

# CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

## SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO NULIDAD N.º 316-2021/LIMA ESTE  
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

### **Error de subsunción jurídica. Tentativa inacabada de violación sexual**

*Sumilla.* No se está ante una causal de nulidad del fallo por vulneración del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, sino, en atención a la causa de pedir impetrada (hechos jurídicos relevantes de la pretensión impugnatoria), frente a un error de subsunción jurídica. El Tribunal Superior al desvincularse no infringió regla jurídica procesal alguna y, menos, una garantía o principio procesal de relevancia constitucional. Empero, más allá de esta posibilidad, lo cierto es que, propiamente, la desvinculación no es correcta. Todo da entender, desde los hechos narrados por la víctima –no descartados por la posición no uniforme e incoherente del imputado– que se trató de violar a la víctima, lo que no se logró por la oportuna llamada de la madre de la agraviada. Los hechos externos revelan la intención delictiva del encausado aprovechó que la niña estaba sola en su casa, ingresó a la misma y se abalanzó contra ella, besándola, haciéndole caricias libidinosas, le bajó el pantalón, a la vez que trató de echarla en la cama. Es pues una tentativa inacabada de violación sexual, no un delito contra el pudor. El imputado no se limitó a tocar indebidamente a la agraviada, sino que la dirección de su ataque delictivo fue más grave: violarla sexualmente. De otro lado no es del caso aumentar la pena impuesta. La litero-suficiencia de todo recurso no puede suplirse por el órgano jurisdiccional.

Lima, ocho de junio de dos mil veintiuno

**VISTOS:** los recursos de nulidad interpuestos por el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR DE LIMA ESTE y el encausado JOSÉ ANTONIO QUISPE CORRALES contra la sentencia de fojas trescientos cincuenta y siete, de dieciocho de diciembre de dos mil diecinueve, que condenó a Juan Antonio Quispe Corrales como autor del delito de actos contra el pudor de menor edad en agravio de R.L.F.R. a siete años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como al pago de dos mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene.  
Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

## FUNDAMENTOS

### § 1. DE LA PRETENSIÓN IMPUGNATIVA DE LAS PARTES PROCESALES

**PRIMERO.** Que el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR en su escrito de recurso de nulidad formalizado de fojas trescientos setenta y siete, de veintiséis de diciembre de dos mil diecinueve, requirió la nulidad de la sentencia. Argumentó que el Colegiado efectuó el cambio de tipo penal sin acudir al artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales; que los hechos acreditados revelan que el imputado, al echar en la cama y bajarle el pantalón a

la agraviada trató de violarla, por lo que se trata de un delito de violación sexual en grado de tentativa.

**SEGUNDO.** Que el encausado QUISPE CORRALES en su escrito de recurso de nulidad formalizado de fojas trescientos ochenta, de seis de enero de dos mil veinte, instó se disminuya la pena impuesta. Alegó que, como confesó los hechos, debe imponérsele una pena de cuatro años de privación de libertad.

### **§ 2. DE LOS HECHOS OBJETO DEL PROCESO PENAL**

**TERCERO.** Que, según la acusación fiscal de fojas ciento setenta y tres, el día veintinueve de mayo de dos mil dieciocho, como a las ocho horas, cuando la menor R.L.F.R., de doce años de edad [DNI de fojas cincuenta y uno], se encontraba sola en su cuarto de la vivienda donde reside, ubicada en la Manzana I, Lote 12, en la Urbanización Catalina Huanca, distrito de El Agustino, a punto de partir a su colegio, ingresó sorpresivamente a la casa su vecino, el encausado Quispe Corrales, de treinta años de edad [Ficha RENIEC de fojas cincuenta y dos], quien de improviso la besó en la boca y en el cuello, le dijo que la quería, le acarició los senos y la pierna, así como acto seguido le bajó el pantalón y la quiso echar a la cama, lo que fue interrumpido por los llamados desde el exterior de su madre, la denunciante Dina Lea Fernández Ramírez, situación que dio lugar a que huya.

### **§ 3. DE LA ABSOLUCIÓN DEL GRADO**

**CUARTO.** Que, frente al llanto de la niña R.L.F.R. y la comunicación de los hechos, su madre, Dina Lea Fernández Ramírez, denunció lo ocurrido. Fue ayudada por el Sereno Jorge Luis Tipe Quispe, de servicio en el Colegio donde estudia la menor agraviada, según declaró el primero en su declaración preliminar, con fiscal, de fojas ocho.

∞ Las declaraciones preliminares, con fiscal, de la madre de la menor agraviada y de su padre, Santiago Fernández Castellanos [fojas treinta y cinco y catorce, respectivamente], así lo confirman.

**QUINTO.** Que la menor agraviada R.L.F.R. en el acta de entrevista única de fojas veintidós precisó la irrupción del imputado a su vivienda cuando estaba sola y el hecho de que la besó en boca y cuello, le hizo caricias libidinosas, le bajó el pantalón y la quiso echar en la cama, no sin antes decirle que la quería, situación que no llegó a más porque su madre, Dina Lea Fernández Ramírez, al llamarla desde el exterior (estaba en casa de su hermana), dio lugar a que el imputado se dé a la fuga. Además, lo reconoció en sede policial en la diligencia, con fiscal, de fojas veintisiete.

∞ La pericia psicológica de fojas treinta y tres, ratificada plenariamente a fojas doscientos setenta y cuatro, da cuenta de la afección emocional que presenta la víctima con motivo de los hechos.

∞ No se llegó al acto de penetración sexual. Así lo confirma la pericia médico legal de fojas treinta y ocho. La pericia social de fojas ochenta y ocho da cuenta que la niña presenta riesgo moderado para su integridad física y emocional.

**SEXO.** Que el encausado Quispe Corrales en sede preliminar, con fiscal y abogado defensor, negó los cargos [fojas dieciséis]. Pero, en su instructiva de fojas ciento treinta y uno los aceptó y expresó estar arrepentido. En cambio, en su declaración plenarial de fojas doscientos tres volvió a decir que lo están acusando falsamente, aunque admitió que besó en el cuello a la agraviada, pues ingresó a la casa de aquélla para tratar de enamorarla.

**SÉPTIMO.** Que, ahora bien, es de tener en cuenta que la defensa del imputado en sede del Tribunal Superior solicitó que en su oportunidad se adecue el tipo penal acusado al de tocamientos indebidos [fojas doscientos seis, de doce de septiembre de dos mil diecinueve]. Además, en su alegato final de fojas trescientos cuarenta y tres, de once de diciembre de dos mil diecinueve, insistió en ese cambio de tipificación, a lo que el Ministerio Público en su alegato final y acusación oral cuestionó esa propuesta e insistió en el cargo de tentativa de violación sexual [fojas trescientos cuarenta y uno, de once de diciembre de dos mil diecinueve].

∞ En tal virtud, es patente que la condena por delito de actos contra el pudor no fue sorpresiva (no inobservó el principio de contradicción y, tampoco, el principio acusatorio). Fue un tema de debate, en el que el fiscal no fue ajeno e incluso se pronunció en contra de la propuesta o resistencia de la defensa del imputado. Si la contraparte, respecto de la calificación jurídica del hecho, planteó un tipo delictivo menos grave que vulnera el mismo bien jurídico, éste fue materia del plenario y el fiscal lo cuestionó en el alegato final, no hace falta planteamiento de tesis alguna, solo necesaria si el órgano jurisdiccional, de oficio, decide variar la tipificación.

**OCTAVO.** Que, entonces, el Tribunal Superior al desvincularse no infringió regla jurídica procesal alguna y, menos, una garantía o principio procesal de relevancia constitucional.

∞ Empero, más allá de esta posibilidad, lo cierto es que, propiamente, la desvinculación no es correcta. Todo da entender, desde los hechos narrados por la víctima –no descartados por la posición no uniforme e incoherente del imputado– que trató de violarla, lo que no se logró por la oportuna llamada de la madre de la agraviada R.L.F.R. Los hechos externos revelan la intención delictiva del encausado Quispe Corrales: aprovechó que la niña estaba sola en su casa, ingresó a la misma y se abalanzó contra ella, besándola, manoseándole los senos y la pierna, así como le bajó el pantalón y trató de echarla en la cama. Es, pues, una tentativa inacabada de violación sexual, no un delito contra el pudor. El imputado no se limitó a manosear a la agraviada, sino que la dirección de su ataque delictivo fue más grave: violarla sexualmente.

**NOVENO.** Que no se está ante una causal de nulidad del fallo por vulneración del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, sino, en atención a la causa de pedir impetrada (hechos jurídicos relevantes de la pretensión impugnatoria), frente a un error de subsunción jurídica, y así debe pronunciarse. Ello importa, desde la petición un fallo parcialmente revocatorio y no anulatorio.

- ∞ No obstante ello el fiscal, debido a su propio planteamiento, pese a que estimó acreditado que el delito cometido es el de tentativa de violación sexual de menor de edad, no requirió expresamente se aumente la pena impuesta, por lo que, a mérito al efecto devolutivo parcial de todo recurso, no es del caso aumentar la pena impuesta. La litero-suficiencia de todo recurso no puede suplirse por el órgano jurisdiccional.
- ∞ El recurso acusatorio debe estimarse parcialmente.

### DECISIÓN

Por estos motivos: **I. Declararon HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas trescientos cincuenta y siete, de dieciocho de diciembre de dos mil diecinueve, en cuanto condenó a Juan Antonio Quispe Corrales como autor del delito de actos contra el pudor de menor de edad en agravio de R.L.F.R.; reformándola en este extremo: lo **CONDENARON** por delito de violación sexual de menor de edad en grado de tentativa. **II. Declararon NO HABER NULIDAD** en el extremo que le impuso siete años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como al pago de dos mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. **III. DISPUSIERON** se remitan las actuaciones al Tribunal Superior de origen para la ejecución procesal de la sentencia condenatoria por el Juzgado competente; registrándose. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

**SAN MARTÍN CASTRO**

**SEQUEIROS VARGAS**

**COAGUILA CHÁVEZ**

**TORRE MUÑOZ**

**CARBAJAL CHÁVEZ**

CSMC/YLPR