

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE / SEDE PALACIO DE JUSTICIA Vocal Supremo: SAN MARTIN CASTRO CESAR EUGENIO / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú Fecha: 24/02/2020 13:37:43 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA R
SALA PENAL PERMANENTE

SENTENCIA CASACIÓN N.º 21-2019/AREQUIPA
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

REPUBLICA DEL PERU
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE / SEDE PALACIO DE JUSTICIA Vocal Supremo: PRINCIPE TRUJILLO HUGO HERCULANO / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú Fecha: 25/02/2020 15:45:34 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE / SEDE PALACIO DE JUSTICIA Vocal Supremo: CASTANEDA ESPINOZA JORGE CARLOS / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú Fecha: 25/02/2020 15:31:31 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE / SEDE PALACIO DE JUSTICIA Vocal Supremo: SEQUIROS VARGAS IVAN ALBERTO / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú Fecha: 25/02/2020 14:29:40 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE / SEDE PALACIO DE JUSTICIA Vocal Supremo: GUERRERO LOPEZ IVAN SALOMON / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú Fecha: 25/02/2020 16:39:25 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE / SEDE PALACIO DE JUSTICIA Vocal Supremo: SALAS CAMPOS PIERROXANA PAU 20159931210 / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú Fecha: 26/02/2020 18:02:43 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Título: Artículo 242 CPP y Ley 30364. Concordancias

Sumilla: 1. Cuando se realizó la declaración de las agraviadas estaba en vigor el artículo 19 originario de la Ley 30364 que calificaba la diligencia de prueba preconstituida. Aquí la previsión normativa agotó sus efectos pues la actuación procesal se realizó efectivamente. Una norma posterior, en consecuencia, por impedirlo el principio de preclusión procesal, no puede alterar esta configuración procesal y entender que la declaración de la víctima, a los efectos de su carácter de prueba, solo podía realizarse mediante la anticipación probatoria y que, sin tomar en cuenta lo ya verificado, entender que esa declaración carece de eficacia probatoria para que, en su día, el juez sentenciador ampare su decisión. 2. Es verdad que la propia Ley, al establecer inicialmente que la declaración de una niña mediante el sistema de entrevista única tiene el carácter de prueba preconstituida, yerra conceptualmente al denominarla como tal, desde que la preconstitución probatoria procesalmente se entiende referida a la prueba material y la documentada o documental pública (actas de constatación, decomiso, incautación, hallazgo, pesaje, detención, intervención, de allanamiento, de registro, de control de comunicaciones, etcétera), mientras que la anticipación probatoria comprende exclusivamente la prueba personal –la primera puede actuarse por la Policía o el Fiscal, mientras que la segunda solo por el juez–. Empero, lo esencial 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. 3. Más allá de la denominación, la excepción a la prueba plenaria que reconocía la Ley, en su redacción originaria, era precisamente en los casos de violencia contra niños, adolescentes o mujeres –y siempre que se cumplan los requisitos establecidos en sus artículos 5 al 8–, para evitar la doble victimización. Y, si bien, paralelamente, la norma general del Código Procesal Penal, autorizaba la prueba anticipada de estas declaraciones, ello solo podía tener lugar, hasta antes de la entrada en vigor de la reforma operada por el Decreto Legislativo 1386, si era menester ampliarla en los supuestos de aclaración, complementación y precisión de algún punto –siempre necesario para el debido esclarecimiento de los hechos, con el cuidado debido a la persona de la víctima, a su integridad emocional, conforme al artículo 171, numeral 3, del Código Procesal Penal–.

-SENTENCIA DE CASACIÓN-

Lima, veintiséis de febrero de dos mil veinte

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación por infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por la defensa del encausado ENRIQUE SANZ DELGADO contra el auto de vista de fojas ciento setenta, de treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho, que confirmando el auto de primera instancia de fojas ciento cuarenta y seis, de tres de octubre de dos mil dieciocho, estimó el requerimiento de prueba anticipada del Ministerio Público para que se tome la testifical de las agraviadas N.C.S. y A.S.C.; con lo demás que contiene. En el proceso penal seguido en su contra por el delito de actos contra el pudor de menor de edad.



Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa del Distrito Fiscal de Arequipa por escrito de fojas una, de diecinueve de julio de dos mil dieciocho, requirió se actué como prueba anticipada las declaraciones de las menores agraviadas N.S.C. y A.S.C. El Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa mediante auto de fojas ciento cuarenta y seis, de tres de octubre de dos mil dieciocho, aceptó el indicado requerimiento y dispuso la realización de la audiencia única de prueba anticipada de las menores agraviadas.

∞ Esta resolución fue materia del recurso de apelación de fojas ciento cincuenta y dos, de diez de octubre de dos mil dieciocho, por parte del defensor del imputado Sanz Delgado.

SEGUNDO. Que la Segunda Sala de Apelaciones de Arequipa emitió el auto de vista de fojas ciento setenta, de treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho, que confirmó el auto de primera instancia que acogió el requerimiento de prueba anticipada.

∞ Contra el referido auto de vista el abogado del encausado Sanz Delgado interpuso recurso de casación de fojas ciento ochenta y siete, de diecinueve de noviembre de dos mil dieciocho.

TERCERO. Que los hechos imputados son los siguientes:

- A. El encausado Enrique Sanz Delgado, padre de las menores agraviadas N.S.C. (cuatro años de edad) y A.S.C (tres años de edad), entre los años dos mil dieciséis a dos mil dieciocho, aproximadamente, efectuó tocamientos y rozamientos con su pene en los glúteos de las menores agraviadas, al sentarlas sobre sus piernas y efectuar movimientos, eyaculando incluso en algunas oportunidades. Estos hechos se produjeron tanto en España – Madrid, en su casa ubicada en calle Julio Caro Baroja número doce, puerta catorce, Alcalá de Henares, en sus habitaciones, en la casa de sus padres, como en Perú – Arequipa, en el inmueble ubicado en Cooperativa Universitaria, manzana E, lote nueve, Cercado de Arequipa, cuando las niñas venían de vacaciones.
- B. El denominado juego “Ruga Ruga”, al que hacen mención las agraviadas, consistía en que ellas, desnudas ambas, rozaban los glúteos entre sí y, además, con el glúteo del encausado Sanz Delgado, quien también estaba desnudo.

CUARTO. Que la defensa del encausado Sanz Delgado en su escrito de recurso de casación mencionó el acceso excepcional al recurso de casación y citó, al efecto, el artículo 427 apartado 4 del Código Procesal Penal. Invocó dos causales de casación específicas: (i) inobservancia de precepto constitucional: debido proceso



por afectación del principio de interés superior del niño; y, **(ii)** infracción de precepto material: errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 241, numeral 1, literal 'd', del Código Procesal Penal y del artículo 19, segundo párrafo, de la Ley 30364 –cuando, en pureza, se trata de quebrantamiento de precepto procesal, artículo 429, incisos 1 y 3 (2), del Código Procesal Penal–.

QUINTO. Que la defensa del citado encausado señaló, como acceso excepcional al recurso de casación, que se ordenó la realización de una segunda declaración de las menores agraviadas, pese a que el segundo párrafo del artículo 19 de la Ley 30364 restringe su actuación en menores víctimas de abuso sexual, a la etapa del juicio oral, de suerte que no cabe una segunda declaración en sede de investigación preparatoria e intermedia; que el segundo párrafo del artículo 19 de la citada Ley solo faculta al juez del juicio ampliar la declaración de la menor agraviada en los casos que requieran aclarar, completar o precisar algún punto sobre su testifical; que, en virtud del principio del interés superior del niño, el recurso de apelación contra la resolución autoritativa de primera instancia debe tener carácter suspensivo, a fin de no generar una posible revictimización secundaria del menor.

SEXTO. Que la Ejecutoria Suprema de calificación de fojas ciento trece del cuadernillo, de doce de julio de dos mil diecinueve, consideró que, en el presente caso, resulta necesario esclarecer la interpretación y aplicación de los preceptos procesales acerca del testimonio de las víctimas menores de edad por abuso sexual, la posibilidad de su ampliación o no en sede de investigación y la lógica sistemática que debe guardar la determinación de los alcances de las disposiciones pertinentes del Código Procesal Penal en relación con las disposiciones de la Ley 30364.

SÉPTIMO. Que, cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas ciento trece del cuadernillo formado en esta sede suprema, de doce de julio de dos mil diecinueve, declaró bien concedido el citado recurso por las causales de infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de precepto procesal (artículo 429, incisos 1 y 2, del Código Procesal Penal).

OCTAVO. Que instruido el expediente en Secretaría, con la presentación de varios alegatos de ambas partes, con documentación anexa, e incluso con la presentación de un informe por la Defensoría del Pueblo en calidad de *amicus curiae*, se señaló fecha para la audiencia de casación el día diecinueve de febrero del presente año. La audiencia se realizó con la concurrencia del doctor Juan Diego Ugaz Heudebert, abogado defensor del encausado Sanz Delgado, y del doctor Benji

Espinoza Ramos, abogado defensor de las menores agraviadas, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

NOVENO. 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 presente caso tiene un itinerario, en lo pertinente, que es de rigor puntualizar:

1. A mérito de la denuncia de la madre de las menores agraviadas, de veintitrés de abril de dos mil dieciocho, la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Arequipa (Octavo Despacho de Investigación), por Disposición uno, de veintiséis de abril de dos mil dieciocho, ordenó la realización de diligencias preliminares.
2. En ese período procesal se llevó a cabo las declaraciones de las menores agraviadas en Cámara Gesell el día catorce de mayo de dos mil dieciocho [fojas ochenta y seis y fojas noventa, de N.S.C. y A.S.C., respectivamente].
3. La aludida Fiscalía por requerimiento de fecha diecinueve de julio de dos mil dieciocho [fojas una], al amparo del artículo 242, apartado 1, literal d), del Código Procesal Penal, modificado por el Decreto Legislativo 1307, de treinta de diciembre de dos mil dieciséis, instó al Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria la realización, como prueba anticipada, la realización de las declaraciones de ambas menores agraviadas.
4. El indicado órgano jurisdiccional por auto de fojas ciento cuarenta y seis, de tres de octubre de dos mil dieciocho, aceptó la actuación como prueba anticipada la declaración de dichas menores, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior –el auto de vista recurrido en casación, asimismo, citó el artículo antes mencionado, pero no precisó la modificación legal correspondiente–. Esta diligencia, efectivamente, se realizó el doce de octubre de dos mil dieciocho, aunque no consta en autos copia del video y del acta respectiva, pero fue mencionada en el auto de vista.

SEGUNDO. Que los hechos objeto del proceso penal están referidos a un presunto delito de actos contra el pudor ocurrido en el entorno familiar, cuya comisión se atribuye al padre de las dos niñas agraviadas, de tres y cuatro años de edad. Por tanto, es de aplicación 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”, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 009-2016-MIMP, de veintisiete de julio de dos mil dieciséis –en adelante, la Ley y

el Reglamento, respectivamente-. Se está ante un supuesto de violencia contra los integrantes del grupo familiar [artículo 6, segundo y tercer párrafo, de la Ley], que define varios aspectos específicos vinculados al caso *sub judice*.

∞ El artículo 6, segundo y tercer párrafo, de la Ley prescribe:

“La violencia contra cualquier integrante del grupo familiar es cualquier acción o conducta que le causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico y que se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante u otro del grupo familiar.

Se tiene especial consideración con las niñas, niños, adolescentes y adultos mayores y personas con discapacidad”.

∞ Los hijos son integrantes del grupo familiar y son sujetos de protección de la ley [artículos 6 y 7], y la violencia sexual es un tipo de violencia comprendida en esta Ley, entendida como toda acción de naturaleza sexual [artículo 8, literal c)]. La denuncia por estos actos, si constituyen delito, está regulada por la Ley y, de manera supletoria, por el Código Procesal Penal [artículo 13].

∞ El artículo 18 de la Ley, en lo pertinente, según su texto originario o el reformado por la Ley 30862, de veinticinco de octubre de dos mil dieciocho, dispone que se debe evitar la doble victimización de las personas agraviados *“...a través de declaraciones reiterativas y de contenido humillante”.*

∞ El artículo 19, párrafo primero, de la Ley estatuye que cuando la víctima sea niña o niño, adolescente o mujer, su declaración debe practicarse bajo la técnica de entrevista única. Ahora bien, el precepto originario de ese mismo párrafo señalaba que tal declaración tiene la calidad de prueba preconstituida, pero la modificación prevista por el Decreto Legislativo 1386, de cuatro de septiembre de dos mil dieciocho, acotó que tal declaración se tramita como prueba anticipada –el cambio, entonces, desde la perspectiva procesal es significativo-. El precepto originario y el reformado, igualmente, indicaron que:

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

TERCERO. Que, sin perjuicio de lo específico de la Ley, el artículo 242 del Código Procesal Penal regula los supuestos de prueba anticipada, vinculada a las testificales, exámenes a los peritos, careo, reconocimientos, inspecciones y reconstrucciones. La reforma dispuesta por la Ley, incorporó al apartado 1 el literal d), que fue repetido por el Decreto Legislativo 1307, de treinta de diciembre de dos mil dieciséis –que es la última reforma del referido precepto, vigente hasta la actualidad-. Dice esta disposición legal:

“1. Durante la Investigación Preparatoria, a solicitud del Fiscal o de los demás sujetos procesales, podrá instarse al Juez de la Investigación Preparatoria actuación de una prueba anticipada, en los siguientes casos: d) Declaración de

las niñas, niños y adolescentes en su calidad de agraviados por delitos comprendidos [...] en el Capítulo IX: Violación de la libertad sexual [...]”.

∞ El Decreto Legislativo antes citado 1307, en lo que es propio para el examen de este recurso de casación, estableció que la prueba anticipada también puede solicitarse durante las diligencias preliminares.

CUARTO. Que, fijado el marco normativo y desde el juicio de vigencia, es menester establecer qué preceptos son los que rigen la solución del caso *sub judice*. Como se trata de normas procesales, la ley es la que rige al momento de la actuación procesal, sin perjuicio de puntualizar que en caso de sucesión de normas procesales en el tiempo la nueva ley es de aplicación inmediata (artículo VII, numeral 1, del Título Preliminar del Código Procesal Penal).

∞ La declaración en entrevista única de las menores agraviadas se realizó el día catorce de mayo de dos mil dieciocho. En esa ocasión regía, específicamente, el artículo 19 originario de la Ley, que disponía que esa declaración tenía la calidad de prueba preconstituida.

∞ La solicitud fiscal de prueba anticipada se planteó bajo la vigencia de la norma originaria de la Ley, pero se dispuso y se llevó a cabo cuando estaba en vigor la reforma de la Ley, que estableció que la declaración bajo la técnica de entrevista única se tramita como prueba anticipada.

∞ La Ley modificó el artículo 242 del Código Procesal Penal y consideró como un supuesto de prueba anticipada la declaración de las niñas, niños y adolescentes en su calidad de agraviados, entre otros, por delitos de violación de la libertad sexual.

QUINTO. Que una lectura meramente gramatical de los preceptos en cuestión podría asumir que existe una antinomia, pues si la misma Ley califica la declaración de una niña bajo la técnica de entrevista única de prueba preconstituida, cómo es que, al modificar el artículo 242 del Código Procesal Penal, autorice la declaración de las niñas mediante prueba anticipada –lo preconstituido, por su propia naturaleza, es irrepetible–.

∞ Es de partir del dato cierto, en el sentido de que cuando se realizó la declaración de las agraviadas estaba en vigor el artículo 19 originario de la Ley que calificó la diligencia de prueba preconstituida. Aquí la previsión normativa agotó sus efectos pues la actuación procesal se realizó efectivamente. Una norma posterior, en consecuencia, por impedirlo el principio de preclusión procesal, no puede alterar esta configuración procesal y entender que la declaración de la víctima, a los efectos de su carácter de prueba, únicamente debía realizarse mediante la anticipación probatoria y que, sin tomar en cuenta lo ya verificado, entender que esa declaración carece de eficacia probatoria para que, en su día, el juez sentenciador ampare su decisión.

∞ No es de rigor entender que en el lapso comprendido entre la entrada en vigor de la Ley, publicada el veintitrés de noviembre de dos mil quince, y la entrada en

vigencia del Decreto Legislativo 1386, publicada el cinco de septiembre de dos mil dieciocho, sin perjuicio de la declaración de una niña mediante la técnica en entrevista única, se podía optar por una anticipación probatoria, pues ello significaría que la declaración en sede de investigación preparatoria –en cualquiera de sus dos períodos; preliminar y preparatorio propiamente dicho– no tendría el carácter de prueba utilizable y que en el acto oral la menor agraviada necesariamente debería prestar testimonio –único modo de poder valorar su testimonio en la sentencia–. No es ésta, sin duda, la finalidad de la Ley ni lo aconseja el principio de interdicción de la doble victimización y el principio general del superior interés del menor.

∞ 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–. Cabe precisar que, sobre el particular, existe una Guía de Procedimiento de Entrevista Única de la Víctima, aprobada por la Fiscalía de la Nación.

∞ Tras la vigencia de la Ley 30862, de veinticinco de octubre de dos mil dieciocho, es claro que la necesidad de una sola declaración de la víctima solo autoriza a que se realice, siempre bajo la técnica de entrevista única, mediante la anticipación probatoria, diligencia realizada bajo la dirección de un juez y conforme, en lo pertinente, a las reglas y principios del juicio oral. Desde esta norma, entonces, no tendría el carácter de prueba una declaración bajo la dirección del Fiscal y, por tanto, no podría ser utilizada por el juez para justificar la sentencia, salvo muy contadas excepciones.

∞ Es verdad que la propia Ley, al establecer inicialmente que la declaración de una niña mediante el sistema de entrevista única tiene el carácter de prueba preconstituida, yerra conceptualmente al denominarla como tal, desde que la preconstitución probatoria procesalmente se entiende referida a la prueba material y la documentada o documental pública (actas de constatación, decomiso, incautación, hallazgo, pesaje, detención, intervención, de allanamiento, de registro, de control de comunicaciones, etcétera), mientras que la anticipación probatoria comprende exclusivamente la prueba personal –la primera puede actuarse por la Policía o el Fiscal, mientras que la segunda solo por el juez–. Empero, lo esencial 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.

∞ Más allá de la denominación, la excepción a la prueba plenaria que reconocía la Ley, en su redacción originaria, era precisamente en los casos de violencia contra niños, adolescentes o mujeres –y siempre que se cumplan los requisitos

establecidos en sus artículos 5 al 8-, para evitar la doble victimización. Y, si bien, paralelamente, la norma general del Código Procesal Penal, autorizaba la prueba anticipada de estas declaraciones, ello solo podía tener lugar, hasta antes de la entrada en vigor de la reforma operada por el Decreto Legislativo 1386, si era menester ampliarla en los supuestos de aclaración, complementación y precisión de algún punto –siempre necesario para el debido esclarecimiento de los hechos, con el cuidado debido a la persona de la víctima, a su integridad emocional, conforme al artículo 171, numeral 3, del Código Procesal Penal–.

∞ En el *sub-lite*, entonces, las reglas de derecho procesal que determinan la solución del caso son el artículo 19 originario de la Ley y, si fuera menester una ampliación de declaración, necesariamente bajo una anticipación probatoria, el artículo 242, apartado 1, literal d), del Código Procesal Penal, en concordancia con el artículo 171, numeral 2, del mismo Cuerpo de Leyes.

SEXO. Que las declaraciones realizadas en la Fiscalía bajo la técnica de entrevista única se llevaron a cabo con el concurso de la defensa de las partes. Sin embargo, en el razonamiento de las resoluciones de primera y segunda instancia no se examinó si, en efecto, tales declaraciones presentaron algún defecto interno relevante que mereciera aclarar, complementar o precisar, única posibilidad para excepcionar razonablemente la regla de no repetición de tales declaraciones. El dato formal consistente en que se presentó una denuncia ampliatoria, precisamente por el encausado, a raíz del resultado de la entrevista única [fojas sesenta y seis, de catorce de mayo de dos mil ocho], no justificaba objetivamente una ampliación del testimonio de las niñas desde que, primero, en esa declaración inicial uno de los denunciados estaba presente con su defensor y versó sobre todo el contexto de lo que ocurrió con las niñas –una ampliación por esta sola circunstancia no tiene sustento material–; y, segundo, tal denuncia luego fue desestimada [Disposición de fojas setenta y ocho, de veintiséis de abril de dos mil diecinueve].

∞ La prueba anticipada debe ser dispuesta, como presupuesto para su realización, solo en los casos de irrepitibilidad y de urgencia –que es una exigencia común a toda prueba sumarial o instructora, en la que se incluye la prueba preconstituída–. Los motivos asumidos por el legislador –siguiendo la fuente italiana– para su actuación están referidos (i) a la posible no realización en el juicio oral de esas declaraciones de testigos o peritos cuando sufran enfermedad u otro grave impedimento, y (ii) cuando tales órganos de prueba han sido expuestos a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente. Pero en el caso de niñas por violencia sexual, más aún si los actos de violencia ocurrieron en el ámbito familiar, el motivo de la irrepitibilidad y urgencia –conforme a la Ley– se deriva, específicamente, de la protección de su estado emocional, del entorno en que habrían ocurrido los hechos de violencia sexual, de la fugacidad de sus recuerdos, del carácter traumático de los acontecimientos sufridos y de las circunstancias concurrentes de su familia

originaria y, en su caso, de la de acogida, es decir, de su propia vulnerabilidad que afirma como imperativo la vigencia de los principios de interdicción de la re-victimización y del superior interior del niño, que la ley presume *iure et de iure*. Este precepto, así entendido, no es arbitrario y resulta claramente razonable y proporcional para justificar la excepción al principio de inmediación en la actuación de la prueba personal.

∞ No es de recibo, por otro lado, exigir como un presupuesto implícito para la anticipación probatoria que exista sospecha suficiente contra el imputado, de suerte que pueda ser acusado y dictarse contra él auto de enjuiciamiento. Si de lo que se trata es, precisamente, realizar actos de aportación de hechos para sustentar, en su día, una acusación, no puede exigirse desde ya prueba suficiente de los cargos, pues de ser así no haría falta tal actuación de averiguación. La procedencia de la anticipación probatoria no está en función a la solidez de los cargos sino a que se cumplan los presupuestos para su actuación: *(i)* irrepetibilidad o indisponibilidad y *(ii)* urgencia.

SÉPTIMO. Que es de resaltar que la denunciante solicitó la nulidad de ambas declaraciones mediante la técnica de entrevista única –serias irregularidades producidas durante su actuación– y, en su caso, la ampliación de las mismas. Esta solicitud, en el primer extremo, fue denegada por la Fiscalía sobre la base que “...no obra ninguna constancia de lo argumentado por la parte denunciante”. Y, respecto de la entrevista complementaria, consideró que solo podía realizarse una nueva diligencia en cámara gesell respecto de la menor A.S.C. porque parte de las declaraciones no se captaron porque el audio no funcionó [Disposición de fojas noventa y cinco, de ocho de junio de dos mil dieciocho] –confundiéndose defectos internos de la declaración con los medios tecnológicos de reproducción de audio, y sin diferenciar dos tipos de diligencias y sus efectos: la diligencia de declaración propiamente dicha y la diligencia de audición y/o visionado de lo sucedido en la primera–.

OCTAVO. Que el requerimiento fiscal de prueba anticipada de fojas una no se sustentó en la necesidad de una ampliación por las razones legalmente autorizadas: aclaración, complementación y precisión; y, el auto de primera instancia tampoco examinó la petición desde ese marco legal. El auto de vista no incluyó argumentos en relación a lo legalmente exigible. Su impertinencia jurídica es notoria.

∞ Es inevitable, entonces, concluir que el auto de vista recurrido no tiene fundamento jurídico al no haber tenido presente el marco legal antes citado. Por tanto, la solicitud de prueba anticipada no es de recibo. Se infringió la ley procesal y se inobservó el debido proceso al disponer una actuación probatoria fuera de los marcos legales afectando la regularidad del mismo. Corresponde, en consecuencia, emitir un fallo rescindente y rescisorio desde que no hace falta una nueva

audiencia de pruebas para decidir si correspondía o no aceptar la solicitud de prueba anticipada; es un tema de puro derecho.

∞ La Defensoría del Pueblo, como se anotó, emitió un Informe Defensorial referido al presente caso sobre la base de los principios propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo marco conceptual obviamente es del todo válido y no se opone a lo que este Tribunal Supremo está decidiendo en el *sub-lite*. Empero, la causa de pedir impugnativa y la argumentación de la resolución impugnada no está en función a la corrección material de la entrevista –si en ella se constató un puntual factor generador de re-victimización–, y que de presentarse los vicios que se mencionan podrían justificar una ampliación de la entrevista única (siempre condicional, por supuesto). Llama la atención, analizando los recaudos evaluados, su notoria insuficiencia para concluir como lo hizo. No tuvo a la vista varios informes periciales que se han presentado ante esta Sala de Casación y, si se sigue la posición de la defensa del imputado, el audio mejorado de la diligencia de entrevista única.

NOVENO. Que cabe precisar, sin embargo, que la prueba anticipada, bajo los baremos explicitados, muy bien puede solicitarse por las demás partes procesales, pues la actora civil no fue quien presentó tal solicitud y, de ser el caso, las razones que podrían sustentar su pretensión estarían fundadas en el último párrafo del artículo 19 de la Ley: *“El juez solo puede practicar una diligencia de declaración ampliatoria de la víctima, en los casos que requiere aclarar, complementar o precisar algún punto sobre su declaración”*, precepto que debe interpretarse siguiendo los criterios fijados por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por la defensa del encausado ENRIQUE SANZ DELGADO contra el auto de vista de fojas ciento setenta, de treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho, que confirmando el auto de primera instancia de fojas ciento cuarenta y seis, de tres de octubre de dos mil dieciocho, estimó el requerimiento de prueba anticipada del Ministerio Público para que se tome la testifical de las agraviadas N.S.C. y A.S.C.; con lo demás que contiene. En el proceso penal seguido en su contra por el delito de actos contra el pudor de menor de edad. En consecuencia, **CASARON** el auto de vista recurrido de fojas ciento setenta, de treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho. **II.** Actuando como instancia: **REVOCARON** el auto de primera instancia de fojas ciento cuarenta y seis, de tres de octubre de dos mil dieciocho; reformándolo: declararon **INFUNDADO** el requerimiento del Ministerio Público



de actuación como prueba anticipada la declaración de las agraviadas N.S.C. y A.S.C.; sin perjuicio de dejar **SIN EFECTO** todo lo actuado en ejecución del auto revocado, y de reconocer la facultad de la actora civil de solicitar una ampliación de la diligencia de entrevista única, en la forma y modo de ley, cuya aceptación en su caso determinará la procedencia. **III. DISPUSIERON** se remitan las actuaciones al Tribunal Superior para que proceda conforme a Ley, y se envíe copia de esta sentencia a la Defensoría del Pueblo. **IV. ORDENARON** se publique la presente sentencia casatoria en la Página Web del Poder Judicial. Intervinieron los señores Castañeda Espinoza y Guerrero López por vacaciones de los señores Coaguila Chávez y Figueroa Navarro, respectivamente. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

GUERRERO LÓPEZ

CSM/egot