

sucedido y procedieron en horas de la noche a interponer la denuncia en la Comisaría de Buenos Aires [sic].

b) Circunstancias concomitantes

Cuando se estaban realizando las diligencias entre las cuales se encuentra la Entrevista Única en Cámara Gessell a la menor agraviada identificada con las iniciales E. N. G. N. (11), con fecha 12 setiembre de 2016, con respecto a la denuncia en contra de su padrastro Dean Franklin Cornejo Kanashiro por el delito de actos contra el pudor en su agravio, la menor indicó, que la ex pareja de su mama Paola del Carmen Neyra Olivera de nombre Fernando Daniel Viglienzone Cornejo "le besaba y le hacía tocar las partes genitales" "le había tocado sus partes Íntimas con su mano", y que esto lo había contado a su tía Carmen Irene Gamarra Mendoza, procediendo a contar lo informado por la menor a la madre de la menor, indicando la madre de la menor que se encargaría de lo sucedido, pero nunca se encargó y no hizo nada. Refirió que le había hecho esos tocamientos desde que llegó a su casa, todo un año, por las escaleras y a veces cuando su mamá estaba durmiendo en el cuarto [sic].

c) Circunstancias posteriores

Posteriormente, se procedió a abrir investigación preliminar contra el imputado, por lo que se recibió la declaración de la tía de la menor Carmen Irene Gamarra Mendoza quien indicó que efectivamente su sobrina de iniciales E. N. G. N. (11) le habla comentado sobre dichos tocamientos; asimismo, al recepcionar la declaración de la madre de la agraviada Paola del Carmen Neyra Olivera, indicó que tomó conocimiento de ese hecho por parte de la mencionada tía de la menor, y luego la menor le procedió a contarle lo sucedido. También se recibió la declaración del padre de la menor Roger Walter Gamarra Mendoza quien refirió que la madre de su hija le había comunicado de estos hechos cometidos en agravio de su menor hija, indicándole que ella lo denunciaría inmediatamente, pero luego se enteró que no lo había denunciado [sic].

- 1.2. Realizada la audiencia de control de acusación, conforme las actas (folios 96 a 97, 104 a 112, 124 a 125 y 132 a 138), se emitió auto de enjuiciamiento, del nueve de marzo de dos mil dieciocho (folios 10 a 15).

Segundo. Itinerario del juicio en primera instancia

- 2.1.** Mediante auto de citación de juicio oral, contenido en la Resolución número 1, del nueve de marzo de dos mil dieciocho (folios 10 a 15), se citó al encausado a la audiencia de juicio oral que se realizó el dieciocho de abril de dos mil dieciocho. Llegada la fecha, se instaló la audiencia; las demás sesiones se realizaron con normalidad, y se llevó a cabo la audiencia de lectura de sentencia, el quince de octubre de dos mil dieciocho, conforme consta en el acta de audiencia (folios 257 y 258 del Tomo I del cuaderno de debate).
- 2.2.** Así, mediante sentencia de primera instancia, del quince de octubre de dos mil dieciocho (folios 194 a 256), se condenó al encausado Fernando Daniel Viglienzone Cornejo como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor de menor, en perjuicio de la menor identificada con las iniciales E. N. G. N., a cinco años de pena privativa de libertad y se fijó en S/ 1000 (mil soles) el monto que, por concepto por reparación civil, deberá pagar en favor de la agraviada; con lo demás que al respecto contiene.

Tercero. Itinerario del proceso en segunda instancia

- 3.1.** Contra esta sentencia condenatoria, la defensa técnica del sentenciado interpuso recurso de apelación (folios 268 a 285). La Sala Superior, mediante Resolución número 19, del veintitrés de octubre de dos mil dieciocho (folios 291 a 293), concedió el recurso de apelación interpuesto.
- 3.2.** Culminada la fase de traslado de la impugnación, la Sala Superior, mediante Resolución número 23, del veinticuatro de enero de dos mil diecinueve (folios 344 y 345), convocó a audiencia de apelación de sentencia, la cual se realizó con normalidad, conforme se aprecia de las actas (folios 355 a 357 y 376 a 377); de tal manera que, en la última audiencia del cuatro de abril de dos mil diecinueve, se dio lectura a

la sentencia de vista, que confirmó la sentencia de primera instancia del quince de octubre de dos mil dieciocho, que lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor de menor, en perjuicio de la menor identificada con las iniciales E. N. G. N., a cinco años de pena privativa de libertad y fijó en S/ 1000 (mil soles) el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar en favor de la agraviada; con lo demás que al respecto contiene.

- 3.3.** Emitida la sentencia de vista, la defensa técnica del sentenciado Fernando Daniel Viglienze Cornejo interpuso recurso de casación (folios 388 a 453), concedido mediante auto del veintinueve de abril de dos mil diecinueve (folios 454 a 466).

Cuarto. Trámite del recurso de casación

- 4.1.** Elevado el expediente a esta Suprema Sala, se corrió traslado a las partes, conforme al cargo de entrega de cédulas de notificación (folio 101 del cuaderno de casación), y mediante decreto del cuatro de noviembre de dos mil veinte (folio 104 del cuaderno de casación), se señaló fecha para calificación del recurso de casación. Así, mediante auto del veinticinco de noviembre de dos mil veinte (folios 105 a 110 del cuaderno de casación), se declaró bien concedido el recurso propuesto por la defensa técnica del sentenciado Fernando Daniel Viglienze Cornejo.
- 4.2.** Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación, conforme los cargos de entrega de cédulas de notificación; mediante decreto del diecisiete de enero de dos mil veintidós (folio 122 del cuaderno de casación), se señaló como fecha para la audiencia de casación el dos de febrero del presente año. Instalada la audiencia, se realizó mediante el aplicativo *Google Hangouts Meet*, con la presencia de la defensa técnica del

recurrente, y se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta, en virtud de la cual, tras la votación respectiva, el estado de la causa es el de expedir sentencia, cuya lectura en audiencia privada, mediante el aplicativo tecnológico acotado, se efectuará con las partes que asistan, en concordancia con el artículo 431, inciso 4, del Código Procesal Penal, el veinticinco de febrero del presente año.

Quinto. Motivo casacional

5.1. Conforme ha sido establecido en los fundamentos jurídicos 13 y 14 del auto de calificación del recurso de casación, en concordancia con su parte resolutive, se admitió el referido recurso señalándose que:

- a)** No se emplazó al recurrente ni a su defensa técnica para la diligencia de entrevista única en cámara Gesell, en cuyo acto la agraviada sindicó también al recurrente Viglienzone Cornejo; lo que habría vulnerado el debido proceso (vinculado al principio de presunción de inocencia) y el derecho de defensa (vinculado a la causal 1 del artículo 429 del Código Procesal Penal, ya que fue reconducido, pues las alegaciones no corresponden a la causal 2, citada originalmente—.
- b)** La diligencia de entrevista en cámara Gesell se realizó en el marco del proceso penal incoado contra Dean Franklin Cornejo Kanashiro —en el Expediente número 2924-2016-30-2501-JE-PE-06, por el mismo delito y agraviada—. Tal acto no le fue emplazado para ejercer su defensa. Ante este agravio, la Sala Superior razonó que no era posible realizar otra entrevista en cámara Gesell, pues a un menor de edad no se le deben tomar varias declaraciones sobre hechos que ha padecido; además, se realizó conforme a ley. Asimismo, indicó que tampoco se cumplió ninguno de los supuestos establecidos en el segundo párrafo del fundamento 38 del Acuerdo Plenario número 1-2011/CJ-116, por lo que realizar un nuevo examen implicaría la revictimización de la agraviada. Dicha alegación incide en la

motivación expresada por los órganos jurisdiccionales, con respecto a que debe ser controlada. Se vincula con la causal 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

- c) La Sala Suprema admitió el recurso de casación, para ser analizado conforme a los motivos casacionales previstos en los incisos 1 y 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal, solo en los términos expuestos precedentemente.

Sexto. Agravios del recurso de casación

Los fundamentos establecidos por el recurrente en su recurso de casación, vinculados a las causales por las que fue declarado bien concedido, son los siguientes:

- 6.1.** La entrevista en cámara Gesell, pese a que la Fiscalía no emplazó al sentenciado o a su abogado defensor para que participe. Añadió que dicha diligencia se practicó sin considerar la Guía de Procesamiento o para la entrevista única de niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual en cámara Gesell del Ministerio Público. Finalmente, expresó que la Sala razonó que no podía realizarse una nueva entrevista a la menor agraviada, a fin de evitar la revictimización; sin embargo, no se consideró la transgresión al derecho de defensa y debido proceso.
- 6.2.** La transgresión del derecho de defensa previsto en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal, así como en los artículos 71 y 84 del citado código (numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal). Sostuvo que ello es consecuencia de lo expuesto en el párrafo precedente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Los fundamentos desarrollados por la defensa técnica del recurrente acerca de los motivos casacionales admitidos —la casación fue

bien concedida por las causales 1 y 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal— y sustentados en la audiencia de casación, se centran en que la Sala Superior (las instancias de mérito) habrían vulnerado las garantías constitucionales del debido proceso, vinculadas a la motivación de resoluciones jurisdiccionales, la presunción de inocencia y el derecho de defensa.

Ello constituye el objeto de control *in iure* por este Tribunal de Casación.

Segundo. Sobre las garantías constitucionales de motivación de resoluciones jurisdiccionales, presunción de inocencia y derecho de defensa; el examen que corresponde realizar al Tribunal de Casación consiste en lo siguiente:

- a) La garantía constitucional de debida motivación está tutelada casacionalmente por el artículo 429, numeral 4, del Código Procesal Penal, específicamente la comprobación de sus términos radica solo en los supuestos de motivación constitucionalmente defectuosa, esto es, motivación omisiva, motivación incompleta o insuficiente, motivación hipotética, confusa o contradictoria, motivación falsa, y motivación ilógica —que vulnera, en la inferencia probatoria, las reglas de la sana crítica judicial: leyes de la lógica, conocimientos científicos y máximas de la experiencia—. Esta garantía se encuentra expresamente reconocida en el numeral 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, según el cual es principio de la función jurisdiccional: “La motivación escrita de las resoluciones judiciales, en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”. Así, la obligatoriedad de motivar representa un principio jurídico-político de controlabilidad, pero no se trata solo de un control institucional a través de los recursos, sino de un control generalizado y difuso, pues trasciende a las partes y está dirigido al

público¹. Lo que garantiza la verificación de las razones o justificaciones objetivas que llevaron a cabo los jueces al asumir determinada posición (Sentencia del Tribunal Constitucional número 1480-2006-AA).

- b)** En la presente causa se agotó la doble instancia y el ámbito de examen de la garantía de presunción de inocencia se circunscribe a una triple comprobación; a saber: **(i)** si la Sala Superior resolvió cumpliendo el ámbito de su potestad revisora —límites en la revisión y respuesta a los motivos de impugnación en apelación—, **(ii)** si se sustentó en verdadera prueba y si excluyó la prueba ilícita y **(iii)** si esta se apoyó en su relato fáctico en pruebas inculpatorias, conforme: STSE 390/2009 (Recurso Casación número 828-2017/CAJAMARCA, del siete de mayo de dos mil dieciocho, fundamento segundo).
- c)** El artículo 8.2.d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza a todo imputado el derecho de defenderse personalmente —autodefensa— o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor —defensa técnica—. Es la doble dimensión de este derecho instrumental de la garantía de defensa procesal, que el Tribunal Constitucional rotula de material en el caso de la autodefensa y de formal en el caso de la defensa técnica². En ambos casos se garantiza el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión. El artículo 139, numeral 14, de la Constitución Política del Estado reconoce el derecho a la defensa, en virtud de lo cual se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (penal, civil, mercantil, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho

¹ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Palestra: Lima, 2009, p. 15.

² SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones conforme el Código Procesal Penal de 2004*. Lima: 2015, Inpeccp, p. 125.

de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos (STC 6648-2006-PHC/TC, FJ 4).

Tercero. El recurrente alega que se afectó la garantía constitucional del debido proceso, vinculada a los derechos señalados precedentemente, porque no se le notificó para participar en la entrevista de cámara Gesell de la menor agraviada identificada con las iniciales E. N. G. N.

En el proceso penal, la defensa técnica del procesado cuestionó tal defecto fundamental sobre la exigencia de participación de su defensa en la entrevista de cámara Gesell, desde la audiencia de control de acusación (folios 132 a 138) e incluso solicitó el sobreseimiento de la causa (folios 59 a 62 del cuaderno de formalización de investigación preparatoria), en la etapa de juicio oral (folios 142 a 145) y mediante los medios impugnatorios —apelación y casación—.

Cuarto. Empero, en la sentencia de primera instancia (folios 195 a 256), se desplegó un análisis de los medios probatorios de cargo y descargo, que fue confirmado en todos sus extremos por la sentencia de vista (folios 358 a 377), respecto a los cuestionamientos —en el fundamento 5 y los fundamentos 12 y 15, respectivamente—, los cuales se desestimaron en razón de que —sobre el hecho de que también la expareja de su madre, Fernando Daniel Viglienzezone Cornejo, la besaba y la hacía tocar sus partes genitales, y que él le había tocado las partes íntimas con la mano—, este nuevo hecho no fue previsto por el Ministerio Público y se suscitó de manera espontánea. No fue posible suspender la entrevista de cámara Gesell —para notificar al recurrente que concurra a dicha entrevista—, pues ello prolongaría la diligencia hasta lograr notificar válidamente al acusado y habría retardado el desarrollo de dicha diligencia —e interrumpido el relato libre y espontáneo que realizaba la menor, con el peligro de ser

influenciada por terceras personas—. Asimismo, se presentan los supuestos que contiene el fundamento 38 del Acuerdo Plenario número 01-2011/CJ-116; por tanto, no se dispuso nueva declaración de la menor agraviada, para evitar su revictimización. Pero el recurrente tuvo conocimiento del proceso desde que se instauró y su derecho de defensa estuvo garantizado.

Por último, se indicó que la defensa técnica del recurrente no planteó tutela de derecho en la etapa de formalización de la investigación preparatoria, para cuestionar o invalidar las pericias realizadas; por tanto, no ejercitó oportunamente el instrumento penal idóneo para excluir el material probatorio cuestionado conforme al Acuerdo Plenario número 4-2010/CJ-116 —fundamentos 11 y 17—.

Quinto. Como se aprecia, los fundamentos desarrollados por las instancias de mérito, que otorgaron valor probatorio a la declaración de la víctima en la entrevista de cámara Gesell —materializada sin haberse emplazado al recurrente ni a su defensa—, resultan a todas luces insuficientes, pues no se hizo un juicio de ponderación de los derechos en cuestión, esto es, entre el derecho a la no revictimización y el derecho de defensa; tal omisión colisiona con la garantía constitucional de motivación —falta de motivación—, vinculada, inclusive, con el principio de presunción de inocencia del recurrente, aun cuando en el razonamiento se consignó que no era posible paralizar la entrevista de cámara Gesell por las razones brindadas precedentemente, para evitar la revictimización de la agraviada. Sin embargo, no se brindó respuesta alguna respecto a los agravios esgrimidos sobre la afectación del derecho de defensa que se cuestionó en el proceso penal, por lo que resulta evidente que se configuró la causal de falta de motivación de la resolución judicial, prevista en el artículo 429, causal 4, del Código Procesal Penal.

Sexto. Además, la Sala Superior no consideró que, si bien por imperativo legal, la regla general es que solo se tome una declaración a la víctima

—por el principio de interdicción de la doble victimización y el principio general del superior interés del menor—, su no repetición está condicionada, desde luego, a la corrección de su ejecución —a cargo de un experto y bajo protocolos consolidados que apunten tanto al debido esclarecimiento de los hechos cuanto al cuidado de la situación personal de la agraviada— y al respeto del principio de contradicción —presencia de la defensa técnica de las partes procesales e intervención en la formulación de preguntas, repreguntas y objeciones, si así fuere menester—, cabe precisar que, sobre el particular existe una Guía de Procedimiento de Entrevista Única de la Víctima, aprobada por la Fiscalía de la Nación, criterio último ya desarrollado por este Supremo Tribunal en la Sentencia Casatoria número 21-2019/ Arequipa.

Lo esencial y determinante es que la entrevista única en cámara Gesell se ejecute bajo los requisitos antes indicados y, de ser así, tendrá eficacia probatoria para desvirtuar la presunción de inocencia y, por ende, podrá ser valorada por el juzgador conforme a las reglas de la sana crítica.

Séptimo. Ante tal exigencia de corrección en la ejecución de la entrevista a la víctima en cámara Gesell, acto al que como repetimos, no fue emplazado el recurrente, se vulneraron garantías constitucionales previstas como causal casatoria en el artículo 429, numeral 1, del Código Procesal Penal. Queda claro que tal incorrección configura una única posibilidad de excepción razonable de la regla de no repetición de la declaración de la víctima con la concurrencia de esta al plenario.

En ese contexto, el Estado, a través del órgano jurisdiccional, está obligado no solo a garantizar que los participantes en aquella entrevista estén presentes, sino a materializar el esclarecimiento de la verdad, dentro de un juicio justo y equitativo, para así cautelar los derechos de las partes; con protección especial a la víctima, de conformidad con el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, que linda con su desarrollo y dignidad.

Octavo. La prueba de oficio es excepcional, de conformidad con el artículo 385, numeral 2, del Código Procesal Penal y el artículo 194, primer párrafo, del Código Procesal Civil, y este último es aplicable supletoriamente para segunda instancia —lo faculta la Primera Disposición Final del citado cuerpo normativo—. El juzgador puede acudir a tal prerrogativa siempre que sea indispensable para obtener la verdad material —potestad revisora de la verdadera prueba—. La omisión de acudir a la misma solo será casacionalmente relevante cuando esta sea soslayada, pese a su pertinencia y utilidad manifiesta para el esclarecimiento de la verdad; ello no solo deriva de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano, sino también de la propia Constitución Política del Estado, en su artículo 44, donde se establece la obligación estatal de cautelar todos los derechos y especialmente, aquellos que afectan la dignidad del ser humano³ (Recurso Casación número 1046-2019/Arequipa, veintidós de abril de dos mil veintiuno, fundamentos 17, 18 y 19).

Noveno. Ante los cuestionamientos plasmados —por afectación a las garantías constitucionales fundamentales—, las instancias de mérito tenían expedito como instrumento legal, acudir a la prueba de oficio, consistente en tomar un examen a la víctima en la etapa de juicio oral o en audiencia de apelación, dado que la declaración de la víctima en la entrevista en cámara Gesell a nivel preliminar no se realizó conforme a las exigencias formales mínimas que garantizan la defensa del recurrente; así está establecido claramente en el segundo párrafo del fundamento 38 del Acuerdo Plenario número 1-2011/CJ-116, como forma excepcional. Ello con el cuidado y respeto debido a la persona de la víctima, a su integridad emocional y, estrictamente, bajo los parámetros de actuación previstos en el artículo 171, numeral 3, del Código Procesal Penal. Así debe proceder la instancia jurisdiccional en el nuevo juzgamiento. En su defecto,

³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente número 2488-HC/TC-Piura, del dieciocho de marzo de dos mil cuatro, fundamento 9.

justificar expresamente las razones por las cuales se rechaza tal prerrogativa.

Décimo. En suma, se constata que las instancias de mérito, infringieron las garantías constitucionales del debido proceso vinculadas a la debida motivación, la presunción de inocencia y el derecho de defensa; tales razones conllevan amparar la casación interpuesta; consecuentemente, de acuerdo con la competencia de este Supremo Tribunal prevista en el artículo 433, numeral 1, del Código Procesal Penal, amerita que se declare la nulidad de las sentencias de vista y de primera instancia y ordenar se lleve a cabo nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, quien tendrá a su cargo emitir la decisión en alzada, siguiendo los criterios esbozados precedentemente.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces supremos miembros de la Sala Penal Permanente de Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del sentenciado **Fernando Daniel Viglienze Cornejo**, por las causales 1 y 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal, contra la sentencia de vista, del cuatro de abril de dos mil diecinueve, que confirmó la sentencia de primera instancia, del quince de octubre de dos mil dieciocho, que lo condenó por el delito de actos contra el pudor de menor, en perjuicio de la menor identificada con las iniciales E. N. G. N., a cinco años de pena privativa de libertad y fijó en S/ 1000 (mil soles) el monto por concepto de reparación civil, que deberá pagar en favor de la agraviada; con lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la misma sentencia de vista.

- II. Actuando como instancia, **DECLARARON NULA** la sentencia de primera instancia, del quince de octubre de dos mil dieciocho (folios 195 a 256), que condenó al citado encausado por el citado delito y agraviada.
- III. **ORDENARON** el desarrollo de nuevo juicio oral por otro órgano colegiado, teniendo en consideración los fundamentos de la presente ejecutoria suprema. **MANDARON** que se levanten las órdenes de captura emitidas contra Fernando Daniel Viglienze Cornejo.
- IV. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia privada mediante el sistema de videoconferencia, notificándose a las partes apersonadas ante este Supremo Tribunal, y que se publique en la página web del Poder Judicial.
- V. **MANDARON** que, cumplido el trámite respectivo, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen, a fin de proceder conforme a lo dispuesto.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

AK/egtch