

**Universidad Católica de Santa María**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**  
**Segunda Especialidad en Derecho Procesal Penal**



**CASO ACTOS CONTRA EL PUDOR DE  
MENOR: PERICIA PSICOLÓGICA OFICIAL  
SIN LA INTERVENCIÓN DEL PERITO DE  
PARTE, IMPLICANCIAS EN EL PROCESO  
PENAL.**

Trabajo Académico presentado  
por el Abogado:

**Cubas Bustamante, Fredy**

Para optar el Título de Segunda  
Especialidad en Derecho  
Procesal Penal.

**Asesor:**

**Dr. Montes de Oca Valencia,  
Carlos**

**Arequipa- Perú**

**2022**

# Dictamen Aprobatorio del Borrador de Trabajo Académico



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS  
SEGUNDA ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL  
CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

## DICTÁMEN

**A:** DR. JOSÉ ALFREDO LOVÓN SÁNCHEZ  
DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

**DE:** MGTER. CARLOS ALBERTO HERRERA MOGROVEJO  
DOCENTE – DICTAMINADOR

**ASUNTO:** DICTAMEN SOBRE BORRADOR DE INFORME JURÍDICO: "CASO ACTOS CONTRA EL PUDOR DE MENOR: PERICIA PSICOLÓGICA OFICIAL SIN LA INTERVENCIÓN DEL PERITO DE PARTE, IMPLICANCIAS EN EL PROCESO PENAL", PRESENTADO POR EL SR. CUBAS BUSTAMANTE FREDY PARA OBTENER EL TÍTULO EN SEGUNDA ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL PENAL.

**FECHA:** AREQUIPA 20 DE MAYO DEL 2021.

Tengo el agrado de dirigirme a Ud., en principio para expresarle cordial saludo, así mismo en atención a la designación de su Decanato como DICTAMINADOR del trabajo de referencia, y luego de la revisión del citado informe, me permito señalar que el mismo cumple con los requisitos previstos en el artículo 22 del Reglamento Específico de Grados y Títulos de la Facultad; en esa línea dictamino el presente como:

## APROBADO

En este orden, procede la sustentación oral del informe jurídico.

Atte.

MGTER. CARLOS A. HERRERA MOGROVEJO  
DICTAMINADOR



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
SEGUNDA ESPECIALIDAD DE DERECHO PROCESAL PENAL

**DICTAMEN**

A : DOCTOR JOSÉ ALFREDO LOVÓN SÁNCHEZ  
DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS.  
DE : MAGISTER CARLOS EDUARDO MENDOZA BANDA  
DOCENTE – DICTAMINADOR  
FECHA: AREQUIPA, 30 DE MAYO DEL 2022.

ASUNTO:

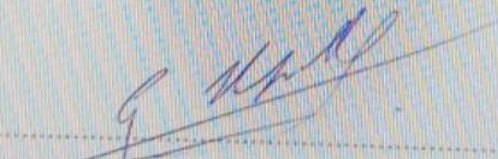
Dictamen sobre borrador de Informe Jurídico: "CASO ACTOS CONTRA EL PUDOR DE MENOR: PERICIA PSICOLÓGICA OFICIAL SIN LA INTERVENCIÓN DEL PERITO DE PARTE, IMPLICANCIAS EN EL PROCESO PENAL."

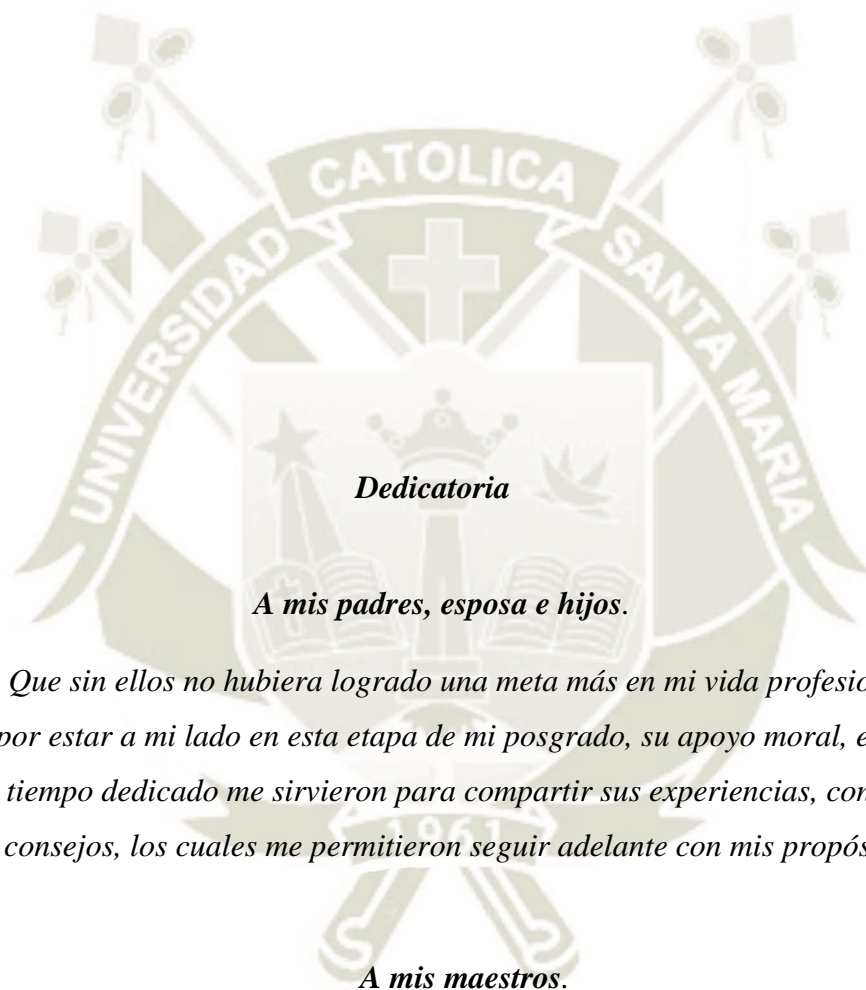
Presentado por el señor Fredy Cubas Bustamante, para obtener el Título en Segunda Especialidad en Derecho Procesal Penal.

Tengo el agrado de dirigirme a usted expresándole mi saludo cordial; y, habiendo sido designado como DICTAMINADOR del citado borrador de Informe Jurídico, luego de la revisión del mismo, éste cumple con los requisitos señalados en el artículo 22º del Reglamento Específico de Grados y Títulos de la Facultad; siendo que el dictamen es: APROBADO.

Por tanto, procede la sustentación oral del Informe Jurídico.

Atentamente.

  
MAGISTER CARLOS EDUARDO MENDOZA BANDA  
DICTAMINADOR



***Dedicatoria***

***A mis padres, esposa e hijos.***

*Que sin ellos no hubiera logrado una meta más en mi vida profesional. Gracias por estar a mi lado en esta etapa de mi posgrado, su apoyo moral, entusiasmo, su amor y tiempo dedicado me sirvieron para compartir sus experiencias, conocimiento y consejos, los cuales me permitieron seguir adelante con mis propósitos.*

***A mis maestros.***

*Por el tiempo y esfuerzo que dedicaron a compartir sus conocimientos, sin su instrucción profesional no habría llegado a este nivel. Quienes me brindaron dedicación al impartir su cátedra de tal forma que lo aprendido sea utilizado en mi vida diaria y profesional, por su apoyo brindado, gracias.*



### *Agradecimiento*

Agradezco a Dios por haberme otorgado una familia extraordinaria, quienes han creído en mí siempre, dándome ejemplo de superación, humildad y sacrificio; enseñándome a valorar todo lo que con esfuerzo he logrado. A todos ellos dedico el presente trabajo, porque han fomentado en mí, el deseo de superación y de triunfo en la vida. Lo que ha contribuido a la consecución de este logro. Esperando contar siempre con su valioso e incondicional apoyo para seguir creciendo como profesional.

## RESUMEN

En el presente caso se analiza el Expediente N° 00155-2019-0606-JR-PE-01, el cual contiene el caso del imputado de iniciales F.J.T.S, quien se le atribuye haber cometido el delito contra la libertad sexual en la modalidad de tocamientos indebidos, en agravio de la de la menor de iniciales G.M.T.C.<sup>1</sup>

A lo largo del proceso se puede apreciar diversos problemas procesales que tienen como eje central la adquisición de un elemento probatorio que vulneraría el contenido esencial del derecho fundamental a la defensa del imputado, entre estos se encuentra: la falta de presencia del perito de parte en las diligencias que requerían de su participación para el respeto del derecho de defensa del imputado; la posibilidad de plantear una tutela de derechos en etapa intermedia para excluir una prueba prohibida; la declaración de inadmisibilidad de una prueba por ser considerada como prohibida por el juez de etapa intermedia; la admisión de una prueba prohibida por parte del juez de juicio oral; la fundamentación de una sentencia valorando una prueba prohibida y; la posibilidad de plantear una nulidad en segunda instancia ante la valoración de una prueba prohibida.

Observaremos como durante todo el proceso, la defensa técnica del imputado intenta dar a conocer la afectación que sufrió la fuente de prueba, respecto de la obtención de una pericia psicológica, que resultó fundamental para las valoraciones que hizo el juez sobre el fondo del asunto y sobre la cual motivó su decisión.

### **Palabras claves:**

Prueba prohibida, proceso, pericia psicológica, fuente de prueba.

---

<sup>1</sup> Los nombres son censurados en correspondencia con el artículo 22 del reglamento específico de grados y títulos de la facultad de ciencias jurídicas y políticas de la UCSM.

## ABSTRACT

In the present case, File No. 00155-2019-0606-JR-PE-01 is analyzed, which contains the case of the accused with initials FJTS, who is attributed to have committed the crime against sexual freedom in the form of touching undue, to the detriment of the minor initials GMTC.

Throughout the process, various procedural problems can be seen whose central axis is the acquisition of an evidentiary element that would violate the essential content of the fundamental right to defense of the accused, among these are: the lack of presence of the expert witness the proceedings that required their participation to respect the defendant's right to defense; the possibility of raising a protection of rights in the intermediate stage to exclude a prohibited test; the declaration of inadmissibility of evidence because it is considered prohibited by the intermediate stage judge; the admission of prohibited evidence by the oral trial judge; the justification of a sentence evaluating a prohibited test and; the possibility of raising an annulment in the second instance before the assessment of a prohibited test.

We will observe how throughout the process, the defendant's technical defense tries to publicize the affectation suffered by the source of evidence, regarding the obtaining of psychological expertise, which was essential for the evaluations made by the judge on the merits of the matter and on which he motivated his decision.

### **Key words:**

Prohibited evidence, process, psychological expertise, source of evidence

## INDICE GENERAL

|   |      |
|---|------|
| CARATULA.....   | I    |
| DICTAMEN APROBATORIO .....  | II   |
| DEDICATORIA.....  | IV   |
| AGRADECIMIENTO.....   | V    |
| RESUMEN.....  | VI   |
| ABSTRACT.....   | VII  |
| INDICE GENERAL.....   | VIII |
| INDICE DE CUADROS .....   | XI   |
| ABREVIATURA.....  | XII  |
| INTRODUCCIÓN.....   | 1    |
| CAPÍTULO PRIMERO.....   | 2    |
| EL CASO .....   | 2    |
| 1. INVESTIGACIÓN PREPARATORIA .....   | 2    |
| 1.1. Denuncia del padre de la agraviada .....   | 2    |
| 1.2. Disposición de apertura de investigación preliminar.....   | 2    |
| 1.3. Oficio que programa cita para la práctica de la pericia psicológica a la agraviada .....   | 3    |
| 1.4. Escrito de designación de abogado y escrito de solicitud de designación de perito de parte .....                                       | 3    |
| 1.5. Disposición que designa perito de parte .....  | 3    |
| 1.6. Pericia psicológica practicada a la menor agraviada.....   | 3    |
| 1.7. Providencia que solicita la remisión de la pericia psicológica.....  | 4    |
| 1.8. Solicitud de precisión de designación de perito de parte para la participación de todas las diligencias que ameriten su presencia..... | 4    |
| 1.9. Acta de prueba anticipada: entrevista única en cámara gesell .....   | 4    |
| 2. ETAPA INTERMEDIA .....   | 4    |
| 2.1. La acusación directa .....   | 5    |
| 2.2. Informe pericial de parte realizado a la agraviada con fecha posterior a la acusación .....  | 7    |
| 2.3. Interposición de tutela de derechos después de que se ha realizado la acusación directa .....  | 7    |
| 2.4. Absolución de la acusación .....   | 9    |

|      |   |           |
|------|---|-----------|
| 2.5. | Apelación de tutela de derechos.....  | 15        |
| 2.6. | Resolución que cita a los sujetos al control de la acusación .....  | 20        |
| 2.7. | Acta de registro de audiencia de control de la acusación .....  | 20        |
| 2.8. | Resolución que admite apelación de tutela de derechos.....  | 24        |
| 3.   | ETAPA DE JUICIO ORAL.....   | 24        |
| 3.1. | Auto de citación a juicio .....   | 24        |
| 3.2. | Acta de registro de audiencia de apelación de auto y resolución número seis emitida posterior al auto de enjuiciamiento ..... | 24        |
| 3.3. | Acta de registro de audiencia de juicio oral de fecha 16 de enero del 2020  | 25        |
| 3.4. | Acta de registro de continuación de audiencia de juicio oral de fecha 21 de enero del 2020 .....                              | 26        |
| 3.5. | Acta de registro de continuación de audiencia de juicio oral de fecha 24 de enero del 2020 .....                              | 27        |
| 3.6. | Acta de registro de continuación de audiencia de juicio oral de fecha 29 de enero del 2020 .....                              | 27        |
| 3.7. | Acta de registro de continuación de audiencia de juicio oral y lectura de sentencia de fecha 31 de enero del 2020 .....       | 28        |
| 3.8. | Sentencia .....   | 28        |
| 4.   | ETAPA DE IMPUGNACIÓN.....   | 33        |
| 4.1. | Apelación de sentencia .....  | 33        |
| 4.2. | Resolución que concede el recurso de apelación .....  | 43        |
| 4.3. | Sentencia de segunda instancia .....  | 43        |
|      | <b>CAPÍTULO SEGUNDO: PROBLEMAS Y ANÁLISIS.....</b>  | <b>50</b> |
| 1.   | PROBLEMAS EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR .....   | 50        |
| 1.1. | Realización de diligencias sin aviso al perito de parte .....   | 50        |
| 1.2. | Problemática desencadenada en etapa de investigación que tiene efectos a lo largo de todo el proceso .....                    | 51        |
| 2.   | PROBLEMAS EN LA ETAPA INTERMEDIA.....   | 55        |
| 2.1. | La tutela de derechos y la acusación directa .....  | 55        |
| 2.2. | Aspectos relevantes de la prueba prohibida en el proceso penal.....   | 61        |
| 3.   | PROBLEMAS EN LA ETAPA DE JUICIO ORAL .....  | 70        |
| 3.1. | La posibilidad de volver a postular una prueba prohibida en la etapa de juicio oral.....                                      | 70        |
| 3.2. | La competencia del juez de investigación preparatorio y la competencia del juez de juzgamiento .....                          | 72        |

|   |    |
|---|----|
| 3.3. Análisis y crítica de la utilización de la pericia oficial para su admisibilidad y valoración en el juicio oral..... | 74 |
| 4. PROBLEMAS EN LA ETAPA DE IMPUGNACIÓN .....   | 80 |
| 4.1. La errónea aplicación del Recurso de Nulidad N° 420-2018/CAJAMARCA<br>80   |    |
| 4.2. La nulidad absoluta y la prueba prohibida .....  | 84 |
| CAPITULO TERCERO: CONCLUSIONES .....  | 87 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....   | 90 |



## INDICE DE CUADROS

|   |           |
|---|-----------|
| <b>Cuadro 1: La restricción que sufre la tutela de derechos cuando existe acusación directa .....</b> | <b>56</b> |
| <b>Cuadro 2: Diferencias sustanciales entre la prueba ilícita y la prueba irregular .....</b>         | <b>64</b> |
| <b>Cuadro 3: Excepciones a la exclusión de la prueba prohibida .....</b>                              | <b>69</b> |



## ABREVIATURA

CP Código Penal

CPP Código Procesal Penal



## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo académico se presenta ante la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María, optando por el título de Segunda Especialidad Profesional En Derecho Procesal Penal.

El presente contiene el estudio del señor de iniciales F.J.T.S, a quien se le atribuye haber cometido el delito contra la Libertad Sexual en su modalidad de tocamientos indebidos de menor, en agravio de la menor de iniciales G.M.T.C, al llevarla mediante engaños a un lugar desolado para tocarla en diversas partes del cuerpo.

El capítulo primero estará destinado a la presentación y descripción del caso, de manera detallada y cronológica se contará la secuencia procesal de las tres etapas del proceso penal común y los actos que se realizaron en cada una de ellas, esto es: investigación preparatoria, etapa intermedia y juicio oral; asimismo, también se expondrá lo sucedido en sede recursal exponiendo los pronunciamientos emitidos por el abogado de la defensa técnica y los jueces de segunda instancia.

El capítulo segundo estará destinado al análisis de los problemas presentes en cada una de las etapas anteriormente numeradas, dando gran énfasis en los problemas relativos a la figura de la prueba prohibida y cuestiones conexas con esta.

Finalmente, se expondrán las conclusiones a las que se arribó del estudio del presente caso sobre la prueba prohibida, brindando mayores márgenes de comprensión respecto de su tratamiento, contenido y efectos en el ordenamiento jurídico procesal penal peruano.

## CAPÍTULO PRIMERO

### EL CASO

#### 1. INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

##### 1.1. Denuncia del padre de la agraviada

El 14 de febrero del 2019, se interpone denuncia en sede fiscal por J.W.T.R en contra del imputado F.J.T.S, por la comisión del presunto delito contra la libertad sexual en su modalidad de tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores, en perjuicio de la menor de iniciales G.M.T.C. Relatando lo siguiente:

“Quiero denunciar al señor F.J.T.S que es vecino de la zona donde vivo porque mi hija llamada G.M.T.C. de 12 años de edad me ha comentado que el año 2017 entre el mes de agosto y septiembre, este señor la ha llevado por unos árboles en forma como una cueva en el sector El Rosario, compresión del Centro Poblado Pauca Santa Rosa, la llevó con engaños y en este lugar le ha tocado los senos e intentó tocarle sus partes genitales, pero ella no se ha dejado y salió corriendo de allí, pero que hasta este año la molesta, la quiere llevar nuevamente a este lugar”. (Denuncia por Acta, 14 de febrero del 2019).

##### 1.2. Disposición de apertura de investigación preliminar

El 05 de marzo del 2019, la Fiscalía Provincial Penal de San Marcos a través del Fiscal Provincial O.N.A.V dispone abrir investigación preliminar para la realización de diligencias preliminares por el término de 60 días, así como recibir la manifestación de la menor de iniciales G.M.T.C. en Cámara Gesell, del imputado F.J.T.S, del padre de la menor J.W.T.R y que se oficie a la división médico legal de Cajamarca para que realice una pericia psicológica a la menor agraviada y al imputado.

### **1.3. Oficio que programa cita para la práctica de la pericia psicológica a la agraviada**

El 15 de marzo del 2019, la Dr. Dora Cárdenas Salcedo remite a fiscalía el oficio N° 1184-2019 con el cual se programa una cita para la práctica de la pericia psicológica a la menor de iniciales G.M.T.C.

### **1.4. Escrito de designación de abogado y escrito de solicitud de designación de perito de parte**

El 19 de marzo del 2019, se presenta un escrito designándose al letrado B.E.M.O y un escrito solicitando se dé por designando al psicólogo Santos Hipólito Arroyo Carrera como perito de parte para que pueda presenciar y realizar observaciones a las operaciones del perito psicólogo oficial respecto de las pericias psicológicas ordenadas a la parte agraviada.

### **1.5. Disposición que designa perito de parte**

El 25 de marzo del 2019, se emite la disposición N° 02-2019, que dispone designar al perito de parte Santo Hipólito Arroyo Carrera para que se le brinden las facultades previstas en el inciso 2) del artículo 177 del Código Procesal Penal para asegurar su participación en la pericia psicológica de la agraviada y en la entrevista en Cámara Gessel.

### **1.6. Pericia psicológica practicada a la menor agraviada**

El miércoles 17 de abril del 2019, se realiza la Pericia Psicológica Contra la Libertad Sexual N° 003377-2019-PS-DCLS solicitada por la fiscalía

Provincial Penal de San Marcos, la cual es practicada en la División Médico Legal II Cajamarca a la menor de iniciales G.M.T.C.

### **1.7. Providencia que solicita la remisión de la pericia psicológica**

El 23 de abril del 2019, se emite Providencia Fiscal solicitando a la División Médico Legal de Cajamarca que remita la pericia psicológica practicada a la menor de edad G.M.T.C. o en cualquier caso informar de lo pertinente.

### **1.8. Solicitud de precisión de designación de perito de parte para la participación de todas las diligencias que ameriten su presencia**

El 03 de mayo del 2019, se presenta un escrito por parte de la defensa técnica del imputado donde se solicita que se precise la designación del perito psicólogo para que participe en la diligencia de pericia psicológica; asimismo, señala que bajo Providencia Fiscal de fecha 23 de abril del 2019 y lo solicitado por esta, – creyendo que no se ha realizado la pericia psicológica – el abogado de la defensa técnica especifica que la pericia aún no se ha realizado.

### **1.9. Acta de prueba anticipada: entrevista única en cámara gesell**

EL 07 de junio del 2019, en la División de Medicina Legal en el Distrito de Cajamarca con presencia del representante del ministerio público; del juez de investigación preparatoria y su auxiliar; del abogado del imputado y de la abogada de la agraviada; del perito oficial y del perito de parte; y, de la agraviada y su padre, se lleva a cabo la entrevista única en cámara Gesell.

## **2. ETAPA INTERMEDIA**

## 2.1. La acusación directa

EL 27 de junio del 2019, el Fiscal O.N.A.V presenta acusación directa en contra de F.J.T.S. en calidad de autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores. Los hechos imputados son los siguientes:

**“CIRCUNSTANCIAS PRECEDENTES:** El acusado F.J.T.S, domicilia cerca de donde vive la agraviada G.M.T.C. en el mismo Centro Poblado Pauca Santa Rosa, Distrito José Manuel Quiroz-Shirac. Por su parte la menor agraviada vivía con su padre en el mismo lugar y frecuentaba la casa de sus abuelos paternos

**CICUNSTANCIAS CONCOMITANTES:** En días del mes de agosto y setiembre del año 2017, en el Centro Poblado Pauca Santa Rosa, el acusado F.J.T.S, ha llevado con engaños a una “cueva” en dos ocasiones a la menor de edad G.M.T.C. en donde le decía que tenía un pomo con una sustancia compuesta por hierbas, huairuros y “leche de hombre” que harían mejorar en los estudios a la agraviada y que, si lo ungía en sus senos, estos crecerían y sería más bonita. Este discurso ha propiciado que el acusado en la última ocasión toque los senos de la menor agraviada metiendo las manos debajo de su ropa y además intente tocarle sus genitales, hecho último que la menor ha impedido al salir corriendo del lugar

**CIRCUNSTANCIAS POSTERIORES:** Días posteriores el acusado ha buscado insistentemente a la menor G.M.T.C. persistiendo en su discurso engañoso, solicitando que la menor vaya al mismo lugar de siempre (la cueva), siendo que esta ha puesto en conocimiento a sus abuelos paternos y luego a su padre, quien ha denunciado los hechos a la fiscalía”. (Requerimiento de acusación, 27 de junio del 2019)

Como prueba a actuarse en juicio oral se ofrece la declaración de J.W.T.R, María Eulalia Reyes Huaman y Segundo Isidro Tirado Castañeda; el examen pericial a Miguel Ángel Roncal Ayala, para explicar sobre la pericia

psicológica N°3377-2019-PS-DCLS; y finalmente, se presenta la siguiente prueba documental:

- Denuncia en sede fiscal interpuesta por J.W.T.R, padre de la menor agraviada. Mencionando que resultará útil, pertinente y conducente porque acreditará la persistencia de los hechos que le fueron contados por su hija, consistentes en que el acusado F.J.T.S le tocó sus senos e intentó tocar sus genitales
- Acta de prueba anticipada, entrevista única en Cámara Gesell a la agraviada menor de edad G.M.T.C, mencionando que resultará útil, pertinente y conducente porque acreditará la verosimilitud, persistencia y ausencia de incredibilidad subjetiva que ha tenido el testimonio de la agraviada respecto que el acusado efectivamente tocó sus senos e intentó tocar sus genitales.
- Video de soporte DVD, que contienen las imágenes y audio de la entrevista única de la menor agraviada de cámara Gesell. Mencionando que resultará útil, pertinente y conducente ya que acreditará la declaración detallada y verosímil de la menor.
- Copia simple de ficha RENIEC de la menor de edad G.M.T.C. mencionando que resultará útil, pertinente y conducente ya que acreditará su minoría de edad.
- Acta de audiencia especial de violencia familiar obrante en el expediente nro. 85-2019-FP, con la cual se ha dictado medidas de protección a favor de la menor agraviada y a ser cumplidas por el acusado motivado en los hechos materia de investigación.

- Certificado de antecedentes penales nro. 3495782 correspondientes al acusado F.J.T.S del cual se desprende que este no cuenta con antecedentes penales. Mencionando que resultará útil, pertinente y conducente, ya que servirá para determinar la pena en una eventual condena.

Finalmente, se solicita para F.J.T.S, cinco años y seis meses de pena privativa de libertad y el pago de siete mil soles por concepto de reparación civil para la menor de edad G.M.T.C.

## **2.2. Informe pericial de parte realizado a la agraviada con fecha posterior a la acusación**

El 06 de agosto del 2019, se realizó un análisis pericial reuniendo detalles y observaciones a la entrevista única en cámara Gesell y al Protocolo Psicológico contra la Libertad Sexual N° 003377-2019-PS-DCLS.

## **2.3. Interposición de tutela de derechos después de que se ha realizado la acusación directa**

Con fecha 06 de agosto del 2019 se interpone un escrito solicitando que se excluya el material probatorio referente a la pericia psicológica contra la libertad sexual N° 003377-2019-PS-DCLS utilizando la vía de tutela de derechos en favor del imputado F.J.T.S. Los fundamentos que expone son los siguientes:

1. “Que, mediante disposición que designa perito de parte de fecha 25 de marzo del 2019, se dispone lo siguiente: TENGASE por designado como perito de parte al licenciado en psicología SANTOS HIPOLITO ARROYO CARRERA a fin de que ejerza las facultades previstas en el inciso 2 del artículo 177 del Código Procesal Penal, en las pericias de la especialidad ordenadas por este despacho: **ENTREVISTA EN**

## **CÁMARA GESSEL Y PERICIA PSICOLÓGICA DE LA AGRAVIADA MENOR DE EDAD G.M.T.C.**

2. **Se tiene que con fecha 26 de marzo de 2019 la División Médico Legal II Cajamarca con oficio N°1184-2019-MP-DML-CAJAMARCA, comunican al fiscal a cargo con la fecha y hora sobre la cita de la menor de iniciales G.M.T.C. para el día 17 de abril de 2019 a horas 07:45 horas de la mañana. SE HACE DE SU CONOCIMIENTO SEÑOR MAGISTRADO QUE LA FECHA PARA LA REALIZACIÓN DE LA CITA PSICOLÓGICA A LA MENOR DE INICIALES G.M.T.C. NO SE INFORMO Y TAMPOCO SE NOTIFICÓ PARA QUE AL AMPARO DEL DERECHO A LA DEFENSA, EL PERITO DE PARTE DESIGNADO POR EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO CON LA DISPOSICIÓN DE FECHA 25 DE MARZO DE 2019, ASISTA Y PARTICIPE DE DICHA DILIGENCIA, VULNERANDOSE EL DERECHO A LA DEFENSA, YA QUE EL PERITO DE PARTE NO PUDO PRESENCIAR LAS OPERACIONES PERICIALES DEL PERITO OFICIAL, HACER OBSERVACIONES Y DEJAR LA CONSTANCIAS QUE SU TÉCNICA LE ACONSEJE, tal como lo estipula el artículo 177 inciso 2 del Código Procesal Penal.**
3. La actuación del representante del Ministerio Público ha vulnerado de manera directa, el derecho a la defensa técnica de mi patrocinado, generando que dicha pericia psicológica carezca de efecto legal alguna, al haber sido obtenida ilícitamente; sin embargo, hasta la actualidad dicho material probatorio ha sido utilizado en el requerimiento de acusación directa, vulnerando de manera continua, su derecho a la defensa técnica constitucional y convencionalmente reconocido.
4. **En efecto, tal material probatorio se encuentra vulnerado, desde su nacimiento hasta la actualidad, el derecho a la defensa técnica de mi patrocinado, al no haber sido notificado con la diligencia de pericia psicológica, constituya prueba ilícita, careciendo de efecto legal alguno, pues conforme regula el artículo VII del Código Procesal Penal “carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del cometido esencial de los derechos fundamentales de la persona”**

5. Motivo por el cual, vuestro despacho deberá dictar las medidas de corrección consistentes en la **EXCLUSIÓN** de tal material probatorio, más aún si el mismo está siendo base para sustentar una acusación directa en contra de mi patrocinado, lo petitionado se condice con lo establecido en el **ACUERDO PLENARIO N° 04-2010/CJ-166**.
6. Si bien el Acuerdo Plenario N° 04-010/CJ-116, señala en su fundamento 19 que la Tutela de Derechos solo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha; **empero no se toma en consideración el supuesto de que el Ministerio Público presente Acusación Directa, es decir, cuando el Fiscal decide pasar directamente a la etapa intermedia prescindiendo de la etapa de la Investigación formal, más aún cuando el Acuerdo Plenario 06-2010/CJ-116 establece que el procedimiento de Acusación Directa cumple las funciones de la Disposición de la Formalización de la investigación Preparatoria**
7. **A la vez el Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116 en su fundamento 14 indica que la Tutela de Derechos es residual, operando siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por su derecho afectado.**
8. Por tales fundamentos, es que nos vemos en la necesidad de acudir a vuestro despacho, para que, como Juez de control y garantías, se sirva a emitir las medidas correctivas, consistentes en la exclusión del material probatorio cuestionado”. (Escrito de tutela de derechos, 06 de agosto del 2019)

## 2.4. Absolución de la acusación

El 07 de agosto del 2019 se presenta la absolución al requerimiento fiscal emitido en contra del señor F.J.T.S, presentándose observaciones de carácter formal, sustancial y ofreciéndose medios de prueba.

### 2.4.1. Cuestiones formales al requerimiento: vulneración del derecho a la imputación necesaria

Correspondientemente a las posibilidades de realización de un control formal del requerimiento acusatorio presentado, el abogado de la defensa técnica establece los fundamentos que hacen notar la falta de una imputación necesaria:

1. “En ese sentido se señala que el derecho a la imputación necesaria -también denominado imputación concreta- se encuentra reconocido, tanto a nivel supranacional, por el Artículo 14,3.º del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** y el artículo 8.2.bº de **la Convención Americana de Derechos Humanos**; como a nivel nacional, por los artículos **2.24.dº y 139.14º, de la Constitución Política del Estado**, además del **artículo IX del título preliminar del Código Procesal Penal** y el **artículo 71.2.aº del mismo cuerpo normativo**
2. Como podemos ver, dicho derecho constitucional, nacido como garante de los derechos a la defensa y al debido proceso, es trascendental a lo largo de todo el proceso penal; pero, adquiere una especial importancia e intensidad, cuando nos encontramos ante una Acusación Fiscal, la cual, en consonancia **al artículo 349.1.bº del Código Procesal Penal**, deberá contener, obligatoriamente, "La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, **CON SUS CIRCUNSTANCIAS PRECEDENTES, CONCOMITANTES Y POSTERIORES MUY BIEN DISTINGUIDAS**
3. En dicha línea, en consonancia al Recurso de Nulidad 956-2011-UCAYALI y a la STC No 4989-2006-PHC/TC”, y a decir del doctrinario Castillo Alva, para considerar garantizado el derecho a la imputación necesaria, la fundamentación de la acusación fiscal debe cumplir, mínimamente, con tres requisitos; **a) REQUISITOS FÁCTICOS, b) REQUISITOS NORMATIVOS y c) REQUISITOS SUSTENTATORIOS**; requisitos que no se cumplen en la imputación fiscal realizada.
4. Así, en primer lugar, los **REQUISITOS FÁCTICOS** son la **exigencia de un relato circunstanciado y preciso de los**

hechos con relevancia Penal, que se atribuyen a una persona. Lo que supone que el Fiscal, debe determinar en las circunstancias concomitantes el día en que se habría cometido el supuesto agravios, sin embargo como se puede desprender sobre los hechos atribuidos a mi patrocinado en este señala los meses de agosto y setiembre del año 2017, sin embargo no se ha señalado el día o los días que se habría producido el supuesto acto delictivo; esto determinado con la relación de causalidad o imputación objetiva, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar, esto es su determinación temporal (fecha, día y de ser posible la hora y minuto); el modo de ejecución, y el método utilizado , etc; es más, se hace referencia en el sexto renglón de las circunstancias concomitantes que mi patrocinado en la última ocasión toco los senos de la menor agraviada, para el ejercicio adecuado del derecho a defensa el representante del Ministerio Público debe especificarnos en día en que se produjo este supuesto tocamiento.

5. Por todo ello y ante la evidente vulneración al derecho a la imputación necesaria de mi patrocinado, **SOLICITO A VUESTRO DESPACHO, como primera pretensión, que, conforme autoriza el artículo 352 del Código Procesal Penal, SE SIRVA A DEVOLVER LA PRESENTE ACUSACIÓN Y A ORDENAR LA CORRECCIÓN DE LA IMPUTACIÓN REALIZADA DE MANERA DEFICIENTE A MI PATROCINADO, garantizándose, de esta manera, su derecho irrestricto a la defensa**". (Escrito de absolución de la acusación, de fecha 07 de agosto del 2019)

#### 2.4.2. Solicitud de sobreseimiento de la causa

Correspondientemente a las posibilidades de realización de un control sustancial del requerimiento acusatorio presentado, el abogado de la defensa técnica solicita sea declarado fundado el escrito de sobreseimiento de la causa, por no existir razonable posibilidad de

incorporar nuevos datos a la investigación y por la inexistencia de elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado, exponiendo que:

1. “(...) De lo actuado fluye que no existe ningún elemento de convicción que vincule, directamente, a mi patrocinado con los supuestos tocamientos indebidos, pues en la entrevista de Cámara Gessell la menor no ha referido mes, ni el día en el que se habrían producido los tocamientos indebidos, lo establecido por la menor en dicha entrevista no es ni ha sido corroborado con ningún otro elemento de convicción, tal es el caso que la menor refiere que mi patrocinado la habría llevado a una cueva, no existiendo dentro de los elementos de convicción ninguna acta de constatación que al menos evidencie la exista dicha cueva.
2. También la versión de la menor en cámara Gesell se contradice con la declaración del padre de ésta, ya que; el papá de la menor establece que ella le habría contado por teléfono (celular) que los hechos ocurrieron en el mes de setiembre de 2017 a las 04:00 de la tarde, lo cual viene en inverosímil toda vez que la propia menor de edad ha manifestado que no recuerda ni la fecha ni el mes en que se habrían producido dichos actos. Esto se agrava al revisar las declaraciones de los abuelos de esta, atendiendo que el señor SEGUNDO ISIDRO TIRADO CASTAÑEDA (testigo) abuelo de la menor de iniciales G.M.T.C a la respuesta de la pregunta N° 05 de su declaración ha manifestado: "que, su cuerpo una sola vez lo ha tocado y fue en enero", declaración que quita verosimilitud a lo manifestado por la menor de iniciales G.M.T.
3. Aunado a ello que se viene evidenciando la testigo MARÍA EULALIA REYES HUAMAN (testigo), a la respuesta de la pregunta N° 06 manifiesta que no recuerda la fecha pero que los supuestos hechos se habrían producido en un monte; sin embargo, la menor en su entrevista ha establecido que la habrían llevado supuestamente a una cueva, la pregunta es: ¿existe la cueva?
4. Siendo de esta manera el relato de la menor no creíble, tal como se evidencia de las propias declaraciones dadas por sus abuelos

y su padre, en el cual existen afirmaciones que no han sido corroboradas con ningún elemento de convicción.

5. Así, la imputación carecería de prueba directa, generando la necesidad de que el Ministerio Público acredite la suficiencia probatoria, mediante la utilización de prueba indiciaria, no obstante, en la acusación no existe ningún esfuerzo, siquiera, por construir un razonamiento indiciario que concluya que mi patrocinado realizó el supuesto tocamiento.
6. Así, de todos los Indicios que la Corte Suprema de la República, en el RN N°1787-98, ha señalado como obligatorios (**indicio de presencia, indicio de participación del delito, indicio de oportunidad, indicio de móvil, de actitud sospechosa y de mala justificación**), el Ministerio Público no tendría ninguno de los indicios antes establecidos, ni siquiera el de presencia, atendiendo a que en la imputación realizada no hace referencia al día, al mes y hora exactas en que se habrían producido los supuestos tocamientos. Esta situación se agrava cuando el representante del Ministerio Público incorpora en el mes de agosto del año 2017 la realización del supuesto actuar delictivo de mi cliente; sin embargo, estos meses no ha sido corroborados ni por la menor supuestamente agraviada y tampoco por los testigos. No existiendo elemento de convicción que señale la presencia de un indicio de móvil, actitud sospechosa, mala justificación y oportunidad delictiva, necesarios para solventar una acusación penal.
7. Esto nos permite concluir, como primer colofón, que en el presente caso se carece, por un lado, de prueba directa, que incrimine a mí patrocinado y, por otro lado, de prueba Indirecta, siquiera motivada, que permita afirmar la suficiencia probatoria necesaria para que se dicte el auto de enjuiciamiento solicitado por el Ministerio Público.
8. Sin perjuicio de ello, de los elementos de convicción, acopiados por el Ministerio Público, fluye que ninguno de ellos tiene la suficiencia necesaria para generar el enjuiciamiento de mi patrocinado; tal como veremos a Continuación:

- **ACTA DE PRUEBA ANTICIPADA, ENTREVISTA ÚNICA EN CÁMARA GESSELL.** En primer lugar, dicho elemento de convicción carece de la suficiencia necesaria, ya que lo narrado por la menor supuestamente agraviada no se corrobora con las declaraciones de los testigos y a la vez, no se ha verificado que el lugar en que supuestamente se han producido los hechos delictivos exista, esto es, no existe un acta de constatación fiscal en el lugar de los hechos, en donde se evidencie que verdaderamente existe la cueva en que la menor narra habrían sucedido los hechos.
- En segundo lugar, la fiscalía señala, como suficientes elementos de convicción, a **LA PERICIA PSICOLOGICA NRO, 3377- 2019- PS-DCLS** practicados a la agraviada ANTES DE LA CÁMARA GESSELL, del cual señor Magistrado se hace de conocimiento que se obtuvo vulnerando el derecho a la defensa técnica de mi patrocinado, ya que no se nos ha notificado la realización de la misma, más aún cuando esta defensa técnica nombró un perito psicólogo de parte, para que pueda participar de dicha diligencia; lo cual ha sido materia de interposición de tutela de derechos
- En tercer lugar, la fiscalía considera como suficientes elementos de convicción, al **LA DECLARACION DEL PADRE DE LA MENOR JOSE WILMAN TIRADO REYES**, en la que se puede evidenciar que existen graves contradicciones entre lo narrado por la menor supuestamente agraviada y la propia denuncia planteada, toda vez que la menor no recuerda ni el mes ni tampoco el día en que se habrían producido los hechos, ahora bien el testigo manifiesta en su declaración en la pregunta N° 04 que los hechos se habrían producido en los días del mes de septiembre de 2017 a las 4:00 de la tarde, sin embargo, en la denuncia planteada manifiesta que los hechos se abrían producido entre los meses de agosto y septiembre, no teniendo verosimilitud en lo manifestado.

9. Por todo lo expuesto se estima que sea declarado el sobreseimiento de la presente causa en favor de Francisco Javier Tirado Salazar, por la presunta comisión del delito contra la libertad sexual en su modalidad de tocamientos indebidos”. (Escrito de absolución de la acusación, de fecha 07 de agosto del 2019)

#### **2.4.3. Observaciones a los medios probatorios ofrecidos en el requerimiento**

Teniendo también derecho la defensa del imputado a cuestionar los medios probatorios ofrecidos por el representante del Ministerio Público, plantea cuestionamiento a la Pericia Psicológica N°003377-2019-PS-DCLS por carecer del aspecto fundamental de conducencia probatoria

#### **2.4.4. Ofrecimiento de medios probatorios**

Se ofrece al órgano de prueba comprendido como perito, al señor Santos Hipólito Arroyo Carrera, presentándose como documental:

- Informe del Perito Psicólogo de parte N° 00028-2019, que participó en Cámara Gesell

#### **2.5. Apelación de tutela de derechos**

Con fecha 26 de agosto del 2019, se interpone apelación solicitando se sirva de elevar los actuados a la instancia superior con el fin de revocar la resolución apelada y se realice un control tutelar dictándose medidas correctivas de exclusión de material probatorio consistente a la pericia

psicológica contra la libertad sexual N° 003377-2019-PS-DCLS, señalando que ha sido obtenida ilícitamente. Exponiendo los siguientes fundamentos:

### 2.5.1. Fundamentos de hecho y derecho expuestos en la apelación

1. “En el marco de la presente investigación fiscal, se realizó la pericia Psicológica N° 003377-2019-PS-DCLS, la cual no fue notificada a la defensa técnica para la participación en la misma, más aún cuando se ha presentado un perito de parte para que pueda evidenciar el examen psicológico oficial.
2. Al amparo del derecho a la defensa, que se encuentra regulado en el art. 71° inciso 4 del Código Procesal Penal, y el Acuerdo Plenario 4-2010/CJ-116, se declara improcedente la solicitud planteada de Tutela de Derechos, realizada mediante la resolución apelada, por haberla planteada en etapa intermedia.
3. Sin embargo, se ha planteado tutela de derechos en la Etapa Intermedia, porque no se tuvo oportunidad para hacerlo anteriormente por haberse emitido acusación directa más aun cuando se hizo de conocimiento al representante del Ministerio Público que la pericia psicológica contra la libertad sexual N°003377-2019-PS-DCLS, no ha sido realizada por lo que la defensa no tenía conocimiento del día y la hora en la que se llevó a cabo, es por esa razón que se informa al señor fiscal para los fines de ley
4. Se ha visto afectado el derecho de mi patrocinado, más aún cuando se ha establecido que en la etapa intermedia no se podrá debatir la cuestión de fondo de la tutela de derechos; sin embargo, la tutela de derechos se declara improcedente por el hecho de establecerse que no estaríamos en la etapa respectiva. Bajo estas consideraciones es importante tener en cuenta que los derechos fundamentales de las personas deben ser respetados en toda la instancia del proceso penal, sin mayor dilación y mucho menos interferir en su debida motivación”. (Escrito de apelación de tutela de derechos, de fecha 26 de agosto del 2019)

## 2.5.2. Sobre los errores de hecho y derecho que cometió el a quo

1. “Para declarar infundada nuestra solicitud de tutela de derecho, el juzgado ha incurrido en graves errores de hecho y derecho. Así, en primer lugar, fundamenta que no se puede desarrollar tutela de derechos en etapa Intermedia, desconociendo lo establecido en el acuerdo plenario N° 04-2010/C1-116, señala en su fundamento 19 que la Tutela de Derechos solo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha; **empero no se toma en consideración el supuesto de que el Ministerio Público presente Acusación Directa, es decir, cuando el Fiscal decide pasar directamente a la etapa Intermedia prescindiendo de la etapa de investigación formal, más aún cuando el Acuerdo Plenario 06-2010/CJ-116 establece que el procedimiento de Acusación Directa cumple las funciones de la Disposición de la Formalización de la Investigación Preparatoria.**
2. La doctrina ha establecido que la Constitución ha asignado al Ministerio Público una serie de funciones constitucionales, entre las cuales destaca la facultad de ejercitar la acción penal sea de oficio o pedido de parte, tal como dispone el artículo 159 inciso 5 de la Constitución, y ésta, si bien es una facultad discrecional que se le otorga, esta facultad, en tanto que el Ministerio Público es un órgano constitucional constituido y por ende sometido a la Constitución, no puede ser ejercida, irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales. Así, esta garantía procesal, está reconocida constitucionalmente por el inciso 10 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; por ello, la sanción solo puede tener lugar en el marco de un tratamiento digno en estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad, y en el que exista una regulación equilibrada de los derechos y deberes de los sujetos procesales”. (Escrito de apelación de tutela de derechos, de fecha 26 de agosto del 2019)

### 2.5.3. Sobre el derecho de defensa

1. “El derecho a la defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en ningún estado del proceso; este derecho tiene una doble dimensión: un derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra forma, que supone el derecho a una técnica, referido al patrocinio de un abogado defensor.
2. Es así, este derecho se constituye como un derecho fundamental que asiste a todo imputado a su abogado defensor a comparecer al proceso a fin de responder con eficacia la imputación existente; este derecho fundamental se extiende a todo estado y grado de procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala; como se aprecia el imputado tiene derecho a **DEFENDERSE DESDE LAS PRIMERAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN** hasta la culminación del proceso penal y siempre asistido de un defensor de su elección quien debe informarse de los cargos, participar de las mismas, presentar pedidos, ofrecer la actuación de pruebas y demás posibilidades que la ley le permite en igualdad de condiciones, es así que el derecho a la defensa se encuentra regulado en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal.
3. Ahora bien, el citado Acuerdo Plenario 4-2010/CJ-116 señala en su fundamento 19 que **la tutela de derechos** solo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha; empero no se toma con consideración el supuesto de que el Ministerio Público presente **ACUSACIÓN DIRECTA**, es decir, cuando el Fiscal decide pasar directamente a la etapa intermedia prescindiendo de la etapa de investigación formal, máxime que el indicado Acuerdo Plenario 06-2010/CJ-116 establece que el procedimiento de Acusación Directa Cumple las funciones de la Disposición de la Formalización de la Investigación Preparatoria.

4. En efecto, el referido Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116 es su fundamento 14 Indica que la Tutela de Derechos es residual, operando siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado. Los señalados incisos 4 y 5 del artículo 337 del Código Procesal Penal esencialmente expresan que el imputado podrá solicitar al Fiscal todas aquellas diligencias que considere pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos y si el fiscal rechazare la solicitud, se instará al Juez de investigación preparatoria, sin embargo, en presente caso, el Fiscal ha instado acusación directa”. (Escrito de apelación de tutela de derechos, de fecha 26 de agosto del 2019)

#### **2.5.4. Sobre el agravio causado con la resolución impugnada**

1. “Con la resolución material de impugnación, se ha causado un grave agravio a mi patrocinado, pues se le está desamparando un mecanismo tutelar, como es la tutela de derechos, en base a argumentos empapados de errores de hecho y de derecho; vulnerando, una vez más el derecho a la defensa técnica de mi patrocinado y, sobre todo, el derecho a que la prueba ilícitamente obtenida sea excluida del presente proceso.
2. No podemos dejar de subrayar que dicho agravio es irreparable, pues todo el tiempo que mi patrocinado se encuentra en situación de procesado, a partir de la existencia de material ilícito, no podrá ser resarcido por ningún instrumento reparador, recogido en nuestro ordenamiento jurídico; siendo necesario que la presente causa sea tramitada lo más antes posible, con el fin de que después de haberse valorado los errores de derecho y hecho de la resolución recurrida, se revoque la misma y, declarándose fundada la solicitud de tutela, se ordene la exclusión del materia probatorio ilícito y arbitrario obtenido”. (Escrito de apelación de tutela de derechos, de fecha 26 de agosto del 2019)

## **2.6. Resolución que cita a los sujetos al control de la acusación**

Con fecha 03 de setiembre del 2019, se emite la Resolución Número dos citando a audiencia preliminar de control de acusación para el diecinueve de setiembre del año dos mil diecinueve a horas nueve de la mañana.

## **2.7. Acta de registro de audiencia de control de la acusación**

Con fecha de 19 de setiembre del 2019, se realiza el control de acusación, dando por acreditadas a las partes y emitiéndose una serie de resoluciones respecto del control formal y sustancial de la acusación.

### **2.7.1. Resolución número tres respecto del control formal de la acusación**

Con fecha del 19 de setiembre del 2019, se emite la RESOLUCIÓN NÚMERO TRES, que rechaza la observación formal planteada por el abogado de la defensa técnica y declara la validez formal del requerimiento de acusación.

### **2.7.2. Resolución número cuatro respecto de la admisión de pruebas**

Con fecha del 19 de setiembre del 2019, se emite la RESOLUCIÓN NÚMERO CUATRO, en la cual no se admite la prueba pericial ofrecida por el representante del Ministerio Público. Para que se brinde tal decisión se contrariaron los siguientes argumentos:

1. **“ABOGADO:** Presento oposición a la pericia psicológica, porque esta sido obtenida afectando el derecho de defensa técnica del acusado, más aún que la defensa había incorporado un perito de parte
  
2. **FISCAL:** En el caso se presentó una situación atípica.
  
3. **ABOGADO:** No hay disposición que ordene la pericia psicológica, por eso ha sido que la defensa técnica no tuvo conocimiento de la pericia. El 19 de marzo del año en curso se designa perito de parte, al haber designado perito de parte, se esperaba que se realice la diligencia de prueba anticipada, sin embargo se realiza la entrevista de cámara gessel, y no se realiza la pericia psicológica, por que esta pericia se realizó con anterioridad, es por ello que la defensa no tiene conocimiento de dicha pericia, esta pericia se realiza el 22 de abril del 2019, cuando la defensa habría ingresado perito de parte, nunca se los notifico con dicha pericia, venimos a enterarnos con la acusación directa. Afectación del derecho de defensa.
  
4. **FISCAL:** En efecto el abogado presento la solicitud de incorporación de un perito, sin embargo, es necesario anotar que parte de este inconveniente. Puesto que la parte no tomo conocimiento de la pericia, lo normal es que se apersona señalando domicilio en el radio urbano de la provincia de San Marcos, el abogado presento un escrito con un domicilio procesal en Cajamarca, se le notifico que cambie domicilio a la provincia de San Marcos, y el abogado presento posteriormente un escrito sin la firma de su patrocinado, cambiando de domicilio, emitiendo la fiscalía una disposición, donde se le ha precisado que no se va a tener por notificado hasta que presente escrito con la firma de su patrocinado, se ha procurado que el imputado tenga conocimiento del proceso, por otro lado también es necesario tener en cuenta que el escrito que presenta el abogado, sin la firma de su patrocinado, fue presentado en esos momentos en que Medicina Legal informa al Ministerio Publico, que se iba a llevar a cabo la pericia psicológica, y el abogado presento su escrito el 01 de abril del 2019, y la pericia se realiza el 17 de abril del 2019, son momentos en que el Ministerio Publico, no advirtió del escrito, con fecha 23 de abril del 2019, se solicitó la pericia psicológica de la menor, son circunstancias que no se han podido

corregir a tiempo, respecto a la realización de la Cámara Gessel, es necesario tener en cuenta que el abogado de la defensa solicito con el escrito de fojas 19 la participación del perito, pero en Cámara Gessel, y ese ha sido el sentido en que el Ministerio Publico, se ha pronunciado, por lo tanto estas situaciones han escapado a la voluntad del Ministerio Publico, y de la brevedad de lo solicitado, como la advertencia del Ministerio Publico, la pericia psicológica, el abogado ha podido observarla, el abogado alega que su perito de parte no ha participado, sin embargo el art. 180 inciso 1 del C.P.P establece que se le conceda un plazo de cinco días, al imputado a fin de que este pueda realizar las observaciones que considere pertinentes, como es de verse de su escrito presentado si ha hecho una observación de la cámara gessel, y de todo el procedimiento que allí se ha incorporado, si se cuestiona un procedimiento como ese, ha quedado subsistente el procedimiento de la pericia, por tales razones solicito a su judicatura, se admita de este medio de prueba para su actuación en juicio.

5. **ABOGADO:** Por lo general la pericia psicológica se hace luego de la cámara gessel, el domicilio señalado en el escrito, se da un domicilio dentro de la zona urbana, lo expuesto por el Representante del Ministerio Público, es falso, no hay disposición en la cual se manifieste en la que hay fecha y hora para la pericia psicológica y segundo no existe notificación, la defensa no ha sido negligente, ya que se presentó un escrito a fin de que se notifique la fecha de la pericia psicológica, más aun nos informe que ya se había realizado dicha pericia, más cuando el derecho de defensa se vulnera.
6. **FISCAL:** El escrito que presenta el abogado es un escrito sin firma de su patrocinado, me parece que en ningún juzgado se puede admitir un escrito, sin firma del defendido, en todas las disposiciones se hace referencia a la pericia, sin precisar la fecha, salvo por el documento presentado por Medicina Legal en el que se comunica la fecha, ese ha sido el inconveniente, acá ha existido un error, no advertir el documento de medicina legal, pero intención de dejar en indefensión al imputado, sin embargo frente a esta situación se solicita la admisión del documento, ya que el abogado pudo observar la pericia psicológica que data del 02 de agosto del 2019, que el abogado suscribe, no está en la carpeta

fiscal, ya que este se hizo después del requerimiento, por lo demás admito el error **involuntario** que no se le puso en conocimiento del abogado, de la realización de la pericia psicológica.

- 7. ABOGADO:** La defensa se ha visto en indefensión, para que el perito pueda observar la pericia debió estar presente, para hacer observaciones. Respecto a las documentales, no hay oposición". (Resolución Número Cuatro, 19 de setiembre del 2019)

Siendo que, en base a dicha explicación realizada por la defensa técnica, se dio por correcto retirar el elemento probatorio correspondiente a la pericia psicológica.

### **2.7.3. Resolución número cinco respecto del control sustancial de la acusación**

Con fecha del 19 de setiembre del 2019, se emite la RESOLUCIÓN NÚMERO CINCO, en la cual se declara infundado el pedido de sobreseimiento de la defensa técnica del imputado.

### **2.7.4. Resolución número seis respecto del auto de enjuiciamiento**

Con fecha del 19 de setiembre del 2019, se emite la RESOLUCIÓN NÚMERO SEIS, en la cual se dicta el AUTO DE ENJUICIMIENTO contra el acusado F.J.T.S, brindando cinco años con seis meses como propuesta de pena y la suma de S/. 7, 000. 00 (siete mil nuevos soles) a favor de la menor agraviada como reparación civil. Asimismo, se admite la prueba testimonial de J.W.T.R, María Eulalia Reyes Huamán

y Segundo Isidro Tirado Castañeda; como prueba documental se admite la denuncia realizada en sede fiscal, acta de prueba anticipada, la copia simple de la ficha RENIEC de la agraviada, acta de audiencia especial de violencia familiar y el certificado de antecedentes penales del imputado.

## **2.8. Resolución que admite apelación de tutela de derechos**

El 07 de noviembre del año 2019, se emite RESOLUCIÓN NÚMERO CINCO, la cual resuelve avocar al conocimiento de los jueces superiores la presente problemática y admitir a trámite el recurso impugnatorio interpuesto por el abogado de la defensa técnica contra la resolución que declara improcedente el mecanismo de tutela de derechos, convocando a los sujetos procesales a la audiencia de apelación de auto para el 26 de noviembre a horas 12:00 p.m.

## **3. ETAPA DE JUICIO ORAL**

### **3.1. Auto de citación a juicio**

El 08 de noviembre del 2019, se emite la RESOLUCIÓN NÚMERO UNO, la cual resuelve citar a las partes procesales a la audiencia de juicio oral de la presente causa, debiéndose realizar en acto privado el 16 de enero del 2020

### **3.2. Acta de registro de audiencia de apelación de auto y resolución número seis emitida posterior al auto de enjuiciamiento**

Con fecha 26 de noviembre del 2019, se realiza la audiencia respecto del auto que declaró improcedente la tutela de derechos formulada por el abogado de la defensa técnica. Asimismo, en el presente acto, se emite la

RESOLUCIÓN NÚMERO SEIS, donde se concluye el procedimiento sin declaración del fondo, pues, el abogado de la defensa ha referido que la situación de fondo (exclusión de material probatorio de origen ilícito) ya había sido resuelto en control de acusación y, por ende, se decide la sustracción de la materia

### 3.3. Acta de registro de audiencia de juicio oral de fecha 16 de enero del 2020

Con fecha 16 de enero del 2020, se realiza el acta de registro de audiencia de juicio oral, en la cual, una vez acreditados los sujetos procesales, se realizan los alegatos de apertura tanto del Ministerio Público como del abogado defensor. Posteriormente, se pregunta a las partes si existe ofrecimiento de nuevos medios probatorios, de lo cual se establece la siguiente situación:

1. **“FISCAL:** Ofrece como medio de prueba El examen del perito psicólogo Miguel Roncal Alva, que ha suscrito la Pericia Psicológica contra la Libertad Sexual N° 3377-2019-PS-DLCS, que obra a folios 47 a 49 de la carpeta fiscal, prueba que ha sido rechazada en audiencia de control de la acusación por ausencia de notificación por parte del Ministerio Público al abogado defensor, precisando como argumentación especial es que el perito es imparcial y la versión que dará el perito será una versión imparcial y objetiva, por esta razón solicita que se admita este medio de prueba.
2. **ABOGADO DEL ACUSADO:** Solicita que se declare improcedente el pedido del Ministerio Público, en atención que dicha pericia psicológica ha sido obtenida vulnerando el derecho de defensa del acusado, precisando que en ningún momento se le ha notificado a la defensa técnica del acusado para la realización de dicha diligencia, incluso la defensa habría presentado un perito de parte para que pueda presenciar la pericia psicológica; sin embargo, no se les ha corrido traslado de dicha diligencia, es por ello que se ha vulnerado el derecho de defensa del acusado, y el juez en audiencia de control

de acusación rechazó la admisión como medio de prueba de dicha pericia; es por ello que solicita se declare improcedente el pedido del señor fiscal”. (Acta de registro de Audiencia de Juicio Oral, 16 de enero del 2020)

Asimismo, se presentaron documentales por parte del Ministerio Público a lo que el abogado de la defensa técnica solicitó un tiempo prudencial para poder analizarlos, cuestión que hizo que el juez suspendiera la audiencia y reprogramara su continuación.

### **3.4. Acta de registro de continuación de audiencia de juicio oral de fecha 21 de enero del 2020**

Con fecha 21 de enero del 2020, se realiza el acta de registro de continuación de audiencia de juicio oral, en la cual, una vez acreditados los sujetos procesales se da por conveniente continuar con la audiencia de juicio oral. En ese acto, el abogado de la defensa hace su descargo respecto de las últimas documentales ofrecidas por el Ministerio Público.

#### **3.4.1. Resolución que admite la pericia psicológica de la agraviada en juicio oral**

Con fecha 21 de enero del 2020, se emite la RESOLUCIÓN NÚMERO TRES que resuelve admitir como nuevo medio probatorio del Ministerio Público la prueba pericial correspondiente al examen del psicólogo Miguel Angel Roncal Ayala, quien deberá pronunciarse respecto del Informe Psicológico contra la Libertad Sexual N° 003377-2019-PS-DCLS; asimismo, se admiten las demás documentales propuestas por el Ministerio Público

Asimismo, se realizó el examen del imputado y de los testigos; sin embargo, al no acabar con todos los actos necesarios para culminar el juicio oral, se optó por suspender la audiencia y reprogramar su continuación.

### **3.5. Acta de registro de continuación de audiencia de juicio oral de fecha 24 de enero del 2020**

Con fecha 24 de enero del 2020, se realiza el acta de registro de continuación de audiencia de juicio oral, en la cual, una vez acreditados los sujetos procesales, se da por conveniente continuar con la audiencia de juicio oral. En este acto, se realiza el interrogatorio y contra interrogatorio del perito, donde, en este último, el perito responde que al momento de realizar la pericia psicológica no se encontraba presente el perito de parte, y no sabe el motivo por el cual no estuvo presente. Por otro lado, se oralizan las pruebas documentales y se visualiza el DVD que contiene las imágenes y el audio de la entrevista en Cámara Gesell. Asimismo, al no acabar con todos los actos necesarios para culminar el juicio oral, se optó por suspender la audiencia y reprogramar su continuación.

### **3.6. Acta de registro de continuación de audiencia de juicio oral de fecha 29 de enero del 2020**

Con fecha 29 de enero del 2020, se realiza el acta de registro de continuación de audiencia de juicio oral, en la cual, una vez acreditados los sujetos procesales, se da por conveniente continuar con la audiencia de juicio oral. En este acto, se realizan los alegatos finales de las partes donde el abogado de la defensa técnica hace presente al juez que el Ministerio Público quiere probar los hechos con una pericia psicológica que ha sido observada en la etapa intermedia y en juicio también ha sido observada, considerando que dicha prueba es ilícita, debido a que se obtuvo vulnerando

el derecho de su patrocinado, además, no ha existido un argumento especial para ofrecerla como nuevo medio de prueba en juicio oral.

Asimismo, el juez procede a emitir el fallo correspondiente, **CONDENANDO** al acusado F.J.T.S, a cinco años de pena privativa de libertad con carácter efectiva y al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil a favor de la agraviada.

Una vez emitido el fallo, el juez informa a las partes que la lectura de sentencia se realizará el 31 de enero del 2020 a horas 10 de la mañana, quedando notificados en ese acto las partes intervinientes.

### **3.7. Acta de registro de continuación de audiencia de juicio oral y lectura de sentencia de fecha 31 de enero del 2020**

Con fecha 31 de enero del 2020, se realiza el acta de registro de continuación de audiencia de juicio oral, donde el juez deja constancia que no ha concurrido el representante del Ministerio Público ni el acusado ni su abogado defensor; sin embargo, al ser una audiencia que no requiere la concurrencia de las partes se declara válidamente instalada y se procede a dar lectura de la Sentencia N° 17-2020-P.

### **3.8. Sentencia**

Con fecha 31 de enero del año 2020, se emite la RESOLUCIÓN NÚMERO CUATRO conteniendo a la SENTENCIA N° 017-2020-P. De la cual se exponen los siguientes fundamentos:

#### **3.8.1. Fundamentos relevantes de la parte expositiva**

1. “Conforme a la teoría del caso presentada por el señor representante del Ministerio Público, se tiene que el acusado en los meses de agosto y septiembre del año dos mil diecisiete, habría llevado a la menor de iniciales G.M.T.C., mediante engaños y en dos ocasiones a una “cueva” ubicada en el centro poblado de Pauca Santa Rosa, distrito de José Manuel Quiroz, Provincia de San Marcos - Cajamarca, en donde le habría manifestado que tenía un pomo conteniendo una sustancia compuesta con hierbas, huairuros y "leche de hombre", para que le ayude a mejorar en sus estudios y que si lo ungía por sus senos; estos crecerían y sería bonita.
2. Así, en la última oportunidad que la llevo al referido lugar, el acusado realizo tocamientos en los senos de la menor agraviada metiéndole sus manos por debajo de su ropa e intentó tocarle sus genitales, lo cual la menor ha impedido toda vez que salió corriendo del lugar; el acusado en varias oportunidades ha persistido en su discurso con el propósito de que la menor vaya al mismo lugar por lo que la menor puso de conocimiento de sus abuelos paternos y luego de su padre, quienes han denunciado los hechos.
3. El señor representante del Ministerio Pública ha solicitado se le imponga al acusado; la pena de cinco años de pena privativa de libertad, y al pago de una reparación civil la suma de siete mil soles (S/.7,000) a favor de la parte agraviada.
4. La defensa del acusado sostiene como pretensión que se absuelva a su patrocinado de la acusación fiscal por cuanto en la fecha en que se habrían producido los hechos el acusado no se encontraba en el lugar donde se ha precisado que éstos han ocurrido, por tanto, no se considera ser autor del delito que le imputa el Ministerio Público, lo cual se demostrará en el juicio”. (Sentencia N° 017-2020, 31 de enero del 2020)

### **3.8.2. Fundamentos relevantes de la parte considerativa**

1. “Luego de formulado los alegatos de apertura y de que se instruyera al acusado de los derechos que le asiste, este manifestó previa consulta con su abogado defensor, no considerarse responsable del delito que se le imputa, ni de la reparación civil que se le atribuye, por lo que el juicio oral continuo conforme a lo previsto en el Código Procesal Penal.
2. Sobre los medios de prueba la doctrina ha señalado que "prueba es todo aquello que tiene el mérito suficiente y necesario para que en su calidad de medio, elemento o actividad pueda formar en el Juez la certeza de haber alcanzado la verdad concreta que se produjo durante el proceso y de este único modo desvirtuar la presunción de inocencia"; pues, el objetivo de esta está orientado a confirmar o desvirtuar una hipótesis o afirmación precedente.
3. Sobre los medios probatorios actuados se expone que el perito Miguel Ángel Roncal Ayala refiere que ha suscrito el Informe Psicológico contra la libertad sexual N° 003377-2019-PS-DCLS, el cual no ha sufrido ningún cambio a la alteración, ratificándose en su contenido y conclusión que han descrito en dicha evaluación. Precisa que la afectación cognitiva tiene que ver sobre todo con ideas recurrentes en la persona que alteran de alguna manera el estilo de vida y no la dejan desarrollarse adecuadamente, en este caso la menor tenía pensamientos recurrentes de que se encuentra el tío y que la está tocando, y esto altera en su apetito y en su sueño, toda vez que la menor señala que en la noche tranca su puerta y a veces duerme con su abuelita porque tiene miedo. Durante la evaluación de la pericia la menor relata una información coherente entre lo que manifiesta y lo que siente. La actitud de la menor cuando relata los hechos se mostró tranquila y un poco ansiosa. Por el hecho examinado, la agraviada por su edad de doce años, ante un evento así hace que ella tenga bloqueos emocionales, pueda mostrarse fría e incluso tener episodios de amnesia, y por ello se aprecia que hay indicadores de tipo cognitivo y una vulneración física.
4. Sobre la valoración probatoria, se indica que esta es el momento culminante del desarrollo procesal en el que el órgano jurisdiccional debe hacer un análisis crítico y razonado sobre el valor acreditante que los elementos probatorios introducidos tengan. Pues, la valoración de la prueba importa trabajo intelectual

que realiza el juez con la finalidad de otorgar o establecer determinado valor a los elementos de prueba que fueron actuados en el juicio, y es así que en nuestro sistema procesal penal, la prueba según el artículo 158° del Código Procesal Penal, se rige por el sistema de la libre valoración razonada, respetando las reglas de la sana crítica, especial los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y conocimientos científicos. En virtud de ello, el juzgador tiene libertad para evaluar con amplitud los medios probatorios actuados en el juicio sin que éstos tengan asignados un valor predeterminado. **No obstante ello, corresponde previamente a la valoración de las pruebas actuadas en el juicio, verificar que las mismas se encuentran revestidas de licitud, y que en su caso no constituyen pruebas prohibidas, entendidas éstas, como aquellas obtenidas con violación de derechos fundamentales, cuya labor debe ser emprendida de oficio por la judicatura, debido a nuestra primaria y necesaria sujeción a la Constitución Política del Estado; pues, en el presente caso, no se evidencia que las pruebas válidamente incorporadas en juicio adolezcan de ilicitud o puedan ser consideradas pruebas prohibidas, por lo que todas ellas deba ser valoradas.**

5. Sobre la valoración de la conducta acusada respecto de la tipicidad objetiva se mencionado que se ha examinado en juicio al perito Miguel Angel Roncal Ayala, respecto de la pericia psicológica contra libertad sexual N°003377-2019-PS-DCLS, practicada a la menor agraviada quien ha señalado como conclusiones que la menor presenta: i) indicadores de afectación psicológica de tipo cognitivo (miedo encontrarse con el tío, alteración del sueño y la alimentación), muestra indicadores de vulneración física; ii).- presenta evento único de violencia de tipo sexual (tocamientos indebidos); iii).-Personalidad en proceso de estructuración de tipo dependiente, tendiente a ser introvertida, emocionalmente inestable; iv).-Presenta factores de riesgo a nivel personal (baja autoestima, inestabilidad emocional) y familiar (falta de soporte familiar, falta de supervisión en casa por actividad laboral de padres): sobre ello, explica que la afectación cognitiva tiene que ver sobre todo con ideas recurrentes en la persona que altera de alguna manera su estilo de vida y no la deja desarrollarse adecuadamente, en este caso la menor tenía pensamientos recurrentes de que se encuentra el tío y que la está tocando, y esto

altera en su apetito y en su sueño, toda vez que la menor señala que en la noche tranca su puerta y a veces duerme con su abuelita porque tiene miedo, Refiere además, que durante la evaluación de la pericia la menor relata una información coherente entre lo que manifiesta y lo que siente, mostrándose tranquila y un poco ansiosa cuando relata los hechos..

6. Por las consideraciones antes razonadas, genera en el juzgador la absoluta convicción respecto de la responsabilidad penal del acusado F.J.T.S, como autor, del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de actos contrarios al pudor; ilícito penal previsto en el artículo 176-A, inciso 3) del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales G.M.T.C.; correspondiendo añadir, de lo hasta aquí razonado, entre la actividad probatoria desplegada y la naturaleza de las evidencias analizadas y valoradas, existe una conexión racional, precisa y directa por ser esta última una inferencia categórica deducida de la sucesión de hechos precedentemente establecidos, no existiendo una hipótesis alternativa al curso causal de acontecimientos que posibilite decantar en una conclusión diferente, por lo que se ha logrado revertir la presunción de inocencia que le asiste al referido acusado; que amerita una condena justificándose la imposición de una pena en su contra.” (Sentencia N° 017-2020, 31 de enero del 2020)

### 3.8.3. Fundamentos relevantes de la parte resolutive

Se establece la condena de la persona de iniciales F.J.T.S brindando sus datos de identificación como el número de su documento de identidad, su domicilio real consignando en el centro poblado Menor Pauca Santa Rosa del departamento de Cajamarca, su estadio civil, su grado de instrucción, su ocupación, los nombres de sus hijos; asimismo, se establece el título de imputación que ostenta en el proceso penal materia de análisis como el delito por el cual es condenado citando el artículo del Código Penal correspondiente y materializando la cuantía de la pena en cinco años de pena privativa

de libertad; por otro lado, se consigna el centro penitenciario a donde será derivado para que cumpla su condena, disponiendo dicha tarea a la institución del INPE y ordena la ejecución provisional de la sentencia.

Por otra parte, respecto de la reparación del daño, se fija una suma de cinco mil soles a favor de la menor agraviada de iniciales G.M.T.C como consecuencia accesoria al delito.

#### 4. ETAPA DE IMPUGNACIÓN

##### 4.1. Apelación de sentencia

Con fecha 7 de febrero del 2020, se realiza el escrito de apelación por parte de la defensa técnica del imputado respecto de la sentencia de primera instancia que resolvió condenar al ciudadano F. J. T. S a 5 años de pena privativa de libertad por la comisión del delito contra la libertad sexual en su modalidad de actos contra el pudor de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales G.M.T.C.

##### 4.1.1. Fundamentos de hecho y derecho expuestos en la apelación

1. “El investigado designó defensa técnica el día 19 de marzo de 2019 y a la vez se **designó perito de parte. En el escrito presentado se anexó una copia del título profesional del perito psicólogo designado, copia de egresado de su segunda especialidad en psicología forense, criminal y penitenciaria, copia del grado académico de maestro en ciencia criminalística, copia de la constancia de habilidad del perito psicólogo designado, carta de aceptación de cargo**

**como perito psicólogo de parte y la copia de DNI del perito psicólogo de parte**

2. El día 25 de marzo de 2019, el Ministerio Público con la disposición **N° 02-2019-MP-FPP-SM dispone: TENER DESIGNADO COMO PERITO DE PARTE AL LICENCIADO EN PSICOLOGÍA SANTOS HIPÓLITO ARROYO CARRERA A FIN DE QUE EJERZA LAS FACULTADES PREVISTADAS EN EL INCISO 2 DEL ARTÍCULO 177° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, EN LAS PERICIAS DE LA ESPECIALIDAD ORDENADAS POR ÉSTE DESPACHO, ENTREVISTA DE CÁMARA GESELL Y PERICIA PSICOLÓGICA DE LA AGRAVIADA MENOR DE EDAD G.M.T.C.**
  
3. Se tiene que con fecha 26 de marzo de 2019, el representante del Ministerio Público es notificado con **el oficio N° 1184-2019-MP-DML-CAJAMARCA, donde la Dra, Dora Cárdenas Salcedo Jefa de la División Médico Legal II de Cajamarca, INFORMA** la programación de cita psicológica a la menor de iniciales G.M.T.C, **para el día 17 de abril de 2019 a las 07:45 horas.** Se pone de conocimiento que la fecha para la realización de la cita psicológica a la menor de iniciales G.M.T.C, no se informó y tampoco se notificó a la defensa técnica; es más, de la carpeta fiscal y del expediente judicial se puede evidenciar que no existe disposición alguna en la que el representante del Ministerio Público disponga siquiera la fecha y hora de dicha diligencia. Vulnerando de esta manera el principio de igualdad de armas, el principio de legalidad, el derecho a la defensa, el derecho de hacer uso de un experto para presenciar e informar sobre la pericia psicológica.
  
4. Con fecha 06 de agosto de 2019, se interpone tutela de derechos, **solicitando se excluya material probatorio obtenido ilícitamente cuestionando la pericia psicológica N°003377-2019-PS-DCLS, DICHA** solicitud de tutela fue declarada improcedente la misma que la defensa técnica apeló, en paralelo se absolvió el requerimiento acusatorio, haciendo la observación que la pericia psicológica N° 003377-2019-PS-DCLS, devendría en prueba ilícita; ya que, había sido obtenida vulnerando el derecho a la defensa de mi patrocinado, posteriormente con la resolución N° 02 de fecha tres de setiembre de 2019, se cita a la

audiencia **PRELIMINAR DE CONTROL DE ACUSACIÓN para el día 19 de setiembre de 2019 a horas 09:00 de la mañana.** Es menester observar que en la audiencia de control de acusación se observó **la incorporación y aceptación como medio probatorio a la pericia psicológica N° 003377-2019-PS-DCLS,** la que en su momento fue **declarada inadmisibile por haberse obtenido vulnerando derechos fundamentales,** esto es vulnerando el principio de legalidad, el principio de igualdad de armas y el derecho a la defensa, tal como lo manifiesta el juez de Investigación Preparatoria en la audiencia del 09 de setiembre de 2019, **al escuchar el audio presentado en el anexo 1-N, donde a una 1 horas 06 minutos y 18 segundos a 01 hora 10 minutos y 11 segundos,** el Juez de Garantías resuelve:

- El hecho al respecto y con reconocimiento de la fiscalía involuntario o no de este caso, está claro que se trata por lo expuesto por la fiscalía de un tema involuntario, **HAY UNA AFECTACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA PUESTO QUE NO SE HA RESPETADO EL TRÁMITE QUE REGULA EL CÓDIGO PROCESAL PENAL, PARA LA REALIZACIÓN DE UNA EVALUACIÓN PERICIAL,** previsto en el artículo 172 al 180, no se ha respetado el procedimiento puesto que **SE LE HA IMPEDIDO A LA DEFENSA TÉCNICA DEL IMPUTADO PARTICIPAR DE LA DILIGENCIA O DE LA ACTUACION DE LA ENTREVISTA DE LA MENOR AGRAVIA CUYA FINALIDAD ERA PUES REALIZARSE UNA EVALUACION PSICOLÓGICA,** a pesar que el imputado designo un perito que participe de esta actuación, no pudo participar por la razón ya expuesta, en **QUE EN NINGÚN MOMENTO SE LE PUSO DE CONOCIMIENTO LA FECHA DE LA REALIZACIÓN DE ESTA DILIGENCIA, A PARTIR DE ALLÍ HAY PUES UNA EFECTIVA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA,** que no es posible de convalidación aun cuando luego se le haya hecho entrega ya de la pericia realizada, para que como señala la fiscalía pueda presentar las observaciones; las observaciones que puede presentar el perito de parte en el plazo de cinco días al informe o al dictamen oficial, es cuando precisamente este ha podido participar de la entrevista, ha podido dejar anotado allí sus observaciones

y luego el perito oficial en dictamen oficial presenta conclusiones que le resultan al perito de parte en desacuerdo, éste puede presentar las observaciones que crea conveniente, **lo que evidentemente no ha podido realizarse en este caso a pesar de la notificación o que ya ha tenido conocimiento posteriormente del informe pericial,** puesto como repito no ha tenido la oportunidad de presenciar la entrevista; **en ese sentido al haberse vulnerado el derecho de defensa del imputado en la vertiente específica de no haber tenido la oportunidad de participar de esta entrevista a la menor agraviada, cuya finalidad es obtener o realizar una evaluación psicológica, no resulta amparable la admisión como medio probatorio del autor de éste dictamen pericial oficial, pues no se pueden admitir medios de prueba, que sean obtenido o sean actuado con vulneración de derechos fundamentales, en este caso el derecho fundamental, derecho procesal fundamental a la defensa que le asiste a todo investigado, EN ESE SENTIDO NO ADMITO LA EVALUACIÓN PERICIAL DEL PSICÓLOGO FORENSE MIGUEL ÁNGEL RONCAL AYALA** quien depondría de las conclusiones arribadas en el informe Peral N° 003977-2019-P5:00LS, **ESA ES LA DECISIÓN AL RESPECTO.**

5. Como se evidencia del audio de control de acusación el Juez de Garantías no admite la evaluación del perito psicólogo, es más el representante del **Ministerio Público en el minuto 54 con 32 segundos, da la razón a la defensa en el sentido de no haber sido notificado, tal es así que en el minuto 53 con 24 segundos el fiscal a cargo acepta el error, dicho error de no haber notificado a la defensa con realización de la pericia psicológica se evidencia nuevamente en los minutos 57 con 53 segundos al minuto 58 con 12 segundos de la audiencia de control de acusación.**” (Escrito de Apelación de sentencia, 7 de febrero del 2020)

#### 4.1.2. Sobre los errores de hecho y derecho que cometió el a quo

1. “El Fiscal ha sustentado su nuevo pedido de incorporar la pericia **psicológica N° 003377-2019-PS-DCLS**, con tres fundamentos claramente definidos en el audio de juicio, estos son: A. IMPARCIALIDAD DE LOS FORENSES DEL MINISTERIO PÚBLICO; B. LA SUPOSICIÓN DEL FISCAL AL ESTABLECER QUE LA PRESENCIA DEL PERITO DE PARTE NO HUBIERA VARIADO EL DICTAMEN Y C, AL ESTABLECER QUE EN EL JUICIO ORAL SE PODRÁ EXAMINAR PERITO Y EJERCER EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN; a continuación analizamos estos tres fundamentos rebosados por el representante del Ministerio Público.

- **Imparcialidad de los Forenses del Ministerio Público**, Se ha sustentado en el minuto 13 con 58 segundos de juicio oral que los peritos del Ministerio Público se rigen por el principio de imparcialidad; sin embargo, para evitar trasgredir tal principio la Constitución y la norma procesal penal faculta a la parte investigada hacer uso del derecho a la defensa y este a la vez al amparo del artículo 177 inciso 2 nos permite como defensa técnica incorporar un perito de parte, para salvaguardar el principio de imparcialidad, más aún cuando existe prueba de las irregularidades de los forenses del Ministerio Público, tal es el caso del ex perito psicólogo forense del Ministerio Público Alex Roy Rodríguez quien ha sido sentenciado por haber pedido dinero a un procesado Para favorecerlo en pericia en el año 2008, **disminuyendo de esta manera la supuesta imparcialidad que tendrían los forenses del Ministerio Público y justamente para evitar suposiciones y mala praxis en los dictámenes periciales**, es que la ley nos faculta a la defensa técnica de poder participar con perito de parte de tales diligencias, lo cual en el presente caso no se ha cumplido, por motivos que el propio Ministerio Público los ha expuesto, esto es porque se les confundieron los papeles, ya sea por la premura de la pericia, más haya que no se cumplió la guía de procedimientos de entrevista única a víctimas en el marco de la Ley N° 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes

del grupo familiar; y, a niños y adolescentes varones víctimas de violencia, que en sus páginas de la 25 a la 34 establece el procedimiento que se debe seguir para la entrevista psicológica. En conclusión, bajo el primer fundamento emitido por la Fiscalía, éste no tiene sustento legal, más aún cuando se puede evidenciar con datos objetivos que la imparcialidad de los peritos forenses del Ministerio Público son Investigados y hasta sentenciados por delitos de corrupción, y sumando que la participación del perito de parte garantiza el derecho a la defensa y atestigua se cumpla con este tan sonado y citado principio de imparcialidad.

- **La suposición del fiscal al establecer que la presencia del perito de parte no hubiera variado el dictamen.** Esta suposición realizada por el representante del Ministerio Público carece de toda validez y a la vez es atentatoria contra el derecho de defensa de mi patrocinado regulado tal derecho en el artículo 71° del Código procesal penal en concordancia con el artículo 177 inciso 2 del mismo cuerpo normativo; que faculta a la defensa técnica hacer uso de perito de parte en las diligencias de cámara gesell y entrevista psicológica. Es por ello, que lo estipulado por parte de la fiscalía no solo vulnera el derecho de defensa, sino que también desacredita acuerdos internacionales, y con ello desacredita la presencia del perito de parte a la hora de realizar sus labores de observación y recomendaciones para el esclarecimiento de los hechos en el proceso penal. En el nuevo sistema procesal penal, se garantiza el respeto de principios de legalidad, buena fe, oralidad e igualdad de armas. **En el presente caso, Ministerio Público no solo ha contravenido su propia guía interna, para la realización de la entrevista psicológica y posteriormente la realización de la Cámara Gesell, sino que también ha puesto indefensión a mi cliente, con ello privándolo de su derecho de ejercer el contradictorio y marchitando el principio de igualdad de armas. Se evidencia con ello que el a quo al momento de valorar este medio probatorio ilícito, ha validado la vulneración al derecho a la defensa, al debido proceso**

ratifica que Ministerio Público incumpla su guía de procedimientos para la realización de Cámara Gesell.

- **Vulneración al principio de contradicción.** La razón de la defensa de participar de la entrevista psicológica a través de perito psicólogo de parte es la de ejercer el derecho de contradecir los argumentos que el Ministerio Público sustente utilizando la pericia psicología en mención, para ello, es obligatoria la presencia del perito psicólogo en el mismo instante en que se realiza la entrevista, ya que, en ese momento el perito de parte puede dejar anotadas sus observaciones tal como lo establece el artículo 177° del Código Procesal Penal; sin embargo, el fiscal provincial ha sustentado que por la premura del tiempo se realizó la pericia psicológica antes de la Cámara Gesell, pretendiendo sustentar su pedido en el artículo 177 inciso 3, que por urgencia o simplicidad la pericia psicológica se podría hacer de inmediato, empero este sustento es del todo contradictorio con la realidad de caso, tal es así que la misma denuncia se produjo pasado dos años del supuesto acto criminal, lo que en primero momento evidencia la no urgencia de dicha diligencia y en segundo lugar dicha diligencia por su naturaleza no califica como simple; es clara la vulneración a este nivel no solo el derecho defensa, sino que también a los principio reguladores del derecho penal.
2. El a quo al admitir la pericia psicológica que constituye material ilícito, **ha sustentado su decisión en el fundamento quinto y sexto del Recurso de Nulidad N° 420-2018** Cajamarca, el mismo que no se refiere en ninguno de sus extremos de material probatorio adquirido ilícitamente, el contenido de dicho recurso se sustenta en la ausencia del fiscal en las declaraciones policiales que habrían emitido la agraviada y los testigos. Entonces el presente recurso de nulidad se sustenta en la doctrina elaborada por la Gran Sala del Tribunal Europea de Derechos Humanos recaída en la sentencia AI KHAWAWAJA Y TAHERY CONTRA REINO UNIDO, bajo este supuesto existirían tres criterios de comprobación que debieron analizarse conjuntamente tales como:

- **SI HABÍA UN MOTIVO JUSTIFICADO PARA LA NO CONTRADICCIÓN EN LA ACTUACIÓN DEL ACTO DE APORTACIÓN DE HECHOS** - sin duda, en el presente caso, por las manifestaciones del fiscal provincial se evidencia que existió una confusión en la documentación minutos 20:23 a 21:06 de la audiencia de juicio, lo que no puede ser tomado como motivo JUSTIFICADOR para la no contradicción, ya el caso antes citado (AL — KHAWAJA Y TAHERY VS REINO UNIDO), evidencia que una de las mujeres que imponía cargos en su contra habría muerto antes del juicio y que su declaración policia fue leída al jurado; en nuestro caso se evidencia la negligencia del fiscal provincial en la investigación realizada un motivo justificado hubiera sido por **ejemplo que la defensa técnica presentara a su perito de parte un día antes de la diligencia y que por obvias razones éste no hubiera podido participar**; pero no es aceptable alegar que por confusión en la carpeta fiscal se vulnera el derecho de defensa de un ciudadano.
  
- **SI LA DECLARACIÓN DE LA VICTIMA Y DE SUS FAMILIARES (TESTIGO PRESENCIALES) SERIAN EL FUNDAMENTO ÚNICO O DETERMINANTE PARA LA DECISION**, el caso que se analiza en el recurso de nulidad se encuentra en el supuesto de que solo existen las declaraciones de los testigos por lo que de manera excepcional se debe tomar sus declaraciones para llegar a la verdad procesal, aun cuando no estuvo presente el Ministerio Público, teniendo en cuenta el lugar donde se cometió el hecho y la deficiencia para llegar a dicho sitio.
  
- Por otro lado, se debe analizar si **HABÍA ELEMENTOS DE COMPENSACIÓN, PRINCIPALMENTE SÓLIDAS GARANTÍAS PROCESALES SUFICIENTES PARA CONTRARRESTAR LAS DIFICULTADES CAUSADAS A LA DEFENSA Y ASEGURAR LA EQUIDAD DEL PROCEDIMIENTO**, en la misma línea de argumentación este tercer supuesto no se cumple en nuestro caso, ya que **ha quedado demostrado en las reiteradas participaciones en audiencias de control y juicio que el motivo por el cual el fiscal provincial omite a la**

**defensa de la diligencia de pericia psicológica se ha producido por confusión en la documentación según lo manifestó por el propio representante del Ministerio Público.** Evidenciándose con ello, que las incomodidades causadas a la defensa han generado el estado de indefensión de mi cliente, toda vez que su derecho a la defensa y el control de dicha diligencia no se ha producido.

3. En conclusión, el sustento para **la aplicación del recurso de nulidad N° 420-2018**, no se ajusta en ninguno de sus tres criterios al caso en concreto, por lo que la incorporación de la pericia psicológica para ser valorada en juicio no solamente deviene en ilícita sino que también al sustentar el a quo su sentencia en prueba prohibida y teniendo como sustento un recurso no aplicable al caso en concreto deviene en prevaricador el fallo emitido, el cual el ad quen deberá corregir en su oportunidad”. (Escrito de Apelación de sentencia, 7 de febrero del 2020)

#### **4.1.3. Sobre el agravio causado con la resolución impugnada**

1. “Durante la investigación y la realización del juicio oral, se advierte la vulneración a principios y derechos fundamentales del proceso penal peruano, incluido la mala interpretación del Recurso de Nulidad N\* 420- 2018 y la incorporación de prueba ilícita y testigos contaminados en juicio; es así y bien sabido que el proceso penal y el derecho penal se rigen por principios y garantías, toda vez que, la barrera legal que existe frente al lus Puniendi estatal y el ciudadano es el derecho de defensa, con ello se garantiza lo plasmado en el Constitución Política del Estado en su artículo 2 inciso 23.
2. El debido proceso trae consigo el principio de igualdad de armas durante todo el proceso penal, esto es desde los actos de investigación hasta la etapa de juicio oral, este principio implica equilibrio en las posiciones de las partes procesales, equivalencia de oportunidades, homogeneidad razonable de medios de identidad de facultades para el desempeño de sus respectivos roles, con la finalidad constitucional de equiparar las desventajas

reales del acusado, frente a la posición privilegiada del ente acusador. **Para el penalista español Joaquín López Barba de Quiroga, esta garantía se concreta en el derecho de la defensa a tener las mismas posibilidades de la acusación, a ser oída y a evacuar la prueba, en las mismas condiciones, en el plano meramente normativo, es uno de los principios inherentes a la persona humana, un valor superior, una garantía de los imputados por un hecho delictivo,** En el presente caso este principio se vio vulnerado cuando la defensa técnica no pudo acceder a la sección de pericia psicológica, diligencia que por ley la defensa técnica puede participar más aun cuando se presentó y fue aceptado por disposición fiscal el perito de parte ofrecido por esta defensa, En este caso se ha puesto en estado de indefensión a mí patrocinado, mientras que el órgano de persecución penal ha accedido directamente a evaluar a la **menor de iniciales G.M.T.C.** al perito de parte no se le permitió presenciar dicha diligencia y dejar sus observaciones que por su profesión la ley lo facultaba. **ESTE ACTUAR ILÍCITO DEL MINISTERIO PÚBLICO,** no solo ha llevado a vulnerar el derecho a la defensa de mí patrocinado, sino que también la propia guía de evaluación psicológica del Ministerio Público; **en tal sentido es evidente la vulneración del principio de igualdad de armas.**

3. Por otro lado, **en cuanto al contenido esencial del derecho a la defensa, la Corte Internacional de Derechos Humanos (la Corte) ha establecido que este derecho es un reflejo intrínseco del derecho al debido proceso, en la medida que este último derecho se ha de entender como** “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o Judicial, que pueda afectarlos”.
4. El derecho a la defensa, entonces, es un componente central del debido proceso que **determina y obliga al Estado a que trate al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso,** en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo. En tal sentido, el derecho a la defensa debe ejercerse necesariamente desde que se sindic

(imputa) a una persona como posible responsable (autor) o cooperador (partícipe) de un hecho punible penalmente y sólo culminará cuando finaliza el proceso, incluyendo, según la Corte, **también la etapa de ejecución de la pena. Se evidencia entonces con lo antes desarrollado la vulneración al derecho de defensa, no permitiendo la participación de la defensa en la investigación y aceptando prueba ilícita en juicio oral, testigo que ha presenciado el alegato de apertura y el interrogatorio al imputado.**

5. **En conclusión:** mi patrocinado ha sido sentenciado, faltando al debido proceso, vulnerando principios fundamentales, **introduciendo prueba ilícita y atentando contra el derecho a la defensa, privándolo de esta manera de su libertad siendo una persona inocente, lo que solicitamos sea corregido”** (Escrito de Apelación de sentencia, 7 de febrero del 2020)

#### 4.2. Resolución que concede el recurso de apelación

Con fecha 14 de febrero del 2020, se emite la resolución número cinco la cual resuelve conceder el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor del sentenciado F.J.T.S, contra la Sentencia N° 17-2020-P.

#### 4.3. Sentencia de segunda instancia

Con fecha de 19 de mayo del 2021, se emite la SENTENCIA N° 62-2021, pronunciándose sobre el recurso de apelación interpuesto por el abogado de la defensa técnica en contra de la SENTENCIA N° 17-2020-P, emitida por el juez del Juzgado Unipersonal de San Marcos.

##### 4.3.1. Fundamentos relevantes de la parte expositiva

1. El juez emitió la sentencia N° 17-2020-P, contenida en la resolución N° 4 de fecha 31 de enero de 2020, amparándose en que en la entrevista en cámara Gesell -actuada en calidad de prueba anticipada y oralizada en la audiencia de juicio oral-, la agraviada sindicó de manera enfática a la persona que le realizó los actos contra el pudor, dio detalles de cómo ocurrieron los hechos, el lugar y la hora aproximada, advirtiéndose además persistencia, solidez y coherencia en su incriminación. Por otra parte, en el plenario el perito psicólogo Miguel Ángel Roncal Ayala, respecto de la pericia psicológica N° 3377-2019-PS-DCLS practicada a la menor, entre otros aspectos aludió que, durante la evaluación la peritada reveló una información coherente entre lo que dice y siente, mostrándose tranquila y un poco ansiosa cuando cuenta lo sucedido en su agravio. Por lo que, un evento de esta naturaleza -por la edad de la agraviada- permite que tenga bloqueos emocionales, pues se muestra fría e incluso presenta episodios de amnesia, apreciándose en ella indicadores de afectación psicológica de tipo cognitivo y una vulneración física.
2. Para el recurso de apelación se establece que el juez se agenció de material probatorio ilícito para sustentar la sentencia condenatoria, el cual recae en la pericia psicológica N° 3377-2019-PS-DCLS practicada a la agraviada. Considera que es ilícita, porque en ella no participó el perito de parte del procesado, por lo que transgrede el derecho a la defensa que le asiste a su patrocinado. Aunado a lo anterior, se tiene que esta pericia -a petición de la defensa del procesado-, en la audiencia de control de acusación fue excluida; empero, en juicio oral el juez -a solicitud de la fiscalía- la admitió como nuevo medio de prueba”. (Sentencia N° 62-2021, 19 de mayo del 2021)

#### **4.3.2. Fundamentos relevantes de la parte considerativa**

1. “Ahora bien, el cuestionamiento del impugnante está referido a que, el juez se agenció de material probatorio ilícito para sustentar la sentencia condenatoria, el cual recae en la pericia psicológica N° 3377-2019-PS-DCLS practicada a la agraviada.

Considera que es ilícita, puesto que en ella no participó el perito de parte del procesado, por tanto, transgrede el derecho a la defensa que le asiste a su defendido. Aunado a lo anterior, señala que esta pericia -a petición de la defensa técnica del procesado-, en la audiencia de control de acusación fue excluida; empero, en juicio oral el juzgador -a solicitud de la fiscalía- la admitió como nuevo medio de prueba.

2. Sobre el particular, estima este Superior Tribunal que, en principio corresponde remitirnos a cotejar lo que el a quo sostuvo para admitir el examen en juicio oral del perito psicólogo Miguel Ángel Roncal Ayala, respecto de la pericia psicológica N° 3377-2019-PS-DCLS practicada a la agraviada. Así pues, mediante resolución 3 de fecha 21 de enero de 2020 -después de que las partes procesales emitieran sus correspondientes posturas-, el juez resolvió admitir dicho medio de prueba, conforme al artículo 373<sup>o</sup>.2 del CPP, por los siguientes fundamentos:

- Considera que dicha pericia, es una prueba importante, pues el perito psicólogo de la División Médico Legal del Ministerio Público actuó en función al principio de imparcialidad, por tanto, la misma está dotada de validez. Y, si bien es cierto fue obtenida sin la presencia del procesado ni de su abogado; sin embargo, denegar solo por ese hecho resultaría parcializado, dado que se afectarían otros derechos trascendentales que le asiste tanto a la agraviada como al Ministerio Público, como son a la no discriminación, al acceso a la justicia que reviste de relevancia en esta clase de delitos, el ius puniendi del Estado reflejado en la persecución de conductas ilícitas; en concordancia con las exigencias establecidas en el Recurso de Nulidad N° 420-2018/Cajamarca (...)

3. En este orden de ideas, en consonancia a lo sustentado por el a quo, considera este tribunal que, el hecho que no se haya encontrado el abogado defensor del procesado en el acto de evaluación psicológica de la agraviada, no conlleva automáticamente a que se asuma que ha existido una afectación al contenido esencial del derecho a la defensa de su patrocinado, tampoco se aprecia vulneración al contenido esencial de algún derecho fundamental, por lo que, no existe sustento para dejar de

valorar este medio de prueba y menos aún para considerarlo como una prueba ilícita.

4. Bajo tal contexto, a fin de resolver la presente controversia conviene traer a colación el Recurso de Nulidad N° 420-2018/Cajamarca invocado por el juez de primera instancia, para tal efecto nos remitimos a la parte pertinente de su fundamento jurídico 7, en el que establece que:

- “Frente a la ausencia de declaración de la víctima y de los testigos de cargo en sede jurisdiccional y en cumplimiento del principio de contradicción es del caso citar la doctrina elaborada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en la sentencia Al-Khawawaja y Tahery contra Reino Unido, del quince de diciembre de dos mil once; reiterada en la sentencia Schatschaschwili contra Alemania, del quince de diciembre de dos mil quince. Según esta doctrina, existen tres criterios de comprobación, que han de analizarse en conjunto: (i) si había un motivo justificado para la no contradicción en la actuación del acto de aportación de hechos (...); (ii) si la declaración de la víctima y de sus familiares (testigos presenciales) serían el fundamento único o determinante para la decisión (...); y, (iii) si había elementos de compensación, principalmente sólidas garantías procesales suficientes para contrarrestar las dificultades causadas a la defensa y asegurar la equidad del procedimiento, a más importancia de las declaraciones sin contradicción más sólidos los elementos de compensación. Estos elementos de compensación están en función no solo a la coherencia, precisión y detalle circunstancial del testimonio incriminador (...); sino también, y preponderantemente, la existencia de otras pruebas que corroboren el testimonio único o preponderante -los informes periciales y ratificación consiguiente”.

5. De acuerdo con lo descrito en este recurso de nulidad, el órgano jurisdiccional revisor sostiene que:

- En cuanto al primer presupuesto, referido a si había un motivo justificado para la no contradicción en la actuación del acto de aportación de hechos. - En el caso que nos atañe, si bien el abogado de la defensa no concurrió a la entrevista psicológica de la agraviada, por una negligencia del fiscal encargado de la investigación - conforme dicho ente lo ha afirmado en juicio oral, por un traspapeleo de documentos-; empero, el derecho a la defensa que aquél alude fue debidamente ejercido durante la etapa de juzgamiento, por esta razón es que incluso, al momento de examinar al citado perito, se le permitió realizarle las preguntas que consideraba pertinentes, ejerciendo así su derecho de contradicción. Además, el abogado del procesado en la audiencia de apelación señaló que considera que tanto la entrevista en cámara Gesell como la pericia psicológica practicadas a la agraviada, no son disímiles entre sí, es decir, ambas concluyen en lo mismo, por lo que, estaría conforme con lo establecido en ellas.
- Sobre si la declaración de la víctima y de sus familiares (testigos presenciales) serían el fundamento único o determinante para la decisión. - En el presente caso la prueba refutada, se trata de la evaluación psicológica practicada a la víctima, la cual es de suma importancia, para determinar si aquélla a raíz del acto vulneratorio en su agravio, presentó algún daño sobre todo de naturaleza extrapatrimonial (emocional y/o moral); así como para verificar si ésta en su relato fue coherente y persistente en su sindicación inculpativa. Por lo que, merece ser valorada.
- Respecto a si había elementos de compensación, principalmente sólidas garantías procesales suficientes para contrarrestar las dificultades causadas a la defensa y asegurar la equidad del procedimiento, a más importancia de las declaraciones sin contradicción más sólidos los elementos de compensación (...) - En efecto, en el caso materia en análisis, existe un elemento sólido que tiene la calidad de prueba anticipada, nos referimos a la entrevista única en cámara Gesell de la agraviada, en donde ésta enfática y detalladamente -sin ningún tipo de

contradicción- sindicó al procesado como la persona que le realizó actos contra el pudor en sus senos, conduciéndola con dicho fin a un lugar solitario, aprovechándose de la confianza que le había brindado y también de su edad, pues a la data de los hechos contaba con menos de 12 años. Versión que se encuentra corroborada con suficiencia con la pericia psicológica N° 3377- 2019-PS-DCLS° que se le practicó a aquélla y la cual fue ratificada por su otorgante en el plenario”.

6. De esta manera, carece de sustento la alegación vertida por el apelante en este extremo, tanto más si éste se encontró presente en el desarrollo de la entrevista única de cámara Gesell, conforme aparece a fs. 84 del expediente judicial, entonces, conoció perfectamente los cargos imputados por la menor contra su patrocinado, lo cual evidentemente le permitió elaborar su teoría del caso, no advirtiéndose, por ende, ninguna vulneración a su derecho de contradicción ni a la defensa, como erradamente lo arguye”. (Sentencia N° 62-2021, 19 de mayo del 2021)

#### 4.3.3. Fundamentos relevantes de la parte resolutive

1. **“SE RESUELVE DECLARAR INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del sentenciado, en contra de la sentencia N° 17-2020-P emitida por el juez del Juzgado Penal Unipersonal de San Marcos, contenida en la resolución N° 4 de fecha 31 de enero de 2020, que resolvió condenar a F.J.T.S., como autor del delito contra la libertad sexual, en su modalidad de actos contra el pudor de menor de edad, en agravio de G.M.T.C.; y como tal le impuso 5 años de pena privativa de libertad efectiva; así como el pago de S/. 5,000 (cinco mil nuevos soles), esto por concepto de reparación civil, en favor de la menor agraviada.
2. Asimismo, ordenó se brinde al sentenciado tratamiento terapéutico para agresores sexuales (TAS), conforme a lo establecido en el artículo 178-A° del Código Penal; con costas. Con lo demás que

contiene, conforme a ley.” (Sentencia N° 62-2021, 19 de mayo del 2021)



## CAPÍTULO SEGUNDO: PROBLEMAS Y ANÁLISIS

### 1. PROBLEMAS EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

#### 1.1. Realización de diligencias sin aviso al perito de parte

Al inicio del proceso, en la subetapa de diligencias preliminares, se dio por conveniente por parte de la defensa técnica del investigado la postulación de un perito de parte para que pudiera brindar un análisis propio del examen y observaciones de la pericia que iba a realizar el perito oficial.

En este sentido, el CPP en su artículo 177<sup>2</sup> faculta a los sujetos procesales a realizar dicho acto de postulación, dando cuenta que el perito de parte podrá estar presente en las operaciones periciales del perito oficial con la finalidad de acentuar alguna observación que dé por conveniente.

Es así como Oré (2016, p. 573), estableciendo algunas diferencias entre el perito oficial y el perito de parte, señala que:

“(…) podemos identificar, por un lado, a los peritos de oficio, que son aquellos que han sido designados y nombrados por la autoridad judicial, ya sea de forma oficiosa (perito de oficio a iniciativa oficiosa) o a petición de parte (perito de oficio a iniciativa particular), lo que sugiere que es el mismo juez quien selecciona al perito de entre todo un grupo siguiendo los criterios establecidos en el artículo 173 CPP de 2004 }; y, por el otro, a los “peritos de parte”, que son los propuestos por las partes, habiendo estas efectuado privadamente su elección sobre la persona que quieren que lo represente como experto controlador de las operaciones periciales que realizan los peritos de oficio que se hubieren designado.”

---

<sup>2</sup> “Artículo 177: (...) 2. El perito de parte está facultado a presenciar las operaciones periciales del perito oficial, hacer las observaciones y dejar las constancias que su técnica les aconseje (...)”

Teniendo esta idea como antecedente, observamos que, realizándose una adecuada designación del perito de parte, donde para el presente caso, es el mismo Ministerio Público quien mediante la emisión de una disposición acepta su postulación e indica los actos de investigación en los cuales el perito de parte debe de estar presente para el respeto al derecho de defensa del imputado, resulta coherente que, existiendo una correcta comunicación y respeto de las normas procesales, el perito de parte haya podido ejercer todas las facultades que se le conceden.

## **1.2. Problemática desencadenada en etapa de investigación que tiene efectos a lo largo de todo el proceso**

La falta de comunicación por parte del Ministerio Público sobre la pericia psicológica practicada a la agraviada es el desencadenante de la problemática que acompaña al proceso en el diversos de sus etapas; sin embargo, esta tiene su nacimiento en la subetapa de diligencias preliminares, momento estelar de realización de los actos urgentes e inaplazables en todo proceso penal, y momento en el cual se realizó este acto de investigación.

Sobre esto, se tiene que la deficiencia cometida por el Ministerio Público consta en no hacerle de conocimiento a la defensa del imputado ni al perito de parte designado sobre la realización de la mencionada pericia psicológica, impidiendo que este pueda presenciar el momento en que se practique dicha pericia y realizar sus observaciones, teniendo en cuenta que, posteriormente fue ofrecida como elemento de cargo que coadyuvó justificar una acusación directa y un posterior enjuiciamiento

### **1.2.1. Las consideraciones al elemento de prueba obtenido**

Como se observa del devenir del proceso penal de la presente causa, la defensa técnica del imputado sostiene en todo momento la existencia de una prueba ilícita correspondiente a la pericia de la agraviada, pues, al no comunicar de la diligencia realizada para que el perito de parte pueda realizar su análisis pertinente, se estaría cometiendo una vulneración al contenido esencial del derecho de defensa del imputado. Bajo este supuesto, al presentar acusación directa, el Ministerio Público estaría fundando su requerimiento en un elemento de convicción y ofreciendo un elemento de prueba proscrito por el Título Preliminar del ordenamiento procesal penal peruano<sup>3</sup>. Siendo que, ante su falta de respeto por las garantías y derechos fundamentales del procesado, dicho elemento de prueba se habría tenido que apartar con una actuación objetiva y diligente del Ministerio Público.

Al no suceder lo descrito en líneas atrás y postular la prueba pericial como elemento para su actuación en juicio oral se estaría vulnerando incluso otros principios reconocidos al imputado, dejándolo en indefensión y cometiendo graves perjuicios contra este.

### **1.2.2. La vulneración al principio de legalidad**

El principio de legalidad es la muestra expresa de la imposición al respeto a los procedimientos previamente establecidos para el juzgamiento e imposición de una sanción a una persona que cometió algún delito tipificado el CP. Clariá (2008, p. 62) señala que “El principio de legalidad, verdadera base del sistema penal liberal, enfáticamente

---

<sup>3</sup> “Artículo VII.- legitimidad de la prueba: 1. Todo medio de prueba será valorado solo 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 (...)”

defendido desde los tiempos de Beccaria, es uno de los elementos fundamentales de la seguridad jurídica”

Es así como, el ciudadano promedio debe saber que procedimientos va a abordar dentro del proceso penal hasta su condena o absolución. En este orden de ideas el CPP se encarga de ordenar y sistematizar en diversos apartados el tratamiento que se va a realizar de las diferentes etapas procesales y de las divergencias que pueden ocurrir en cada una de ellas, de esta forma, como mencionamos antes, el CPP establece en su artículo 177 las facultades que ha de ostentar el perito de parte que ha sido designado para el conocimiento de alguna causa, comprendiendo que, de la omisión al respeto de esta norma procesal no solo se vulnerará el derecho de defensa del imputado, sino también existirá un perjuicio al principio de legalidad, pues la conducta contraria a lo indicado por el CPP demostraría una despreocupación por el cumplimiento de las normas procesales claras y expresas para el tratamiento de las personas inmiscuidas en un proceso penal, colocando al imputado en una posición de indefensión ante la abrumadora persecución estatal.

Por su parte, no solo encontramos la vulneración a la norma procesal antes mencionada, sino que, de lo expuesto anteriormente, podemos establecer que de haberse inmiscuido una prueba prohibida al proceso penal, también se estaría contrariando la descripción del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

### **1.2.3. La vulneración al principio de igualdad de armas**

Este principio expresa la necesidad de una igualdad de oportunidades procesales para las partes que dualmente forman el proceso, es decir,

no se puede dar algún privilegio a una parte, sin la obligación de concederlo también a la otra; en ese sentido, la relación encargada de la institución persecutora del delito no debe crear contextos de privilegios procesales únicos para sí y de indefensión para la parte acusada, mas aun, cuando el ordenamiento procesal faculta posibilidades para que el acusado proponga otros medios que ha su discreción pueden coadyuvar al esclarecimiento del delito (el perito de parte en este caso), de la misma forma, San Martín (2015, p. 65) expresa que:

“En virtud de este principio se requiere que se establezcan las condiciones objetivas que aseguren la actuación equitativa de las partes y se eviten privilegios irrazonables de alguna de ellas (...) El principio de igualdad de armas exige una conducta correcta de la administración de justicia punitiva en la persecución del delito y que inevitablemente genere desventajas para el imputado, a partir de lo cual el proceso incorpora salvaguardas jurídico-procesales a las partes, en especial al imputado, con la finalidad de tener influencia en el desarrollo y los resultados del proceso”

Es así como, el principio de igualdad de armas brinda una serie de pautas a respetar para que ambas partes, tanto acusador como acusado, puedan ejercer facultades dentro del proceso en igualdad de condiciones, aunándose al respeto mutuo y teniendo en cuenta la objetividad de la cual son partidarios los representantes del Ministerio Público, principio que guía a la institución en el esclarecimiento del delito y la persecución de cualquier sujeto.

#### **1.2.4. La vulneración al principio de contradicción**

Si bien, el momento estelar de verificar la posibilidades de contradicción en un proceso penal se da en la etapa de enjuiciamiento, esto no la hace a este principio exclusivo de dicha etapa; sino que, la contradicción se debe de visualizar también en la etapa de investigación preparatoria donde se brinda las posibilidades a las partes de alegar y brindar consideraciones que crean pertinentes en pro de defenderse y establecer de manera más clara su posición y el esclarecimiento del hecho delictivo; es así que, Arbulú (2015, p. 11) expresa que “Las pruebas tienen que estar sujetas cuando sean necesarias a la refutación por la parte afectada. No permitir el ejercicio de este principio, sería atentar contra el debido proceso y, concretamente, contra el derecho a la defensa.”

Sabiendo de esta forma que, el elemento probatorio que ha intentado ingresar el fiscal se ha visto imposibilitado de poder ser observado conforme las normas del CPP por el perito de parte ofrecido por la defensa técnica y que, esta situación ha sido creada por el Ministerio Público cuando ha evitado brindar comunicación de este acto de investigación a la defensa del imputado, la parte ha quedado desprotegida ante las posibilidades que el ordenamiento le ha brindado (y que la parte ha solicitado adecuadamente) para fiscalizar la actividad del perito oficial y brindar un punto de vista nuevo.

## **2. PROBLEMAS EN LA ETAPA INTERMEDIA**

### **2.1. La tutela de derechos y la acusación directa**

El ordenamiento procesal penal contempla dos figuras que, para el presente caso, crean controversia, pues, el planteamiento de una acusación directa reduce significativamente la posibilidad de emplear la tutela de derechos; sin



en la subetapa de diligencias preliminares, se brinda la posibilidad al fiscal de omitir la subetapa de investigación preparatoria formalizada y emitir una acusación hacia el investigado. De esta manera, siguiendo lineamientos en favor de la economía procesal y partiendo de la consideración que el representante del Ministerio Público ha logrado situarse en el estándar de una sospecha suficiente<sup>4</sup>, se posibilita al amparo del artículo 336 inciso 4<sup>5</sup>, la realización de una acusación directa; de igual forma, debemos exigir que el representante del Ministerio Público sustente su requerimiento sobre criterios objetivos suficientes para justificar el enjuiciamiento y realice un juicio de probabilidad sobre la futura condena.

### **2.1.2. La tutela de derechos en el proceso penal**

La tutela de derechos es un mecanismo por el cual se intenta proteger los derechos del imputado al momento de las diligencias preliminares y la investigación formalizada propiamente dicha; asimismo, se debe entender que este mecanismo es residual, lo que quiere decir que no podrá discutirse la vulneración de un derecho que tiene un tratamiento único por una vía ya definida por el ordenamiento procesal penal (el plazo razonable se discute en audiencia de control de plazo, a manera de ejemplo).

---

<sup>4</sup> La Corte Suprema ha establecido el grado de idónea sospecha para la formulación de una acusación (Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116 y Casación N° 626-2013 Moquegua), asimismo, se señala que debe ser acorde a la posibilidad de una futura condena, dejando el alto grado de probabilidad para lo considerado como “sospecha fuerte”

<sup>5</sup> “Artículo 336.- Formalización y continuación de la investigación preparatoria: (...) 4. El fiscal, si considera que de las diligencias actuadas preliminarmente establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, podrá formular directamente acusación”

### 2.1.2.1. La posibilidad de solicitar una tutela de derechos en etapa intermedia

Como hemos podido apreciar en el apartado anterior, el plazo para interponer el mecanismo de tutela de derechos es único, asimismo, el artículo 71 inciso 4<sup>6</sup>, bajo el imperio del principio de legalidad específica que únicamente durante la etapa de investigación preparatoria se posibilitará que se realice una audiencia para verificar si alguno de los derechos que se pueden proteger mediante esta vía ha sido vulnerado, pasado este tiempo, se deberá comprender que la posibilidad de su planteamiento a precluido y que, estando en etapa intermedia no se puede reaperturar una etapa ya culminada como es la etapa de investigación preparatoria.

Por otro lado, no podemos dejar pasar de lado el argumento del abogado de la defensa técnica para el presente caso, que citando al Acuerdo Plenario 06-2010/CJ-116, intenta explicar que se facultaría la posibilidad de realizar una tutela de derechos en la etapa intermedia en los casos que exista una acusación directa de por medio. Consideramos que este argumento es una mala interpretación del mencionado plenario, pues, lo que realmente expresa es que si bien el requerimiento de acusación directa cumple con las funciones de la disposición de la investigación preparatoria, en ningún apartado se menciona que tiene los mismos efectos de haber formalizado la investigación preparatoria, pues, de

---

<sup>6</sup> “Artículo 71.- Derechos del Imputado: (...) 4. Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediateamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes”

ser así, la figura de acusación directa perdería sentido y daría pie a que incluso después de requerir la acusación se justifiquen actos de investigación y la posibilidad de interponer mecanismos propios de la etapa de investigación preparatoria lo cual sin duda sería un error. De lo anterior mencionado, explicamos que el plenario comentado no puede interpretarse conforme lo estipula el abogado de la defensa técnica, pues, es el mismo plenario quien precisa lo que significa cumplir con las funciones de la disposición de formalización de la investigación preparatoria<sup>7</sup>, no pudiendo identificar en ningún momento la posibilidad de plantear una tutela de derechos, tal como ha fundamentado el abogado de la defensa técnica.

#### **2.1.2.2. Los derechos que se protegen en la tutela de derechos**

Como hemos establecido anteriormente, la tutela de derechos es un mecanismo que coadyuva a la defensa de los derechos del imputado cuando estos pueden verse vulnerados en la etapa de investigación preparatoria; siendo esto así, este mecanismo ejerce su protección en concordancia con los derechos glosados por el inciso 2 del artículo 71<sup>8</sup>; asimismo, la Corte Suprema ha

---

<sup>7</sup> Acuerdo Plenario 06-2010/CJ-116, "(...) 12. Conforme a lo expuesto el requerimiento acusatorio, en el procedimiento de acusación directa, cumple las funciones de la disposición de formalización de la investigación preparatoria en la etapa de investigación. Es decir: (i) individualiza al imputado y señala los datos que sirven para identificarlo (...)" Observando que en ningún momento brinda los alcances establecidos por el abogado de la defensa técnica.

<sup>8</sup> "Artículo 71.- Derechos del Imputado: (...) 2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a: a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda; b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata; c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor; d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia; e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción

especificado los alcances de este artículo estableciendo que mediante tutela de derechos se puede discutir la vulneración a los siguientes derechos:

- Conocimiento de los cargos incriminados
- Conocimiento de las causas de la detención
- Entrega de la orden de detención girada
- Designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto
- Posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido
- Defensa permanente por un abogado
- Posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado
- Abstención de declarar o declaración voluntaria
- Presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso
- No ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad
- No sufrir restricciones ilegales
- Ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la Salud, cuando el estado de salud así lo requiera

Por otro lado, la Corte Suprema también ha ampliado los márgenes de protección que ofrece el artículo 71, brindando la posibilidad de excluir mediante audiencia de tutela de derechos aquellos medios probatorios que han sido obtenidos con la vulneración a los

---

no autorizada ni permitida por Ley; y f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.”

derechos fundamentales del imputado<sup>9</sup>. Bajo este supuesto, toda persona inmiscuida en un proceso penal teniendo la característica de investigado, podrá solicitar la exclusión de material probatorio que considere que ha sido obtenido vulnerando sus derechos y garantías fundamentales, constituyendo dicho elemento probatorio como prueba ilícita, brindado los efectos que el ordenamiento procesal le concede a esta.

## **2.2. Aspectos relevantes de la prueba prohibida en el proceso penal**

Se debe de tener en cuenta que el acopio de material probatorio en el proceso penal está regido por diversas reglas, dentro de estas, una de las más importantes es que las pruebas que serán actuadas y valoradas para justificar una determinada condena hayan sido obtenidas de manera lícita, esto es, que no se hayan vulnerado el contenido esencial de algún derecho para lograr ser obtenidas.

### **2.2.1. La prueba prohibida y su diferencia con la prueba irregular en el proceso penal**

El derecho de defensa que acompaña al imputado a lo largo del proceso penal es un derecho que posee un vasto contenido de protección, teniendo diversidad de factores que salvaguardar y sobre los cuales se procura asegurar su materialización como correlato del respeto a dicho derecho. En este sentido Neyra (2015, p. 245), expone que:

---

<sup>9</sup> Acuerdo Plenario 04-2010/CJ-116, "(...) Asimismo, a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente --en los casos en que ésta sea la base de sucesivas medidas o diligencias- siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71° NCPP.

“De esta forma el derecho de defensa por la importancia y por el contenido que abarca se constituye en: un principio que informa todo el ordenamiento procesal, un derecho subjetivo individual, de carácter público, de intervenir en el proceso penal en todo momento para decidir acerca de una posible reacción penal; y, una garantía que le asiste a todo imputado de ser asistido por un abogado defensor, a ser informado de la imputación en todos los estados del proceso, de poder ofrecer los elementos probatorios que considere necesarios, a contradecir prueba, **invocar la existencia de prueba prohibida (negrita y resaltado nuestro)**, y exponer los elementos fácticos y jurídicos que permitan al Tribunal declarar su absolución.”

Respecto de lo mencionado se tiene que un criterio que procura salvaguardar el derecho de defensa es la posibilidad de dar a conocer al juez de la etapa intermedia la existencia de una prueba ilícita; sin embargo, debemos entender adecuadamente como es abordada la prueba ilícita en el ordenamiento procesal penal y su diferencia con otras categorías similares como la prueba irregular.

En este sentido, sobre esta diferencia, Burgos (2005, p. 44), señala que:

“La prueba ilícita o prueba prohibida, son sinónimos, si se les entiende como la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales, o también a la prueba que se deriva de ella (teoría de los frutos del árbol envenenado), (...) Otro concepto diferente es el de la prueba irregular, defectuosa o incompleta mediante la inobservancia de formalidades, que puede ser valorada en la medida que sea subsanada, de lo contrario, tendrá un efecto similar a la prueba prohibida.”

Sin embargo, esta postura es inadecuada si adoptamos un concepto amplio de la prueba prohibida como explica Estrampes (2004, p.18):

“Partiendo de un concepto de ilicitud único para el orden jurídico en general, que identifican con la idea de violación de la norma o contrario a Derecho, define la prueba ilícita como aquella contraria a una norma de Derecho, esto es, obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico. El origen de la ilicitud de la prueba reside, precisamente, en que la misma ha sido obtenida con violación de normas jurídicas, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas: constitucionales o legales (procesales o no), o incluso de disposiciones o principios generales.”

De la misma forma el Tribunal Constitucional ha explicado que “La prueba ilícita es aquella en cuya obtención se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable”<sup>10</sup> dejando entender que el máximo intérprete de la constitución a reconocido la existencia de las pruebas ilícitas y ha emitido jurisprudencia encargada de precisar sus alcances. Es necesario recalcar también, que posteriormente el Tribunal Constitucional cambió la opinión que tenía respecto este primer concepto que brindó de prueba ilícita para reformarlo mencionando que “(...) en nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no de los derechos de rango legal o infralegal.”<sup>11</sup>

En este sentido, abordando un concepto de prueba ilícita amplia se observaría que no existe diferencia con la prueba irregular y que, por vulnerarse normas en cualquiera de los dos supuestos de prueba, estas deben ser declaradas ilícitas y surtir los efectos que le competen.

---

<sup>10</sup> (STC Exp. N° 02053-2003-HC/TC), de fecha 15 de setiembre del 2003.

<sup>11</sup> (STC Exp. N° 00655-2010-PHC/TC), de fecha 27 de octubre del 2010.

Por otra parte, este no es el único concepto que se tiene de la prueba ilícita que sirva como forma de diferenciación respecto de la prueba irregular. Coherentemente con la primera postura que hemos citado, existe el concepto restrictivo de la prueba ilícita. En este sentido, Villegas (2020, p. 238) expresa que:

“En contraposición a la concepción amplia de la prueba ilícita, y con el fundamento central de que no se debe ritualizar las formalidades del proceso, encontramos que la concepción restrictiva señala que será prueba ilícita aquella obtenida o practicada con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales”

Bajo estos criterios expuestos, observamos que existen formas de visualizar a la prueba prohibida y su diferencia con la prueba irregular, denotando la importancia de concepto que vamos a brindar a la prueba prohibida al momento de argumentar, existiendo, como hemos visto, notables discrepancias sobre lo que debe ser tomado como prueba ilícita o prueba irregular y sus respectivas diferencias; sin embargo, con el presente cuadro esperamos establecer un mejor rango de comprensión sobre estas dos figuras de gran repercusión en el ámbito procesal penal.

Cuadro 2  
Diferencias sustanciales entre la prueba ilícita y la prueba irregular

| PRUEBA ILICITA   | PRUEBA IRREGULAR  |
|--|---|
| Vulneración al contenido esencial de un derecho fundamental  | Vulneración al contenido de una norma procedimental       |
| El perjuicio se encuentra en la forma de haber sido obtenido | El perjuicio se encuentra en la forma de su incorporación |

|   |   |
|---|---|
| La problemática radica en la fuente de prueba                       | La problemática radica en el medio de prueba            |
| Las pruebas que deriven de ella también carecen de valor probatorio | Las pruebas que deriven de ella poseen valor probatorio |
| No es factible de subsanación                                       | Es factible de subsanación                              |

Por otro lado, es necesario precisar que, si bien nuestro código procesal penal no tiene un apartado específico para el tratamiento de la prueba ilícita o irregular dentro del proceso, no deja tampoco desamparada a la parte en los casos donde se puedan presentar estos supuestos. De esta forma, en el artículo VIII del Título Preliminar<sup>12</sup> señala criterios de obtención e incorporación de los medios de prueba para que estos sean considerados como legítimos y puedan inmiscuirse en el proceso. De la misma forma, lo expresado por el artículo en comentario tiene coherencia más adelante con lo prescrito por el artículo 159 del código procesal penal<sup>13</sup>, al que el juez no estaría posibilitado de usar aquellas pruebas que fueron obtenidas vulnerando derechos fundamentales.

De esta forma, observamos que, en respeto del principio de legitimidad de la prueba, sobre el cual Echandia (s/f, p. 125), se pronuncia mencionando que:

“Este principio tiene dos aspectos: con arreglo al primero, para que la prueba tenga validez se requiere que sea llevada al proceso con los requisitos procesales establecidos en la ley; el

<sup>12</sup> “Artículo VII.- Legitimidad de la prueba: 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 (...)

<sup>13</sup> Artículo 159.- Utilización de la prueba: 1. El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

segundo exige que se utilicen medios moralmente lícitos y por quien tenga legitimación para aducirla”

Nuestro código procesal penal ha visto por oportuno también proteger dicho principio en correspondencia con la normativa anteriormente citada, de esta forma, se establece que aquellas pruebas que no fueron obtenidas de manera lícita se verán obstaculizadas de ser utilizadas y valoradas dentro del proceso, teniendo que ser apartadas del mismo y dejarlas sin valor alguno.

### **2.2.2. ¿El presente caso es un caso de prueba ilícita o de prueba irregular?**

Un análisis central del presente caso es dedicarse a apreciar si la falta de comunicación hacia el perito de parte para que este pueda apersonarse al examen de la agraviada que se le practicará por parte del perito oficial constituye una vulneración al contenido esencial de algún derecho fundamental del procesado o simplemente se estima la vulneración a una norma legal de naturaleza procesal.

Para esto, es necesario mencionar que el abogado de la defensa técnica menciona constantemente que lo que se afecta es el contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa, sin embargo, consideramos que para ser coherente con lo alegado se debe realizar un análisis del contenido constitucionalmente protegido al momento de mencionar tal perjuicio. De esta forma, debemos tener en cuenta que existe un contenido esencial, no esencial y adicional de los derechos fundamentales, cuestión que bajo el imperio del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, únicamente se podría considerar a una prueba ilícita cuando se vulnera ese contenido esencial.

Al no encontrar un análisis profundo del derecho de defensa y del perjuicio a su contenido esencial, sino, a una norma de carácter procesal correspondiente al artículo 177 del código procesal penal por no permitirse al perito de parte a presenciar las operaciones del perito oficial, consideramos que lo correcto es argumentar que lo que se ha vulnerado en primer orden es la legalidad procesal. Dejando únicamente hasta aquí la argumentación de esta situación, el correlato correspondiente sería mencionar que este elemento probatorio no podría guiarse de una declaración propia de prueba ilícita, sino que, por lo comentado líneas atrás, se buscaría la posibilidad de subsanar el acto teniendo en cuenta de que si ya no se pudiera contar con esta posibilidad, lo correcto sería brindar los mismos efectos que se le otorga a la prueba prohibida salvo las situaciones de exclusión a los demás elementos de prueba que deriven de ella. Bajo estas líneas de argumentación y del análisis de los argumentos del abogado de la defensa, podemos mencionar que no precisado cual sería el contenido esencial vulnerado de derecho de defensa, pues, solamente se ha brindado una explicación vaga de este.

Analizando el mismo problema desde otro punto vista, queriendo enfocar el ámbito de debate en la existencia de la vulneración al derecho de defensa del imputado más que a la simple legalidad, consideramos que lo correcto es que se hubiese explicado que, el derecho de defensa, al ser un derecho tan amplio contiene determinadas notas fundamentales que caracterizan su contenido constitucionalmente protegido, siendo una de esas notas el derecho a probar y controlar la prueba, mencionando de este modo que, el derecho de defensa debe verse garantizado en la posibilidad del imputado y su defensa técnica ha tener acceso a las fuentes de prueba y poder intervenir en las actuaciones de investigación y de prueba que se manifiesten en el

proceso, cuestión que en el presente caso no se ha realizado, aunando a la falta de legalidad que se ha tenido respecto del artículo 177 y cuestión fundamental que vulneraría el contenido esencialmente protegido del derecho de defensa.

Aun así, en cualquiera de los dos supuestos, una vez culminada la etapa de investigación preparatoria e impedido el Ministerio Público de realizar más actos de investigación, ya sea se haya considerado como prueba irregular o ilícita esta no debería surtir efectos en el presente proceso penal, lo cual conllevaría a su irrefutable exclusión al momento de admitirla y valorarla.

### **2.2.3. Efectos de la declaración de una prueba prohibida**

Los efectos que se le brinda a la declaración de una prueba prohibida indican la irrefutable exclusión del material probatorio del proceso penal, esto es, la imposibilidad del juzgador de utilizarla de manera directa o indirecta y su incapacidad de ser valorada en el momento del juicio.

Sobre el primer efecto es completamente evidente el porqué de su imposibilidad de su utilización directa al ser un material probatorio obtenido con vulneración a derechos fundamentales, siendo que, se busca poner un límite a la actividad policial en la etapa de búsqueda de pruebas dejando en claro que la responsabilidad de un adecuado procesamiento se consigna cuando se hace cumplir derechos y garantías mínimas del procesado reconocidas por la constitución; sobre el otro supuesto y su imposibilidad de la utilización indirecta de una prueba prohibida mucho ya se ha hablado sobre la teoría de los frutos del árbol envenenado, indicando que el material probatorio que devenga de una prueba prohibida se presentará como material contaminado, que

no hubiese podido ser adquirido de no ser por la vulneración de derechos fundamentales que sustentó la adquisición de la prueba prohibida; sin embargo, con el acontecer del tiempo y el desarrollo doctrinario y jurisprudencial por parte del derecho anglosajón han brindado algunas excepciones y permiten la admisión de la prueba prohibida. Sobre esto Hernández (2012, p. 47), señala que “se han ido introduciendo excepciones para salvaguardar los elementos de prueba contaminado de ilicitud y evitar así la impunidad (..)” verificando que incluso una figura tan controversial como la prueba prohibida puede ostentar excepciones dependiendo del caso en concreto.

Cuadro 3  
Excepciones a la exclusión de la prueba prohibida

| EXCEPCIONES A LA PRUEBA ILICITA                   |  |
|---|--|
| Doctrina del cauce de investigación independiente | Debe existir una desconexión causal entre la prueba prohibida y la prueba derivada   |
| Doctrina del descubrimiento inevitable            | No debe excluirse el material probatorio que habría sido conseguido evidentemente con la continuación del cauce normal de la investigación |
| Doctrina del nexo causal atenuado                 | El nexo causal de la prueba prohibida y la derivada está tan debilitado que hace posible la admisión de la segunda                         |
| Doctrina de la buena fe policial                  | Funciona en supuestos especiales de los encargados de la adquisición de elementos probatorios al momento de la                             |

|   |   |
|---|---|
|   | <p>investigación del delito o acopio de elementos probatorios, se menciona específicamente actuación especial por se una figura nacida en el derecho anglosajón donde estos tienen mayor intervención en el descubrimiento del delito</p> |
| <p>Doctrina de la seguridad pública</p> | <p>Se realiza una ponderación de la prueba ilícita recogida cuando la seguridad pública demanda una actuación decida e inmediata</p>  |

Del cuadro expuesto observamos que ninguno de los supuestos que exceptúan la utilización y valoración de la prueba prohibida y sus derivados cabe en el presente caso, entendiéndose que, el efecto correcto es la exclusión del proceso penal tal como se hizo en audiencia de control de acusación, careciendo de efecto legal alguno y dejando sin validez a este elemento probatoria para su utilización o valoración en juicio

### 3. PROBLEMAS EN LA ETAPA DE JUICIO ORAL

#### 3.1. La posibilidad de volver a postular una prueba prohibida en la etapa de juicio oral

De lo establecido anteriormente, el efecto del reconocimiento de una prueba prohibida dentro del proceso penal es que está carezca de efecto legal, prohibiendo su utilización y su valoración en la etapa de juzgamiento. Bien, ahora es coherente preguntarnos, ¿una prueba que ha sido excluida del proceso por ilícita en el control de acusación puede volver a postularse en etapa de juzgamiento?

Es así como, debemos recordar lo establecido en el artículo 373 inciso 2<sup>14</sup> del código procesal penal, el cual nos menciona que se podrá volver a postular los elementos probatorios que fueron inadmitidos en audiencia de control de acusación brindando una argumentación especial. De esta manera, el juez de juzgamiento tendrá la posibilidad de realizar un análisis propio de la utilidad, pertinencia e idoneidad del medio probatorio que ha sido rechazado; sin embargo, consideramos que cuando se establece la inadmisibilidad de la prueba por temas correspondientes a la licitud, la situación cambia de amplia manera, esto, por lo desarrollado a lo largo de la explicación sobre la prohibición de valoración que se tiene en base al artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal; por otro lado, no se debe olvidar lo prescrito por el artículo X<sup>15</sup> del Título Preliminar, que indica que las normas establecidas en ese apartado serán privilegiadas sobre las demás disposiciones que ese puedan encontrar a lo largo de dicho cuerpo normativo, siendo asimismo, fuente de interpretación para dichas disposiciones normativas.

De esta forma, aun cuando podamos encontrar una permisón para volver a postular las pruebas que no son admitidas en etapa intermedia, esta debe estar limitada a la declaración de licitud que brinde el juez de garantías, impidiendo, únicamente en estos supuestos la posibilidad de volver a postular su admisión, considerando que el artículo 373 del código procesal penal se ve más enfocado en argumentar especialmente la inadmisión de pruebas que son rechazadas por cuestiones de pertinencia, utilidad e idoneidad, más no de licitud, pues las normas del Título Preliminar que son

---

<sup>14</sup> “Artículo. – 373: Solicitud de nueva prueba: (...) 2. Excepcionalmente, las partes podrán reiterar el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, para lo cual se requiere especial argumentación de las partes. El Juez decidirá en ese mismo acto, previo traslado del pedido a las demás partes (...)”

<sup>15</sup> “Artículo X.- Prevalencia de las normas de este título: Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación.”

fuente de interpretación y prevalecen sobre otras disposiciones normativas verían este supuesto proscrito por prohibición expresa de su valoración (proponiendo quizá la posibilidad de argumentar la licitud en base a las excepciones a la prueba prohibida aceptadas por el Tribunal Constitucional).

Sobre estos argumentos creemos que no sería posible admitir una prueba en etapa de juzgamiento que fue rechazada en audiencia de control de acusación por perjudicar el contenido esencial de algún derecho fundamental del procesado, tal decisión sería un mal empleo del artículo 373 y sería contraria a lo establecido en el Título Preliminar del Código Procesal Penal, aunando a todo esto que el artículo 393<sup>16</sup> vuelve a hacer alusión a la legitimidad que deben poseer los elementos de prueba que han sido incorporados a juicio para poder ser utilizados en la valoración del juez de juzgamiento.

### **3.2. La competencia del juez de investigación preparatorio y la competencia del juez de juzgamiento**

Respecto de nuestro nuevo modelo acusatorio garantista con tendencia adversarial que expresa nuestro código, observamos que las funciones del juez se han modificado de lo aun conocido por el antiguo código de procedimientos penales. Por esta razón, se ha definido ámbitos de competencia que poseen los jueces penales: territorial, por conexión, funcional y objetiva; en este sentido, se han desglosado las posibilidades respecto de los jueces para poder abocarse al conocimiento de determinadas causas. Sobre el tema que nos corresponde es importante analizar la competencia funcional en el proceso declarativo correspondiente a la etapa intermedia y a la etapa de juicio oral.

---

<sup>16</sup> “Artículo 393.- Normas para la deliberación y votación: 1. El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio (...)”

Sobre esto, es adecuado mencionar que cada etapa será dirigida por un juez diferente, en la primera será el juez de investigación preparatoria y en la segunda el juez de juzgamiento o colegiado según corresponda; sin embargo, ambos jueces se enfocaran en cuestiones distintas, teniendo por un lado al juez de investigación preparatoria que se encargará de autorizar la constitución de las partes; pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos que requieran orden; resolver excepciones, cuestiones previas y prejudiciales; realizar los actos de prueba anticipada y, controlar el cumplimiento del plazo en las condiciones fijadas en este código; asimismo, por el otro lado se va a tener al juez de juzgamiento que se encargará de la instalación de la audiencia de juicio oral, de dirigir el juicio, de resolver los incidentes que puedan surgir dentro de este y de ejercer el poder discrecional y disciplinario según corresponda.

De todo lo anterior mencionado debemos rescatar una función fundamental que es obligación de ambos jueces dar cumplimiento y respeto pero que, sin embargo, se adentra en el campo específico de uno de ellos, esto es, la obligación que tiene el juez de etapa intermedia – muchas veces llamado juez de garantías – de dar cabal respeto y salvaguardar los derechos y garantías fundamentales del procesado. Sobre esto Robles (2021, p.27) comentando el artículo 323<sup>17</sup> del Código Procesal Penal, expresa que:

“(…) Es función primordial de los jueces, ser sujetos garantes de hacer prevalecer el respeto de los derechos fundamentales y del correcto procedimiento del proceso penal. En el mismo sentido, deberán velar por la legitimidad de las actuaciones

---

<sup>17</sup> “Artículo 323.- Función del juez de investigación preparatoria: 1. Corresponde, en esta etapa, al Juez de la Investigación Preparatoria realizar, a requerimiento del Fiscal o a solicitud de las demás partes, los actos procesales que expresamente autoriza este Código. 2. El Juez de la Investigación Preparatoria, enunciativamente, está facultado para: **a)** autorizar la constitución de las partes; **b)** pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos que requieran orden judicial y - cuando corresponda- las medidas de protección; **c)** resolver excepciones, cuestiones previas y prejudiciales; **d)** realizar los actos de prueba anticipada; y, **e)** controlar el cumplimiento del plazo en las condiciones fijadas en este código”

fiscales y policiales en aras de constituirse como protectores del imputado y de la sociedad”

En este sentido, siendo el juez de etapa intermedia quien tiene la función específica de salvaguardar las garantías y derechos fundamentales del procesado nos preguntamos, ¿sería correcto que un juez de juzgamiento admita una prueba que ha sido denegada por el juez de garantías por haber vulnerado el contenido esencial de un derecho fundamental del procesado?, sobre esto, coherentemente como hemos argumentado en los anteriores puntos, consideramos que la respuesta debería ser un preciso “no”, pues el juez encargado especial de analizar que un elemento de prueba pueda ingresar al proceso respetando los derechos fundamentales de la persona ha determinado que dicho elemento carece de licitud, siendo una cuestión especial y única que, a consideración nuestra no podría ser materia de análisis por el juez de juzgamiento como si lo podría ser la idoneidad, pertinencia y utilidad de la prueba.

### **3.3. Análisis y crítica de la utilización de la pericia oficial para su admisibilidad y valoración en el juicio oral**

Es necesario, observar que el punto cumbre de la problemática desarrollada hasta este momento se dará en la etapa de juicio oral, justo después de desarrollado los alegatos finales y de la última palabra del imputado.

En este sentido, debemos expresar que, aunado a lo desarrollado en las consideraciones anteriores, el juzgador del presente caso no buscó que la fundamentación especial del artículo 373 se delimitara a buscar la legalidad de la diligencia realizada por el representante del Ministerio Público, es decir, no buscó que se haya realizado una notificación válida al perito de parte o al abogado defensor para que estos pudieran intervenir, mucho menos se fundamentó una excepción a la prueba prohibida reconocida por nuestro

Tribunal Constitucional. Dejando el juez penal de lado que, el perito de parte, estando reconocido incluso por el Ministerio Público para que participe de la diligencia en comentario, no fue informado y únicamente pudo plasmar observaciones periféricas a un examen realizado por el perito oficial, omitiendo lo establecido en las normas del Código Procesal Penal.

De esta forma, la falta de respeto del Código Procesal Penal no solo causó perjuicio al principio de legalidad sino que en sentido estricto perjudica al derecho defensa, comentado que no únicamente la vulneración a un derecho fundamental configurarían a una prueba como ilícita – en este caso sí se perjudicó un derecho fundamental -, sino que también se configurarían al afectar preceptos ordinarios. Siendo que, la inutilización por prueba ilícita no solo se limita a la vulneración de un derecho fundamental o de un precepto constitucional, también se aplica a la infracción grave de preceptos ordinarios que definen la esencia de la corrección legal autoritativa cuando se trata de la obtención de una fuente de prueba o de la actuación de un medio de prueba.<sup>18</sup> De igual forma, fundamentamos a lo antes mencionado que para que una prueba sea considerada prueba ilícita, se tiene que haber infringido la legalidad ordinaria y/o se haya practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley, o cuando sea recabada vulnerando derechos fundamentales.<sup>19</sup> Siendo que, para el presente caso, la manera de obtención de la pericia en cuestionamiento no se realizó con respetando la legalidad imperante en el código, pues, de haberla realizado conforme a ley, se habría contado con la participación del perito de parte.

Por otra parte, no descartamos que se pudiera alegar que ante el elemento de prueba que hemos analizado, este no se constituya propiamente dicho

---

<sup>18</sup> Recurso de Nulidad N° 817 - 2016, de fecha de 20 de noviembre 2017.

<sup>19</sup> Recurso de Nulidad N° 2754 - 2012, de fecha de 03 de enero 2013.

como una prueba ilícita, sino que es más acorde lo establecido como prueba irregular. Sin embargo, no debemos olvidar que la reformación y subsanación del acto puede permitir el ingreso de los supuestos de prueba irregular, de la misma manera, conforme se ha determinado en la jurisprudencia, la existencia de una prueba irregular no implica necesariamente que se excluyan las pruebas actuadas posteriormente; por ello, lo relevante es la intensidad de la afectación del derecho fundamental. La sola inobservancia de una norma procesal no implica que se descarte dicho elemento de prueba ni los elementos derivados de su obtención<sup>20</sup>. Así se infiere de lo establecido en el artículo ciento cincuenta y nueve, del Código Procesal Penal, el cual impone al juzgador la prohibición de valorar las pruebas obtenidas directa o indirectamente siempre que se hayan obtenido con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, más no precisa las circunstancias de exclusión de la simple vulneración procesal. Consecuentemente, el aspecto relevante para determinar la exclusión de una prueba por irregular y sus elementos derivados es la intensidad de afectación del derecho fundamental.<sup>21</sup> Sin embargo, del presente caso, podemos argumentar que, si bien la problemática se suscitó ante la falta de notificación y la participación del perito de parte en una diligencia de pericia psicológica y esto vulnera en primer momento solo normas procesales, esta inobservancia no solo ha efectivizado la vulneración a la legalidad procesal, sino que, también se ha visto afectado el contenido esencial del derecho defensa, imposibilitándole la contradicción al imputado en etapa de investigación, así como de limitarlo de ejercer todas las facultades que se pueda en pro de una defensa eficaz.

Otro punto a exponer es el paso fundamental realizado por el representante del Ministerio Público al realizar una acusación directa para sustraer un

---

<sup>20</sup> Recurso de Nulidad N° 2006 - 2019, de fecha de 16 de noviembre del 2020.

<sup>21</sup> Casación N° 591 – 2015, de fecha 17 de mayo del 2017.

plazo considerable para la interposición de una tutela de derechos; cuestión que, deja como única posibilidad de observar la ilicitud de una prueba en control de acusación. De esto, debemos rescatar unas sustanciales diferencias. Cuando se interpone una tutela de derechos y se logra excluir material probatorio por haber sido obtenido ilícitamente debemos entender que no existe forma amparada por el ordenamiento procesal de hacerla reingresar al proceso, el Código Procesal Penal expresa una voluntad de rechazo definitivo a la prueba ilícita; asimismo, mediante jurisprudencia se ha encomendado la posibilidad a los jueces de investigación preparatoria para que mediante tutela de derechos puedan definir la licitud o ilicitud de un determinado elemento de prueba y de esta manera alejarlo del proceso sin posibilidad de retorno; sin embargo, esta cuestión es diferente en lo establecido para el control de acusación, pues, en caso de que se haya detectado la existencia de una prueba ilícita en el control de ofrecimiento probatorio, estas serán declaradas inadmisibles - consideramos que en el auto de enjuiciamiento se debió realizar un pedido de aclaración donde se indique que determinado elemento de prueba fue dejado de considerar por ilícito para que se delimite la discusión en caso se vuelva a ofrecer en juicio oral – subsistiendo la posibilidad amparada por el Código Procesal Penal de volverse a examinar en juicio oral por el juez de juzgamiento.

La diferencia es sumamente clara, si la prueba es excluida mediante tutela esta no podrá regresar al proceso; por otro lado, si es excluida mediante control de acusación podrá ser reincorporada si el juez de juzgamiento cree que ha existido una argumentación especial para que pueda ser amparada. Otra cuestión fundamental, como hemos comentado en el apartado anterior radica en quien define la licitud o ilicitud de la prueba; en el primer caso, es el juez de garantías; en el segundo, es el juez penal. Considerando, por lo anteriormente expuesto que, no cabría valorar una prueba incorporada irregularmente – cuando no ha sido pasible de subsanación - o ilícitamente al proceso, aunque sea determinante para la afirmación de un delito, pues,

la prueba irregular afecta al medio de prueba, es decir su incorporación al proceso, mientras que la prueba ilícita afecta directamente a la fuente de prueba. Teniéndose que sancionar de acuerdo con la reglas de anulabilidad -en caso sea prueba irregular - con la imposibilidad de valorar dicho elemento de prueba, aunque este resulte fundamental para el esclarecimiento del hecho delictivo<sup>22</sup>, bajo el mismo razonamiento y con mayor razón se tendría que dar el mismo efecto a la prueba ilícitamente obtenida.

De esta situación, creemos conveniente establecer nuestra posición indicando disconformidad con lo resuelto por el juzgado penal al admitir el mencionado elemento de prueba; pues, como observamos, no se ha tenido la diligencia y/o consideraciones respecto de la clase de prueba (ilícita) y sus particularidades que se discutían en dicho procedimiento, consignando, por parte del juzgador penal dicha pericia como un medio de prueba lícito para crear convicción y motivar una futura resolución de condena. Esta decisión de admitirla y posteriormente utilizarla para fundamentar una sentencia es contraria a lo comentado por Ascencio (2004, p. 122) quien establece que:

“La consecuencia esencial que provoca la obtención de una prueba ilícita viene a ser su inutilizabilidad a efectos de fundamentar en su base una sentencia del signo que sea; se trata, pues, buen de no tomarla en consideración con vistas a la resolución definitiva si se constata su carácter en un momento anterior al de dictar sentencia”

En relación con esto, consideramos que no existe una fundamentación especial enfocada en desvirtuar la ilicitud de la prueba y como esta no habría perjudicado el principio de legalidad procesal y el contenido esencial del derecho de defensa, sino que, dicha argumentación se enfocó en el relacionamiento e importancia de la dicho elemento de prueba para el

---

<sup>22</sup> Pleno jurisdiccional superior nacional penal 2004, de fecha 11 de diciembre del 2004.

proceso penal, consignándose que estos aspectos podrían únicamente reafirmar la pertinencia y utilidad de la prueba, mas no acreditar la legalidad; en ese mismo sentido, se cita a una jurisprudencia que contenía un caso materia de análisis extremadamente diferente al caso que se discutía, el cual no era un fundamento adecuado para crear seguridad en el juzgador para aceptar la incorporación del elemento de prueba cuestionado.

Consideramos que este elemento probatorio no debió ser ni ofrecido, ni admitido, ni utilizado, ni valorado por el juzgador, en respeto al derecho de defensa; causando un claro perjuicio al imputado y vulnerando aún más la normas procesales – aquellas referentes a la prohibición de utilizar u valorar pruebas prohibidas -cuestión que esta vez el perjuicio lo realizó el juzgador a pedido del Ministerio Público.

Punto diferente que debemos observar es la imposibilidad que tuvo el abogado de ejercer una eficaz contradicción a la pericia admitida respecto de las observaciones periféricas que se le hicieron en su momento por el perito de parte, acá es necesario recalcar que el abogado en control de acusación se desiste y se queda sin un elemento de cuestionamiento muy importante; asimismo, como sabemos, la única manera de proponer un reexamen en juicio oral de un elemento probatorio es que sobre este haya versado una declaración de inadmisibilidad, cuestión que en los casos de desistimientos de medios probatorios ofrecidos, esto no existe.

Finalmente, es necesario recalcar que no es lo mismo posibilitar de contrainterrogar al perito oficial por parte de la defensa técnica del imputado que dicho perito nunca haya ingresado al proceso. Sobre esto, podemos decir que se puede ejercer un adecuado derecho de contradicción cuando una prueba (órgano de prueba en este caso) útil, pertinente, conducente y legal ha ingresado adecuadamente al proceso; sin embargo, sobre una prueba que realmente nunca debió ingresar al proceso, esto se pone en tela

de juicio. Si bien no se manchó el mencionado principio en audiencia de juicio oral, se lo hizo desde la etapa de investigación preparatoria que al final iba a desencadenar sus efectos a manera de actuación de la prueba en juicio. Es así que, la información que brinde el perito en interrogatorio entrará a la psique del juzgador, por más ilegal que sea, quedando únicamente posibilidad a la defensa de desacreditarlo en el conainterrogatorio, intentando buscar una contradicción, pues, ya ni si quiera se ostentaba con las observaciones del perito de parte por el desistimiento antes comentado.

Bajo estas consideraciones, no cabía fundamento adecuado para realizar un análisis y valoración del elemento de prueba cuestionado, dejando de lado toda consideración realizada por el juez de investigación preparatoria y vulnerando de mayor forma la legalidad procesal, el derecho de defensa e incluso podríamos agregar lo concerniente al derecho a probar en si vertiente de no aceptar pruebas ilícitas en los procesos judiciales.

#### **4. PROBLEMAS EN LA ETAPA DE IMPUGNACIÓN**

##### **4.1. La errónea aplicación del Recurso de Nulidad N° 420-2018/CAJAMARCA**

El Tribunal Superior al analizar el pedido de impugnación de la defensa técnica volvió a citar y analizar si correspondía aplicar al caso en concreto lo establecido por el Recurso de Nulidad N° 420-2018/CAJAMARCA, el cual fue sustentado para poder admitir y utilizar la pericia psicológica cuestionada a lo largo del proceso. Si bien es un problema que nace en juicio oral – pues bajo la utilización de este recurso de nulidad se acepta la valoración probatoria de la pericia psicológica – hemos preferido analizarlo en la etapa de impugnación para observar si los jueces superiores han podido brindar un sustento solido para confirmar que, en base a la aplicación de este

recurso de nulidad, la prueba fue correctamente admitida y valorada en etapa de juicio oral.

#### **4.1.1. Sobre el motivo justificado para la no contradicción en la actuación del acto de aportación de hechos**

La corte fundamenta el cumplimiento del primer presupuesto en la siguiente argumentación:

“En cuanto al primer presupuesto, referido a si había un motivo justificado para la no contradicción en la actuación del acto de aportación de hechos. - En el caso que nos atañe, si bien el abogado de la defensa no concurrió a la entrevista psicológica de la agraviada, por una negligencia del fiscal encargado de la investigación - conforme dicho ente lo ha afirmado en juicio oral, por un traspapeleo de documentos-; empero, el derecho a la defensa que aquél alude fue debidamente ejercido durante la etapa de juzgamiento, por esta razón es que incluso, al momento de examinar al citado perito, se le permitió realizarle las preguntas que consideraba pertinentes, ejerciendo así su derecho de contradicción. Además, el abogado del procesado en la audiencia de apelación señaló que considera que tanto la entrevista en cámara Gesell como la pericia psicológica practicadas a la agraviada, no son disímiles entre sí, es decir, ambas concluyen en lo mismo, por lo que, estaría conforme con lo establecido en ellas.”

De lo observado, presenciamos que la corte pretende eximir del vicio presentado en el presente caso, aludiendo a la posibilidad que se tuvo de realizar un contrainterrogatorio en la etapa de juicio oral. Consideramos que es una apreciación erróneo, pues, como hemos explicado al inicio de este capítulo, la contradicción no es un evento exclusivo de la etapa de juicio oral, sino, de todas las etapas

correspondientes donde se pueda hacer valer este derecho. Siendo que, para el presente caso, se puede visualizar dos momentos para proponer y hacer valer el principio de contradicción: la asistencia del perito de parte y el examen y contra examen en juicio oral. Obviamente, como menciona la Corte Superior, el segundo momento mencionado ha dado respeto del principio de contradicción, pero no es la única ocasión donde se debió guardarle respeto, siendo que, en etapa de investigación, es el mismo CPP quien brinda la facilidad de realizar apreciaciones a las conclusiones que arriban los peritos oficiales, pudiendo el acusado proponer un perito de parte y ejercer su derecho a la contradicción; estableciéndose a la vez, la posibilidad de tener el pronunciamiento extra de un especialista en la materia del peritaje realizado, cuestión que beneficiará al proceso y salvaguardará el derecho del imputado.

#### **4.1.2. Sobre si la declaración de la víctima y sus familiares (testigos presenciales) serían el fundamento único y determinante**

Sobre si la declaración de la víctima y sus familiares serían el fundamento único y determinante, la corte se pronuncia mencionando lo siguiente

“Sobre si la declaración de la víctima y de sus familiares (testigos presenciales) serían el fundamento único o determinante para la decisión. - En el presente caso la prueba refutada, se trata de la evaluación psicológica practicada a la víctima, la cual es de suma importancia, para determinar si aquella a raíz del acto vulneratorio en su agravio, presentó algún daño sobre todo de naturaleza extrapatrimonial (emocional y/o moral); así como para verificar si ésta en su relato fue coherente y persistente en su sindicación inculpativa. Por lo que, merece ser valorada.”

En este sentido, la Corte adopta la importancia que tiene la pericia psicológica para el caso en concreto, esto es, el valor probatorio para determinar el agravio que le fue producido hacia la menor; sin embargo, no consideramos que la importancia que pueda tener un determinado medio de prueba – en este caso una pericia psicológica – sea fundamento para dar cabal cumplimiento a este requisito.

Lo correcto es dar por cumplido este requisito cuando las declaraciones de la agraviada y de sus familiares sean únicos fundamentos que sostengan el caso, teniéndose la necesidad que estos sean convergentes con otros actos<sup>23</sup> y que sus familiares tengan la calidad de testigos presenciales; cuestión que, en el presente caso, debería recaer en el análisis de la declaración de la agraviada - situación que se dio en Cámara Gesell y que no es materia de debate – y no del examen realizado por un profesional en la materia (perito psicológico).

#### **4.1.3. Sobre si había elementos de compensación, principalmente sólidas garantías procesales suficientes para contrarrestar las dificultades causadas a la defensa y asegurar la equidad del procedimiento**

Finalmente, sobre este último tema, la Corte se pronuncia mencionando que:

En efecto, en el caso materia en análisis, existe un elemento sólido que tiene la calidad de prueba anticipada, nos referimos a la entrevista única en cámara Gesell de la agraviada, en donde ésta enfática y detalladamente -sin ningún tipo de contradicción- sindicó al procesado como la persona que le realizó actos contra el pudor en sus senos, conduciéndola con dicho fin a un

---

<sup>23</sup> Recurso de Nulidad N° 420-2018/CAJAMARCA, de fecha veintidós de mayo de dos mil dieciocho

lugar solitario, aprovechándose de la confianza que le había brindado y también de su edad, pues a la data de los hechos contaba con menos de 12 años.” (Sentencia N° 62-2021, 19 de mayo del 2021)

Si bien es cierto, que el Tribunal Superior menciona a la entrevista única practicada en Cámara Gesell para intentar corroborar la coherencia de la prueba cuestionada con el testimonio de la agraviada, debemos entender que esto no puede ser consagrado mediante una prueba única – entrevista en Cámara Gesell- sino que al menos debe ser una situación sujeta a corroboraciones plurales, esto es, la existencia de otras pruebas, al menos, que debieron ser aclaradas por el Tribunal Revisor. Asimismo, se debió mínimamente glosar las garantías procesales y el momento en que la defensa las pudo hacer valer para contrarrestar las dificultades que se le causaron.

#### 4.2. La nulidad absoluta y la prueba prohibida

Nuestro ordenamiento jurídico procesal penal contempla dos tipos de nulidades: absolutas y relativas. Sobre estas, es oportuno mencionar que la primera nulidad se encuentra reguladas en el artículo 150<sup>24</sup> del Código Procesal Penal, brindando una serie de causales para comprender cuando estamos ante esta institución. Por otro lado, respecto de la nulidad relativa, esta se encuentra regulada en el artículo 151<sup>25</sup> del cuerpo normativo en

---

<sup>24</sup> Artículo 150.- Nulidad absoluta: No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes: **a)** A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia; **b)** Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas; **c)** A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria; **d)** A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución

<sup>25</sup> Nulidad relativa: 1. Excepto en los casos de defectos absolutos, el sujeto procesal afectado deberá instar la nulidad por el vicio, cuando lo conozca. 2. La solicitud de nulidad deberá describir el defecto y proponer la solución correspondiente. 3. La solicitud deberá ser interpuesta dentro del quinto día de conocido el defecto. 4. La nulidad no podrá ser alegada por quien la haya ocasionado, haya concurrido a causarla o no tenga interés en el cumplimiento de la disposición vulnerada. Tampoco podrá ser alegada luego de la deliberación de la sentencia de primera

comentario explicando el procedimiento que se debe de seguir para expresarla.

El tipo de nulidad que nos interesa en el caso en concreto es la nulidad contenida en el artículo 150, esto es, la nulidad absoluta. Uno de los supuestos de nulidad absoluta que contempla nuestro ordenamiento procesal penal es aquella que se puede solicitar o ser realizada de oficio cuando se ha comprobado una manifiesta inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstas en la constitución, siendo que, estas podrán ser aplicadas siempre que la nulidad no se intente declarar a un acto de alguna etapa ya precluida al menos que sea siguiendo las reglas de la apelación (situación en la que nos encontramos)

En este sentido, el juez superior, tuvo la posibilidad de declarar la nulidad de lo actuado y ordenar se realice un nuevo juicio oral sin contar con la utilización o valoración de la pericia que ha sido materia de debate durante todo el proceso. Esto sustentado en que esta prueba ha sido obtenida vulnerando el contenido esencial de los derechos fundamentales del imputado.

Al parecer, los detalles antes mencionados no han sido confirmados por el Tribunal Superior, sino que este, no ha estado de acuerdo con dar por concedida la declaración de nulidad respecto del juicio oral, pue, no ha considerado que ha existido la presencia de un acto viciado, fundamentando la permisión de la prueba prohibida con los argumentos que hemos cuestionado en el apartado anterior.

Debemos expresar que, si ha existido un primer pronunciamiento declarando la inadmisibilidad de la prueba por ilícita y un segundo pronunciamiento

---

instancia o, si se verifica en el juicio, luego de la deliberación de la sentencia de la instancia sucesiva.

declarando la admisión de la prueba fundamentada en un recurso de nulidad, se debió, al menos, expresar una mayor fundamentación para comprobar por qué este recurso de nulidad podría constituir una excepción a la prueba ilícita si únicamente, a nivel doctrinario – que no constituye una fuente del derecho directa en nuestra legislación – se contemplan las excepciones glosadas en el cuadro expuesto y a nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional no ha dotado posibilidad de considerar tal recurso de nulidad – o los requisitos que este refiere – como una excepción a la prueba prohibida.



## CAPITULO TERCERO: CONCLUSIONES

El análisis del caso, desde la perspectiva profesional, nos permite arribar a las siguientes conclusiones:

1. La Prueba ilícita y prueba irregular son instituciones que no tienen un desarrollo propio dentro del Código Procesal Penal, sino que, se evidencian de diversas disposiciones normativas contempladas desde el Título Preliminar hasta las que regulan el Juicio Oral.
2. La Pericia Psicológica es una prueba fundamental para determinar si existe afectación por actos de connotación sexual en aquellos delitos donde se afecte la libertad sexual o indemnidad sexual.
3. El perito de parte, designado en el ejercicio del derecho de defensa, es una figura jurídica que posibilita obtener un nuevo análisis – que puede ser igual o diferente al del perito oficial- del caso materia en evaluación, surtiendo efectos en beneficio del proceso y coadyuvando a la búsqueda de la verdad.
4. La imposibilidad de permitir que un perito de parte participe en una diligencia para la que ha sido designado adecuadamente, no solo afecta a las leyes procesales que otorgan facultades a los peritos de parte, sino que, afecta directamente al derecho a la defensa en el contenido a la posibilidad de controlar la prueba, en este sentido, consideramos que de impedir su participación conjunta con el perito oficial, provoca que la obtención se realice de forma parcializada desamparando el derecho de contradicción que tiene el imputado en sede de investigación preparatoria, lo cual, hace que dicho elemento de prueba devenga en ilícito.

5. La tutela de derechos es una institución encargada de velar por el respeto de los derechos y garantías fundamentales del procesado, la cual se somete a plazos estrictamente establecidos para su posibilidad de incoación.
6. Los casos en los que se plantea una acusación directa afectan significativamente el plazo para proponer una audiencia de tutela de derechos
7. Si bien no existe superioridad del juez de investigación preparatoria con el juez de juzgamiento, no se debe olvidar que el primero de estos tiene el deber fundamental de velar por el respeto de los derechos y garantías fundamentales del imputado dentro del proceso penal, por lo cual, ante un pronunciamiento por parte del juez de garantías sobre la inadmisibilidad de una prueba por considerarse como ilícita el juez penal debe realizar con mucha más dedicación y cuidado su rexamen al momento de admitirla.
8. El rexamen que se hace al amparo del artículo 373 del Código Procesal Penal, exige una fundamentación especial para volver a proponer un elemento de prueba que ha sido declarado inadmisibile en etapa intermedia; sin embargo, se debe tener en cuenta que esto se hace en base a la pertinencia, utilidad y conducencia de la prueba, teniendo que exigirse inclusive un mayor parámetro de rigurosidad para las pruebas que no fueron admitidas por cuestionarse como ilícitas.
9. El recurso citado para admitir el ofrecimiento probatorio del Ministerio Público en etapa de Juicio Oral es cuestionable, pues, no se trata de un supuesto idéntico al caso materia de análisis, incluso las causales que se exigen no son del todo compatibles con el presente caso en concreto; es por ello que se tienen grandes errores y falencias al momento de argumentar la admisión probatoria.

10. El Tribunal Superior ha tenido defectos de motivación de su resolución - correspondiente a la sentencia de segunda instancia - al intentar explicar la aplicación de las exigencias del Recurso de Nulidad 420-2018/CAJAMARCA al caso en concreto, asimismo, no se ha tenido en cuenta la real afectación que se tuvo del derecho de defensa del imputado.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116, emitido por la Corte Suprema con fecha 10 de setiembre de dos mil diecinueve

Acuerdo Plenario 04-2010/CJ-116, emitido por la Corte Suprema con fecha 16 de noviembre del 2010

Acuerdo Plenario 06-2010/CJ-116, emitido por la Corte Suprema con fecha 16 de noviembre del 2010

Arbulú, V. (2015). DERECHO PROCESAL PENAL. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial. TOMO II. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Burgos, V (2005). El nuevo Proceso Penal. Estudios fundamentales. Lima, Perú: Palestra

Casación N° 626-2013 Moquegua, emitido por la Corte Suprema con fecha treinta de junio de dos mil quince

Casación N° 591 – 2015 Huánuco, emitido por la Corte Suprema con fecha diecisiete de mayo del dos mil diecisiete

Clariá, J. (2008). DERECHO PROCESAL PENAL. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Rebinzal-Culzoni

Echandia D. (s/f) Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Buenos Aires, Argentina

- Hernandez, E (2012) LA PRUEBA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004. Lima, Perú: Gaceta Juridica
- Miranda M. (2004) El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona, España: Bosch
- Neyra, J. (2015). TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL. TOMO I. Lima, Perú: IDEMSA
- Oré, A. (2016) DERECHO PROCESAL PENAL PERUANO. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal. TOMO II. Lima, Perú: Gaceta Jurídica
- Pleno jurisdiccional superior nacional penal 2004, de fecha once de diciembre del dos mil cuatro.
- Recurso de Nulidad 420-2018/CAJAMARCA, de fecha veintidós de mayo de dos mil dieciocho
- Recurso de Nulidad N° 817 – 2016/LIMA, de fecha de veinte de noviembre del dos mil diecisiete.
- Recurso de Nulidad N° 2754 – 2012/LIMA, de fecha de tres de enero del dos mil trece.
- Recurso de Nulidad N° 2006 – 2019/LIMA, de fecha de dieciséis de noviembre del dos mil veinte.
- Robles W. (2021, p.27) CODIGO PROCESAL PENAL COMENTADO. TOMO III. ARTÍCULOS DEL 321 AL 445. Lima, Perú: Gaceta Jurídica

San Martín, C. (2015) DERECHO PROCESAL PENAL LECCIONES.  
CONFORME EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004. Lima, Perú:  
INPRECCP-CENALES

*(STC Exp. N° 00655-2010-PHC/TC), de fecha 27 de octubre del 2010.*

*(STC Exp. N° 02053-2003-HC/TC), de fecha 15 de setiembre del 2003.*

Villegas, S (2020) LA PRUEBA IRREGULAR Y SU TRATAMIENTO EN EL  
PROCESO PENAL. Gaceta Jurídica. TOMO 128. Lima, Perú.

