**Sumilla.- i)** Los Jueces penales para expedir una sentencia de condena, además de basarse en razones legales, jurisprudenciales y doctrinales; a partir de la revisión del expediente deben ubicar el fundamento criminológico del acto juzgado, de modo que determinen las razones por las que se produjo la conducta que juzgarán. Este deber también se extiende a los Fiscales con la finalidad de evitar el empleo mecánico y excesivo del derecho penal. **ii)** El interés superior del niño es un principio que no se restringe a determinadas áreas, sino que su empleo es integral y sus alcances, en casos específicos, deben ser tomados en cuenta por los Jueces Penales cuando los efectos de sus sentencias recaigan en menores de edad.

Lima, veinticinco de mayo de dos mil diecisiete.-

**VISTOS;** El recurso de nulidad formulado por Jesús Mario Aguilar Sante –en adelante Aguilar Sante, el sentenciado, el impugnante, el recurrente–; con los recaudos que se adjuntan al cuaderno correspondiente. Interviene como ponente el señor Sequeiros Vargas, Juez de la Corte Suprema.

**PRIMERO.- SENTENCIA IMPUGNADA** –Folios quinientos nueve, a quinientos setenta y seis y vuelta–.

Es la sentencia emitida por la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima que condenó a Jesús Mario Aguilar Sante como autor del delito contra la indemnidad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad en agravio de la menor de iniciales C.J.M.B.; y en consecuencia le impusieron treinta años de privación de la libertad; y fijó en dos mil soles el pago por concepto de reparación civil a favor de la agraviada.

**SEGUNDO.- POSTULACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN Y PROCEDIBILIDAD DEL RECURSO**

**2.1. FECHA DE LECTURA DE LA SENTENCIA**

La sentencia impugnada fue leída en la sesión llevada a cabo el tres de noviembre de dos mil quince en la sala de audiencias del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho, en la que intervino tanto el representante del Ministerio Público, así como el imputado y su defensor –Folio quinientos setenta y siete–, oportunidad en la que el titular de la acción penal expresó conformidad con el fallo adoptado; en tanto que el defensor del imputado interpuso recurso de nulidad.

**2.2. INTERPOSICIÓN DE LOS RECURSOS**

**2.2.1. PLANTEADO POR EL SENTENCIADO**

El escrito con el que formaliza y fundamenta la interposición de su recurso, fue presentado al día siguiente de su interposición, esto es el cuatro de noviembre de dos mil quince, planteamiento suscrito por el abogado defensor público del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que se halla dentro del plazo concedido y previsto en la Ley.

**2.3. PROCEDIBILIDAD DEL RECURSO**

Como se indica en el apartado primero, la decisión cuestionada es una sentencia condenatoria expedida en un proceso ordinario; por tanto conforme a lo estipulado en el literal a) del artículo doscientos noventa y dos del Código de Procedimientos Penales, el recurso de nulidad es legalmente procedente.

**TERCERO.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN**

**3.1. PLANTEADOS POR LA DEFENSA DEL SENTENCIADO** –Folios quinientos setenta y nueve, a quinientos ochenta y cuatro–.

- Desde los primeros actos de investigación el procesado negó su participación dolosa en los hechos materia de juzgamiento, declarándose inocente de los cargos imputados.
- No se consideró la edad de la víctima al tiempo de la presunta comisión delictiva quien tenía quince años y que las relaciones sexuales fueron consentidas.
- No se tomó en cuenta la declaración de doña María Simeona Berrospi Mendoza, quien precisó que la agraviada se embarazó cuando tenía dieciséis años de edad.
- Como consecuencia de las relaciones sexuales objeto del presente encausamiento, la presunta víctima y el procesado procrearon una hijo.
- La denuncia interpuesta data del siete de junio de dos mil doce.

**CUARTO.- OPINIÓN FISCAL** –folio treinta a treinta y cinco del cuaderno de nulidad–.

Mediante **Dictamen N° 880-2016-MP-FN-1°FSP**, la representante de la Segunda Fiscalía Suprema Penal **OPINÓ** que se declare **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida

## QUINTO.- IMPUTACIÓN

### 5.1. FÁCTICA

El Ministerio Público imputa a Jesús Mario Aguilar Sante el haber ultrajado sexualmente mediante chantaje a la menor agraviada de iniciales CJMB en el interior del hostal "Daixxa", ubicado en la avenida los Ciruelos, manzana C, lote dieciséis segunda etapa, canto rey del distrito de San Juan de Lurigancho, hechos ocurridos entre enero de dos mil nueve a noviembre de dos mil once, tiempo en el que el procesado tomó conocimiento de que la menor agraviada se encontraba en estado de gestación –Cfr, Acusación Fiscal, folio trescientos treinta y cuatro, a trescientos treinta y ocho–.

### 5.2. JURÍDICA

El Ministerio Público imputa la comisión del delito violación sexual de menor de edad, previsto en el inciso dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, cuyo texto vigente al tiempo de la presunta comisión delictiva fue;

> ***Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad***
>
> *El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:*
>
> *...*
>
> *2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.*

## SEXTO.- PRONUNCIAMEINTO JURISDICCIONAL

### 6.1. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

Concluido el acto de juzgamiento, únicamente interpuso recurso de nulidad el defensor técnico del sentenciado, habiéndose expresado el representante del Ministerio Público su conformidad con el fallo dictado.

Esta premisa nos determina a evaluar los extremos del recurso impugnatorio que reclama se declare la nulidad del juzgamiento; y reformando se absuelva a Aguilar Sante, así consta en el escrito que contiene los fundamentos del recurso de Nulidad.

## 6.2. ANÁLISIS JURISDICCIONAL

### A. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

- El empleo del poder punitivo del Estado no es una actividad automática, sino sometida al principio de razonabilidad. Los operadores jurisdiccionales deben conocer y comprender, además de las razones legales y jurisprudenciales, conceptos mínimos sobre criminología del delito investigado o juzgado, para concebir la trascendencia de su proceder en la persecución y el juzgamiento del delito evaluado.
- Imponer una condena en un hecho atípico o sin valoración probatoria adecuada de las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, implica truncar la vida del procesado; y por ende el fracaso de la persecución penal eficaz quebrando el principio de justicia sobre el que operamos todos los Jueces.

### B. PRONUNCIAMIENTO

Los agravios postulados por el recurrente se enfocan en cuestionar los siguientes aspectos: **i)** El surgimiento de un error respecto a la edad de la víctima, dado que según indica el imputado, mantuvo relaciones sexuales consentidas con la agraviada cuando esta esta era mayor de catorce años. **ii)** La coherencia de sus declaraciones y defensa propuesta durante el juicio de instancia. **iii)** A partir de los dos precedentes, que como consecuencia del presunto acto criminal procrearon una menor de edad, y posteriormente contrajeron matrimonio con la agraviada cuando el imputado se encontraba recluido en el establecimiento penal de San Juan de Lurigancho.

#### B.1. RESPECTO A LA EDAD DE LA VÍCTIMA AL TIEMPO DE LA PRESUNTA VIOLACIÓN SEXUAL

Conforme a los antecedentes, la imputación surgió por la denuncia efectuada por la madre de la víctima el once de junio de 2012 –Cfr. Folios uno a diez–.

La presunta víctima nació el uno de agosto de mil novecientos noventa y cinco, resulta relevante dada la vinculación que tiene respecto a la fecha de interposición de la denuncia; de tales datos colegimos que al momento de comunicar al Fiscal el presunto hecho delictivo, la víctima tenía dieciséis años de edad; en tanto que el ahora imputado treinta y tres años.

El tenor de la denuncia brinda como dato, que la agraviada habría iniciado una relación sentimental con el ahora sentenciado en enero de dos mil nueve, cuando esta tenía trece años y cinco meses de edad, y el mismo mes, sostiene la denunciante, que el imputado mantuvo relaciones sexuales consentidas con la agraviada; sin embargo en la denuncia no se imputa la realización de un acometimiento sexual violento en perjuicio de una menor de edad; sino de presuntas relaciones sexuales no permitidas por Ley en atención a la edad de la víctima y el bien jurídico que protegen los delitos contra la indemnidad sexual.

Un dato objetivo de las relaciones sexuales ahora juzgados es la gestación de la menor, en el que procrearon un hijo, de nombre Neymar Gonzalo Aguilar Mendoza –Folio doscientos cincuenta–, cuya fecha de nacimiento es el siete de septiembre de dos mil doce, esto es cuando la presunta agraviada tenía diecisiete años de edad.

Conforme a los recaudos, el procesado en su declaración a nivel policial indicó que mantuvo relaciones sexuales cuando la menor agraviada cuando esta tenía quince años, por indicación de ésta, negando las imputaciones formuladas por la agraviada en su declaración referencial respecto a relaciones sexuales durante el año dos mil nueve, siendo persistente con dichas afirmaciones tanto en sede de instrucción, así como en juicio oral.

En tanto que la agraviada en su declaración policial indicó que mantuvo relaciones sexuales por chantaje ya que el imputado la amenazaba con publicar fotos en internet si esta no accedía a sus pretensiones.

Con estos datos, no se puede concluir que el imputado hubiera perpetrado una violación contra la agraviada cuando esta tenía menos de catorce años de edad, dado que el dato objetivo fue el nacimiento de su menor hijo cuando la agraviada ya tenía diecisiete años, por lo que considerando el tiempo de gestación se tiene que el acto de procreación se produjo nueve meses antes, esto es cuando la agraviada ya tenía dieciséis años de edad.

Del mismo modo, se debe evaluar en este extremo las declaraciones tanto de la menor agraviada, su madre, así como el ahora imputado conforme al siguiente cuadro:

| DECLARACIÓN | NIVEL PROCESAL | | |
|---|---|---|---|
| | POLICIAL | INSTRUCCIÓN | JUICIO ORAL |
| C.J.M.B. *(Agraviada)* | Cuando tenía trece años, en marzo de 2009. Fj. 27 | Cuando tenía trece años, en marzo de 2009. Fj. 158 | Cuando tenía quince años. Fj. 495 |
| María Simeona Berrospi Espinoza *(Madre de la agraviada)* | Toma conocimiento del embarazo cuando su hija tenía dieciséis años de edad. Fj. 161 | | |
| Jesus Mario Aguilar Sante *(Imputado)* | Cuando la agraviata tenía quince años, en Mayo de 2011. Fj. 24 | Cuando la agraviada tenía dieciséis años. Fj. 225 | Cuando la agraviada tenía quince años. Fj. 384 |

Del esquema analizado, se tiene que la agraviada no mantuvo persistente su incriminación, y por el contrario sostuvo que su imputación se produjo por resentimiento debido al incumplimiento de sus obligaciones paternales respecto a su menor hijo; con estos supuestos la declaración inicial de la agraviada no cuenta son solvencia probatoria suficiente respecto a su edad, por lo tanto no se halla conforme a los estándares previstos en el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, sobre los requisitos de la sindicación de la agraviada. Por lo que al amparo del dato objetivo antes mencionado, y considerando la prohibición de generar interpretaciones *contra reo* es que consideramos que las relaciones sexuales se produjeron cuando la menor de edad tenía más de catorce años de edad, no admitiendo mayor debate un presunto error respecto a la edad de la víctima.

**B.2. LA COHERENCIA DE SUS DECLARACIONES Y DEFENSA PROPUESTA DURANTE EL JUICIO DE INSTANCIA**

El imputado en todo momento negó haber violado a la menor agraviada, pero sí reconoció haber mantenido una relación sentimental con esta, así como relaciones sexuales consentidas; y procrearon un hijo al que el imputado lo reconoció.

La imputación del acometimiento sexual violento merece ser evaluado conforme al tamíz de persistencia en la incriminación y ausencia de incredibilidad subjetiva, así tenemos lo siguiente:

| DECLARACIÓN | NIVEL PROCESAL | | |
|---|---|---|---|
| | POLICIAL | INSTRUCCIÓN | JUICIO ORAL |
| C.J.M.B. *(Agraviada)* | Fue un acto sexual violento, contra mi consentimiento. Fj. 26 | Violación sexual con chantaje, y para el primer encuentro sexual el procesado la dopó; sin embargo en la ampliación de su declaración precisó que las relaciones sexuales fueron consentidas. Fj. 272 | Conforme a su declaración jurada presentada, se retracta de su imputación inicial, indicando que acuso al procesado de violación por que este incumplía sus obligaciones paternales para con su menor hijo. Fj. 494 y ss. |
| **MARÍA SIMEONA BERROSPI ESPINOZA** *(Madre de la agraviada)* | No imputa acometimiento sexual violento contra su hija; sino relaciones clandestinas de esta con el imputado, y que las relaciones sexuales se produjeron por temor de la agraviada a que el imputado la abandonara. | No expresa declaración al respecto. Fj. 161; sin embargo en su ampliación de declaración, refiere que su hija le comunicó que no fue violada Fj. 274 | No declara en juicio; |
| **JESUS MARIO AGUILAR SANTE** *(imputado)* | Relación sexual consentida. Fj. 24 | Fue una relación sexual consentida Fj. 225 | Relación sexual consentida. Fj. 384 y ss. |

Conforme al resumen de declaraciones expresadas se tiene que la imputación respecto al verbo rector del delito de violación no se configura, dado que la agraviada sostuvo inicialmente que fue violada por el imputado, y en declaraciones posteriores expresó las razones por las que su señora madre denunció al ahora recurrente, así dicho extremo debe ser sometido a los estándares de valoración previstos en el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, dado que:

| AUSENCIA DE INCREDIBILIDAD SUBJETIVA[1] | VEROSIMILITUD[2] | PERSISTENCIA EN LA INCRIMINACIÓN[3] |
|---|---|---|
| En su declaración inicial indicó que fue objeto de un vejamen sexual; sin embargo en su declaración ampliada y en juicio oral sostuvo que la imputación la hijo por resentimiento al incumplimiento del sentenciado a sus obligaciones como padre del menor. Por lo que este requisito no se configura. | No existen corroboraciones periféricas de carácter objetivo que determinen que el sentenciado mantuvo relaciones sexuales con la agraviada cuando esta tenía menos de catorce años de edad, ni que cuando supero dicho periodo se hubiera sometido a la presunta agraviada contra su voluntad a sostener relaciones sexuales, tanto más si esta tanto en instrucción como en juicio oral indicó que fueron consentidas.<br>Asimismo el dato objetivo para el presente caso lo determina la fecha de nacimiento de su menor hijo, y la retrospección de nueve meses para determinar con certeza la fecha en la que tanto imputado como agraviada mantuvieron relaciones sexuales, esto es cuando la agraviada era mayor de dieciséis años. | Durante la instrucción y el juicio oral, la agraviada se retractó de la denuncia formulada por su señora madre, e indicó que mantuvo relaciones sexuales consentidas con el ahora imputado, cuando esta tenía más de catorce años de edad. |

En ese sentido, no se puede conservar como prueba de cargo la principal declaración de quien se constituye como sujeto pasivo de la acción y del delito en el presente caso; por lo

[1] Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza

[2] No sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.

[3] Debe observarse la coherencia y solidez del relato de la agraviada; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión de la agraviada no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.

que la fuerza probatoria del planteamiento fiscal se desvanece, generando la atipicidad de la conducta ahora imputada, ni de violación sexual previsto en el artículo ciento setenta del Código Penal.

**B.3. EVALUACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS POSTERIORES**

Al iniciar el análisis jurisdiccional, mencioné que los operadores jurisdiccionales deben emplear la razonabilidad al evaluar una causa, desdeñando la aplicación mecánica del derecho penal. dicha mención obedece a que en el presente caso, a la luz de lo ya evaluado precedentemente se tiene, como datos objetivos que la presunta víctima y el presunto agente delictivo procrearon una persona, la cual requiere atenciones y cuidado de sus padres. Este dato fue de conocimiento del Ministerio Público, así como del Tribunal que sentenció y condenó en instancia a treinta años de pena privativa de libertad, sin determinar la concurrencia de una conducta lesiva ni la infracción al bien jurídico.

En estos casos, si se tiene en cuenta la falta de persistencia de la incriminación y ausencia de verosimilitud del hecho, mal hace la justicia –*tanto fiscal y Juez*– en imponer una pena de privación de la libertad a una persona sin contar con sustento probatorio suficiente; pero además se debe tener presente que dicha sentencia no solo genera efectos en el sentenciado, sino en sus hijos; por lo que los Jueces penales no debemos descuidar al evaluar casos como este, el principio del *interés superior del niño.* No se trata de absolver a un procesado de violación por el nacimiento de un menor cono consecuencia de dicho acto; sino que dicho Principio exige a los jueces mayor cuidado y atención al tiempo de imponer una pena, cuando los efectos recaigan sobre sus padres –*afectación indirecta del delito*–. Sería injusto condenar a un inocente; pero mucho más injusto es dejar a un menor sin el cuidado de sus padres como consecuencia de una sentencia que erróneamente dicta una condena.

Del mismo modo, se debe valorar que tanto el procesado, así como la agraviada contrajeron matrimonio cuando este cumplía su pena en el establecimiento penal de San Juan de Lurigancho, este acto permite inferir, a partir de la declaración persistente del imputado, y la declaración tanto en instrucción y juicio de la víctima, que nunca hubo un

acto sexual violento, ni abuso de una menor de catorce años; y que el motivo de denuncia estuvo amparado en resentimientos de la víctima por el incumplimiento de sus obligaciones paternales del imputado; esto es casusas ajenas a las que generarían un acto típico de violación sexual, que en el caso no concurre; por lo que corresponde su absolución.

Finalmente resulta necesario precisar que el matrimonio entre las personas comprendidas en este proceso, sólo para éste caso, prueba que hubo una relación sentimental y atracción sexual mutua, puesto que una mujer violentada sexualmente no es razonable que contraiga matrimonio con quien la ultrajó, debido a que el resentimiento por ese acto genera rechazo, tanto más si conforme sostuvo la madre de la víctima –folio veinticuatro– la agraviada fue a visitar al impugnante en diversas oportunidades cuando este se hallaba recluido en el penal.

## DECISIÓN

Por ello, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, **CON LO EXPUESTO POR EL SEÑOR REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO ACORDARON:**

**I.- Declarar HABER NULIDAD** en la sentencia emitida por la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima que condenó a Jesús Mario Aguilar Sante como autor del delito contra la indemnidad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad en agravio de la menor de iniciales C.J.M.B.; y en consecuencia le impusieron treinta años de privación de la libertad; y fijó en dos mil soles el pago por concepto de reparación civil a favor de la agraviada.

**II.- ABSOLVER** a Jesús Mario Aguilar Sante de la acusación fiscal en su contra por la presunta comisión del delito contra la indemnidad sexual en agravio de la menor de iniciales C.J.M.B; su ahora esposa; y en consecuencia **DISPONER** la inmediata libertad de Aguilar Sante, la misma que se ejecutará siempre y cuando no exista otro mandato de detención emanado de autoridad competente; oficiándose para tal efecto vía fax a la sala Penal Superior de origen

**III.- ORDENAR** la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso y el archivo definitivo de la causa. Interviene la señora Jueza Suprema Chávez Mella por licencia del señor Juez Supremo Neyra Flores.

**S.S.**

PARIONA PASTRANA

CALDERÓN CASTILLO

**SEQUEIROS VARGAS**

FIGUEROA NAVARRO

CHÁVEZ MELLA

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

25 MAY 2017

IASV/WHCH