



Conflicto penal y principio del interés superior del niño

a. El interés superior del niño es un derecho fundamental no escrito, de rango constitucional; su contenido específico dimana de la doctrina universal de los derechos humanos. Su especificidad radica en la especial condición de vulnerabilidad de la niñez, como etapa de la vida, y en la imposibilidad fáctica de que el niño defienda por sí mismo sus derechos. Por ende, requiere de una tutela reforzada, especial y diferenciada. Como derecho no escrito, derivado de la dignidad de la persona, es igualmente de alcance universal, y prevalece sobre cualquier enfoque cultural o interés colectivo que pueda limitarlo o perjudicarlo. Su jerarquía o superioridad se sustenta en el carácter fundante y limitador al poder público. Como valor fundamental, sustentado en un imperativo de justicia, es una garantía de su actuación. Su fuerza normativa fundamental pone en evidencia las funciones creadora, interpretativa, integradora, sistematizadora y, limitadora de los principios.

b. En el ámbito del conflicto penal, es un criterio relevante para resolverlo, en los casos en los que el especial interés del niño, como víctima o como integrante dependiente de la familia, debe prevalecer. El juez como garante de los derechos fundamentales -y sin sentido paternalista- debe ponderar integralmente los valores en conflicto y resolverlo bajo el criterio de eficiencia; esto es, procurando su máxima operatividad y la mínima restricción de derechos constitucionales.

Lima, seis de octubre de dos mil veinte

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del encausado **Cristian Yahayro Mina Flores** contra la sentencia del ocho de agosto de dos mil diecinueve (foja 336), emitida por la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que se le impone al citado imputado siete años de pena privativa de libertad, como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación de menor de edad, en agravio de la menor identificada con clave A7208; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo Figueroa Navarro.



CONSIDERANDO

I. Hechos imputados

Primero. La acusación fiscal (foja 206) se expresa en los siguientes términos:

- 1.1.** Se imputa al procesado Cristian Yahayro Mina Flores el haber mantenido relaciones sexuales con la menor agraviada desde el mes de agosto del año 2007, cuando él tenía dieciocho años de edad y la agraviada tenía trece años de edad, habiendo quedado embarazada como consecuencia de dichas relaciones sexuales.
- 1.2.** Asimismo, la menor agraviada señala que las relaciones sexuales que mantuvo con el procesado fueron con pleno consentimiento de ella, y que se produjeron en su domicilio, ubicado en la zona de Mirones Bajo, Cercado de Lima, pues ambos mantenían una relación de enamorados desde dos años antes de que ocurrieran los hechos materia del presente proceso.

II. Sentencia de la Sala Superior

Segundo. El Colegiado Superior, emite sentencia condenatoria (foja 336) por el delito de violación sexual de menor, teniendo en cuenta lo siguiente:

- 2.1.** Al inicio del juicio oral y tras escuchar la acusación fiscal (foja 282), se preguntó al acusado sobre la posibilidad de acogerse a la conclusión anticipada, previniéndolo que, de ser afirmativa su respuesta, no sería beneficiado con la reducción de pena¹. El procesado se acoge a la conclusión anticipada del proceso,

¹ Conforme al Artículo 5 de la Ley N° 30838, del 4 de agosto del 2018 no procede la terminación anticipada ni la conclusión anticipada en los procesos por cualquiera de los delitos previstos en los Capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal. Dicha restricción se reitera en la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N.º 30963, del 18 de junio de 2019.



declarándose culpable, indicando que la agraviada es su pareja con la que tiene una familia producto de ese hecho y que se ha hecho cargo de su familia. Del mismo modo, el abogado del acusado da su consentimiento a la aceptación de los cargos imputados, solicitando se le rebaje la pena por debajo del mínimo legal, y que el pago de la reparación civil debe ser mínimo por no haber descuidado a su familia; en razón de que se trató de relaciones sexuales consentidas por la agraviada; que durante el tiempo transcurrido han mantenido una convivencia: el hijo ya cuenta con once años de edad; cumple con la manutención de su hogar, y que por razones de economía tuvo que viajar a provincia a trabajar; precisa que es una persona responsable y trabajadora que nunca ha hecho abandono de hogar, carece de antecedentes penales, que el hecho imputado es un error de juventud ya que ambos (agraviado y procesada eran escolares), y porque existe el interés superior del niño, ya que hijo requiere de la presencia de su padre.

- 2.2.** En cuanto a la condena impuesta, el Colegiado Superior señala que, efectuando un control de legalidad, la conducta del procesado encuadra dentro de los presupuestos que tipifica el delito de violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173, inciso 2, del Código Penal.
- 2.3.** En lo atinente a la determinación judicial de la pena, teniendo en cuenta que la pena abstracta establecida para el delito de violación sexual de menor de edad, es no menor de 30 ni mayor de 35 años de pena privativa de libertad, el Colegiado Superior considera que:
- 2.3.1.** Tal marco de punición resulta desproporcionado para el caso en particular y desfavorable para la reinserción del penado a la sociedad, ello en atención a los principios rectores del



Derecho Penal tales como el de proporcionalidad y racionalidad de la pena, humanidad e interés superior del niño, así como de las funciones preventiva, protectora y resocializadora de la pena.

2.3.2. Debe considerarse la conducta del acusado después de la comisión del delito, al asumir su responsabilidad moral y económica con la menor agraviada tras su embarazo al seguir manteniendo la relación sentimental. Igualmente, valora su responsabilidad con el hijo fruto de dicha relación, quien depende del acusado tanto afectiva como económicamente y que, a la fecha de la sentencia, contaba con once años de edad y la agraviada con veintisiete años de edad.

2.3.3. En cuanto a sus condiciones personales, se trata de una persona con responsabilidad restringida por razón de su edad, ya que los hechos imputados acontecieron cuando tenía diecinueve años de edad, tiene secundaria completa pero carece de instrucción superior, por haberse dedicado a trabajar como repartidor desde su corta edad (diecinueve años) a fin de cubrir la manutención de su hijo, y que en la actualidad continua desempeñándose en la misma labor; además de carecer de antecedentes penales.

2.4. Con la precisión que no se le ha efectuado ningún descuento punitivo por acogerse a la conclusión anticipada, el Colegiado Superior le impone siete años de pena privativa de libertad y al pago de S/ 3 000 (tres mil soles) por concepto de reparación civil.

III. Expresión de agravios

Tercero. El recurrente Mina Flores mediante el recurso de nulidad, impugna la sentencia en el extremo del *quantum* de la pena impuesta en su contra, bajo los siguientes argumentos:



- 3.1.** La sentencia recurrida no está debidamente motivada. El Colegiado Superior, vulneró los principios de legalidad, proporcionalidad, lesividad y humanidad; asimismo, desconoció el interés superior del niño para los efectos de la disminución de la pena. La instancia de mérito, al momento de dosificar la pena, debió considerar que el recurrente reconoció su responsabilidad penal en los hechos imputados; de la misma manera, refiere que, los criterios de determinación de la pena están desarrollados en los artículos 45, 45-A y 46 del Código Penal, no obstante corresponde también determinar, si se presentan circunstancias atenuantes privilegiadas que no han sido recogidas positivamente en nuestra legislación, que justificarían la imposición de una pena por debajo del mínimo legal.
- 3.2.** El artículo 45 del Código Penal, establece como criterio de fundamentación y determinación de la pena a imponer, los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen. En el presente caso, el procesado y la agraviada ya forman una unidad familiar y que tienen un hijo, que se encuentra bajo la dependencia económica del primero, y que cumple con sus obligaciones como padre; en ese sentido, se debe tener en cuenta el principio del interés superior del niño, como factor determinante de disminución de la pena.
- 3.3.** Asimismo, el imputado está incurso en la regla de reducción de la pena por bonificación procesal por confesión sincera, por lo que corresponde invocar el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales; como también el Acuerdo Plenario N.º 4-2006/CJ-116 que no acepta limitaciones o exclusiones a la aplicación de la institución de la confesión sincera.



IV. Delimitación del análisis del caso

Cuarto. En el presente caso, dado que se trata de la impugnación de una sentencia conformada, la materialidad del delito esta fuera de toda controversia. En este sentido, los agravios expuestos por el recurrente se circunscriben al *quantum* de la pena impuesta, por lo que corresponde absolver el grado dentro de los límites del principio de congruencia recursiva, sin que ello implique soslayar su labor de efectuar un control de derecho a fin de verificar que la pena impuesta resulte acorde con los principios que regulan su determinación.

V. Fundamentos del Tribunal Supremo

Quinto. En un Estado Constitucional de Derecho, la persona humana y el respeto de su dignidad son el centro axiológico en torno al cual se estructuran y fundamentan todas las instituciones de la sociedad y del Estado. Como tal, la resolución de los conflictos jurídicos, y en particular los conflictos penales, debe realizarse mediante una evaluación integral de los principios. Desde una perspectiva cognitiva, los principios son normas o ideas fundamentales que rigen el pensamiento o la conducta². Su efecto fundante también se extiende al ámbito del procedimiento de determinación de las consecuencias jurídicas del delito, y en particular de la pena. En este contexto, la aplicación de los principios y de las normas secundarias, han de realizarse considerando no solo al declarado responsable sino a todos los involucrados, mediatos o inmediatos, en el conflicto penal. En este sentido, se establece en el artículo 45 del Código Penal, lo siguiente:

“El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:

1. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad.
2. Su cultura y sus costumbres.

² Diccionario de la Real Academia de la Lengua: 23ª edición.



3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad”.

Sexto. Estos criterios de fundamentación y determinación de la pena, deben aplicarse conforme a los fines integrales y múltiples de la pena, a los principios de proporcionalidad y humanidad y a los que, según el caso concreto, generen una protección reforzada y complementaria de los concernidos en situación de vulnerabilidad. Dentro de este marco valorativo, deben aplicarse los artículos 45 y siguientes del Código Penal. Como ha establecido la Corte Suprema, el principio de proporcionalidad, es una “garantía constitucional, de carácter transversal, anclada en cada derecho fundamental –la libertad personal en este caso– que guía el ámbito de restricción del mismo. A esta pauta legal, de los preceptos del Código Penal, sin embargo, corresponde igualmente determinar si se presentan circunstancias atenuantes privilegiadas –que no han sido recogidas positivamente en nuestra legislación–, causales de disminución de la punibilidad y/o reglas de reducción de la pena por bonificación procesal, en cuyo caso será posible la imposición de una pena por debajo del mínimo legal”³.

El interés superior del niño, como principio integrante del bloque de constitucionalidad

Séptimo. El interés superior del niño ha sido reconocido como una norma fundamental -vinculante- o principio básico en el artículo tres de la Convención de los Derechos del Niño (1989)⁴. En dicho instrumento

³ Considerando cuarto del Recurso de Nulidad 761-2018/Apurímac.

⁴ Su antecedente, pero con carácter no vinculante o de *soft law*, se remonta al principio 2 de la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (1924) en el que se señalaba que, en la actividad legislativa relacionada con la protección y desarrollo de la niñez, “la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. Así mismo, en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) se estableció que la infancia tiene “derecho a cuidados y asistencia especiales”. Del mismo modo, se estableció en el artículo II de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) que en la actividad legislativa de protección especial “la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño”. Con carácter vinculante, pero de aplicación a los hijos, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (1979) se establece que el interés de estos constituirá la consideración primordial en todos los casos (arts. 5b y 15.1.d).



internacional se establece:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño [...].

Ahora bien, en nuestro país no existe un reconocimiento constitucional expreso de este principio. De manera restringida se establece en el artículo cuatro de la Constitución vigente que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono [...]”⁵. Sin embargo, este principio forma parte del bloque de constitucionalidad, en la medida que su no reconocimiento expreso y general, no determina su exclusión como un derecho que se funda en la dignidad de la persona; está integrado normativamente a la Constitución, por mandato del artículo tres del Constitución⁶, que reconoce la posibilidad de incorporar derechos no escritos. Por tanto, el interés superior del niño es una norma de rango constitucional⁷.

Octavo. El interés superior del niño es un derecho fundamental pero privativo del niño como persona, puesto que su contenido específico dimana de la doctrina universal de los derechos humanos⁸. Su

⁵ En sentido similar se establecía esta protección en el artículo 8 de la Constitución de 1979: “El niño, el adolescente y el anciano son protegidos por el Estado ante el abandono económico, corporal o moral”.

⁶ “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

⁷ Esta norma ha sido objeto de desarrollo legislativo en el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337), en el que se señala que toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

⁸ Señalan con razón, Silvina Alegre, Ximena Hernández y Camille Roger que “La niñez y adolescencia son formas de ser persona, son etapas, no son transiciones [...]”. Cfr. El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas.

http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf



especificidad radica en la especial condición de vulnerabilidad de la niñez, como etapa de la vida, y en la imposibilidad fáctica de que el niño defienda por sí mismo sus derechos. Por ende, requiere de una tutela especial, reforzada y diferenciada, conforme a la naturaleza de las cosas. Como todo derecho humano es igualmente de alcance universal, y prevalece sobre cualquier enfoque cultural o interés colectivo que lo limite o perjudique; en ello radica su contenido axiológico superior. Su jerarquía o superioridad se sustenta en el carácter fundante y limita al poder público. En tanto valor fundamental, fundado en un imperativo de justicia, es igualmente una garantía o exigencia de actuación de todos los órganos del Estado. Por su carácter prevalente el interés superior del niño, en su desarrollo, pone en evidencia con mayor fuerza las funciones creadora, interpretativa, integradora, sistematizadora y, limitadora de los principios. En el ámbito del conflicto penal, es un criterio relevante para resolverlo, en los casos en los que el especial interés del niño, como víctima o como integrante dependiente de la familia, debe prevalecer. El juez como garante de los derechos fundamentales -y sin sentido paternalista- debe ponderar integralmente los valores en conflicto y resolverlo bajo el criterio de eficiencia; esto es, procurando la máxima operatividad de los principios y la mínima restricción de derechos constitucionalmente posibles. Para ello ha de examinar las circunstancias específicas del caso a fin de arribar a una respuesta estable, justa y equitativa especialmente para la niña, niño o adolescente⁹.

Noveno. Ahora bien, en el presente caso se tiene que el encausado Mina Flores, era una persona de dieciocho años once meses de edad

⁹ Cillero Bruñol, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

http://iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf



aproximadamente al tiempo de la comisión de los hechos¹⁰. A su vez, la menor agraviada tenía trece años y ocho meses a la fecha de hecho del objeto del proceso¹¹. El imputado es de condición socioeconómica baja, con grado de instrucción secundaria completa, y de ocupación repartidor y guía, a la fecha; además carece de antecedentes penales¹².

Décimo. Por otro lado, se ha podido determinar que el encausado Mina Flores ha sido uniforme y espontaneo en aceptar, desde que declaró en sede preliminar (foja 22) y en el juicio oral (foja 325), que de mutuo acuerdo tuvo relaciones sexuales con la agraviada porque era su enamorada. Por su parte, la agraviada de identidad reservada con clave A7208, en su declaración preliminar (foja 26) señaló que se trató de sexo voluntario, que desde antes de quedar embarazada en el año dos mil trece inició una relación de enamorados con el imputado, y que con él tiene el hijo, producto de la relación sexual, objeto de imputación. Así mismo refiere que mantienen una relación de convivencia, conforme se desprende de la declaración jurada (foja 311). Del mismo modo se tiene que el imputado es quien asume la responsabilidad económica, para cuyo efecto trabajaba en la empresa "Tottus" a la fecha de su captura, conforme a la Constancia de Trabajo de fecha 10 de julio de 2019 (foja 312). Aunado a ello, se tienen las declaraciones del padre de la agraviada quien ha señalado que tenía conocimiento que, a la fecha del hecho, su hija y el imputado eran amigos de colegio y posteriormente enamorados; y que tras los hechos se porta bien con su hija y con su familia (foja 24). Asimismo, en su declaración testimonial (foja 68) en términos similares,

¹⁰ Conforme se desprende de la ficha Reniec (foja 34) nació el 26 de septiembre de 1988, y a la sindicación de la agraviada de que empezaron a tener relaciones sexuales en agosto del 2007.

¹¹ De acuerdo con su partida de nacimiento (foja 122) nació el 18 de diciembre de 1993, y al mes de agosto de 2007, en el que refiere haber iniciado las relaciones sexuales con el procesado.

¹² Obrante a fojas 307, el certificado de antecedentes judiciales (foja 335) solo registra antecedente por el presente delito.



refiere que cumple con la manutención de su menor hijo.

Decimoprimer. Así las cosas, es especialmente relevante el hecho que el imputado y la agraviada hayan constituido una efectiva unidad familiar y que tengan un hijo, que está bajo la dependencia económica del primero, cumpliendo así sus obligaciones de padre. En este contexto, ha de estimarse la necesidad del mantenimiento del entorno familiar y de las relaciones familiares, cuidado y protección del menor hijo. Para ello se tiene en cuenta el principio básico del interés superior del niño, en los términos y con las especiales características que hemos señalado precedentemente. Por otro lado, el imputado ha tenido la condición de confeso desde el primer momento en que el conflicto se judicializa; por tanto, es de atender lo resuelto por el Acuerdo Plenario número N.º 4-2016/CIJ-116, de cuatro de junio de dos mil diecisiete –que no acepta limitaciones o exclusiones a la aplicación de la institución de la confesión sincera–.

Decimosegundo. En consecuencia, para efecto de la determinación de la pena, este Tribunal Supremo toma en consideración el superior interés del niño, en tanto la pena privativa de libertad efectiva afecta la unidad familiar y reprime a quien lo mantiene y protege. Por tratarse de un principio de rango constitucional, cuya incidencia en el ámbito punitivo es la de ser una causal de disminución de la punibilidad, opera como una circunstancia atenuante que, no obstante no haber sido incorporada al Código Penal, forma parte del ordenamiento jurídico. En este caso, como lo ha establecido la Corte Suprema, “La culpabilidad por el hecho, por consiguiente, se disminuye sensiblemente en este supuesto, lo que debe tener su proyección en la pena concreta, a tono con pautas del Código Penal en este tipo de instituciones de una disminución siempre discrecional y razonable de la penalidad conminada para el delito, que debe operar por debajo del mínimo de la punibilidad legalmente establecida para el hecho punible o su autor. Se trata, desde la perspectiva de la dogmática penal, de una “causal de disminución de la



punibilidad", necesariamente post delictiva, porque es intrínseca al delito desde la exclusión parcial de la categoría culpabilidad, en atención a su relación familiar positiva"¹³. En atención a lo expuesto, si se toma en consideración la calidad de responsable restringido, la diferencia de edad mínima entre el acusado y la agraviada, su aceptación del hecho imputado desde el primer momento es razonable fijar la sanción en cuatro años de privación de libertad. Si se asume además que se trata de una persona joven, trabajador, que mantiene a su familia –conviviente y con un hijo menor– y sin antecedentes, así como las propias circunstancias de comisión del hecho delictivo, es pertinente suspender la ejecución de la pena privativa de libertad –esta modalidad es suficiente para inferir que no volverá a cometer otro delito–.

DECISIÓN

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

- 1. DECLARARON HABER NULIDAD** sentencia del ocho de agosto de dos mil diecinueve, emitida por la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que se le impone al sentenciado Cristian Yahayro Mina Flores como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación de menor de edad, en agravio de la menor identificada con clave A7208, la pena de siete años de pena privativa de libertad; **la que reformándola: le IMPUSIERON** a Cristian Yahayro Mina Flores por el citado delito y agraviado, cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente en su ejecución por el plazo de tres años, bajo el cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) comparecer mensualmente al juzgado, personal y

¹³ Recurso de Nulidad N° 761-2018/Apurímac.



obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades; b) cumplir con el pago de la reparación civil; c) someterse al tratamiento psicológico que fije el juez de la causa; y, d) No volver a incurrir en nuevos hechos delictuosos.

2. **ORDENARON** su inmediata libertad siempre y cuando no exista mandato de detención o prisión preventiva emanada de autoridad competente; oficiándose para tal fin.
3. **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene. Hágase saber y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

AFN/jgma