZ HALL** de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la libertad sexual en la modalidad de actos contrarios al pudor en menor de edad, en agravio de la menor de iniciales A.P.D.P..

2. ORDENARON: La remisión de copias al órgano de control interno del Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones.

3. MANDARON: Que consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución se anulen los antecedentes que la misma hubiere generado en contra del absuelto.

4. DISPUSIERON: Se haga entrega a las partes de una copia de la sentencia de segunda instancia luego del acto de su lectura, dejándose constancia que la presente resolución queda notificada a las partes en el acto de su lectura.

S.S.

VÁSQUEZ BUSTAMANTE

Presidente

HURTADO POMA

Juez Superior

CALDERON PAREDES

Ponente