



28

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA

R. N. N.° 2604-2017/LIMA NORTE

PONENTE: JOSÉ LUIS LECAROS CORNEJO

Desvinculación procesal

Sumilla. La desvinculación es razonable; el tipo legal es homogéneo. El principio de contradicción no ha sido inobservado.

Lima, veinticuatro de julio de dos mil dieciocho

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del acusado Julio César Verástegui Leiva, contra la sentencia del nueve de mayo de dos mil diecisiete (foja trescientos veintidós), aclarada el quince de noviembre de dos mil diecisiete (foja trescientos sesenta y cuatro), que lo condenó por el delito de actos contra el pudor, en perjuicio de la agraviada de iniciales H. E. R. C. S., a cuatro años de pena privativa de la libertad efectiva y tratamiento terapéutico, y fijó en cinco mil soles el monto que abonará por concepto de reparación civil.

Intervino como ponente el señor juez supremo José Luis Lecaros Cornejo.

FUNDAMENTOS

PRIMERO. La defensa técnica del acusado Julio César Verástegui Leiva en la formalización de su recurso (foja trescientos cincuenta), sostiene que:

- 1.1. Se aplicó la desvinculación procesal y lo condenó por el delito de actos contra el pudor, al advertir que concurren los elementos

subjetivos del tipo penal antes enunciado, sin tomar en cuenta el error de tipo alegado.

- 1.2. Se le aplicó cuatro años de pena privativa efectiva, sin tomar en cuenta que con esa pena podía haberse aplicado una conversión de la pena en jornadas de prestación de servicio a la comunidad; teniendo en cuenta que la menor no ha sido afectada, por el contrario, su defendido le dio alimentación, alojamiento, buen trato y nunca tuvo acceso carnal con la misma.
- 1.3. Ha existido frotamientos corporales del pene de su defendido con la vagina de la menor, conforme lo admitió, pero bajo la circunstancia de un error de tipo, ya que nunca supo la edad de la agraviada; por el contrario, esta, a través de su red social, señalaba que contaba con diecisiete años, lo cual aparentaba por sus características físicas.
- 1.4. Cuando la menor le reveló que tenía trece años, lo hizo desistir de su propósito, y optó solo por descansar con ella, y al día siguiente retirarse sin haber sostenido el acto sexual con la menor.
- 1.5. Existe una versión errada de la agraviada, en cuanto a que el acusado trabajaba para su padre; lo cual fue aclarado, ya que en su labor de mototaxista efectuaba servicio particular al padre de la menor, lo cual de ninguna manera implica una labor de subordinación de empleado del mismo; por ende, no está acreditado que este conocía la edad real de la presunta agraviada.
- 1.6. No se ha tenido en cuenta la concurrencia y predisposición de su defendido en el juicio oral, demostrando interés por esclarecer los hechos.
- 1.7. En cuanto al certificado médico legal practicado a la agraviada, el propio médico legista en el acto oral explicó que las lesiones extragenitales se han podido ocasionar por la fricción de un pene erecto frotando la vagina cuando no existe la suficiente



lubricación, y no porque se haya utilizado la fuerza física contraria a la voluntad de la menor, por lo que ello no se puede utilizar en contra de su defendido.

1.8. Se ha afectado uno de sus derechos fundamentales, como es su libertad personal e individual, pues con dicha medida será internado en una cárcel pública.

SEGUNDO. La tesis incriminatoria del Fiscal Superior se sustenta en que se imputa al acusado Julio César Verástegui Leiva haber llevado a la menor de iniciales H. E. R. C. S., de trece años de edad, el día siete de enero de dos mil diez, a un hostel ubicado en el jirón José María Arguedas (número mil seiscientos sesenta y cinco, manzana A4, lote veintiséis, Cooperativa César Vallejo, en San Martín de Porres), en donde le subió la falda y, con su pene, le empezó a sobar su vagina e intentó penetrarla sexualmente vía vaginal. Debe precisar que la menor agraviada, en su declaración, refirió que el procesado era su enamorado y consintió que pretenda afectar su integridad sexual; asimismo, los hechos se suscitaron aun cuando el procesado tenía pleno conocimiento de su minoría de edad.

TERCERO. El Colegiado Sentenciador desvinculó la conducta del acusado Julio César Verástegui Leiva del delito de violación de menor en grado de tentativa al delito de actos contra el pudor previsto en el artículo 176 del Código Penal.

CUARTO. El citado acusado Julio César Verástegui Leiva (instructiva de foja doscientos veinticuatro y en el pleno a foja doscientos setenta y ocho) y la menor agraviada (manifestación de foja veinticuatro, rendida con las garantías de ley), desde el inicio, aceptaron haber estado en el hotel Géminis, la noche del siete de enero de dos mil diez, en esas



31

circunstancias el acusado quiso mantener relaciones sexuales con la menor, para lo cual ella misma se retiró la ropa interior, el acusado se bajó el pantalón y, acto seguido, se subió encima de la agraviada y efectuó rozamientos y frotamientos con su pene en los labios genitales de la víctima. La menor sostiene que le dijo al acusado que no deseaba mantener relaciones sexuales y el acusado se detuvo; por su parte, el acusado indicó que la agraviada, en ese momento, le dijo que tenía catorce años y por eso se detuvo, y desistió de mantener relaciones sexuales con la agraviada.

Por dicho motivo, el acusado alega error de tipo; sin embargo, este conocía la edad de la agraviada pues había prestado servicios al padre de esta en el año dos mil nueve; además, la propia menor aseguró que este sabía que tenía trece años de edad; y si bien el imputado alega que la menor, en las redes sociales señalaba tener diecisiete años, en autos no obra prueba al respecto, tampoco de la contextura física fuera de lo normal de la agraviada, como aduce. Por su parte, el relato de la víctima resulta fiable, pues se verificó el parámetro de la coherencia y solidez, verosimilitud y persistencia, de tal forma que la pericia psicológica (foja setenta y dos) concluyó que la menor presentó un relato creíble; y, por tanto, veraz acerca de que el acusado sí conocía su edad antes del día de los hechos; de lo que se colige que no existe error de tipo como alega.

QUINTO. El Certificado Médico Legal N.° 000851, del ocho de enero de dos mil (foja treinta y tres), concluyó que la menor presentó himen complaciente, no signos de coito contranatura, lesiones en área genital ocasionadas por agente contundente (erosiones múltiples con equimosis periférica, en vestibulo vaginal y periné adyacentes a la horquilla). Al concurrir al pleno (foja doscientos ochenta), el médico perito ratificó el mismo y señaló que el borde del himen está intacto, que no sufrió ningún desgarró y existe un orificio amplio; en cuanto a las lesiones del



área genital, indicó que hubo fricción y presión; por eso se produjeron las erosiones, y que un pene en erección puede ocasionarlo cuando no existe una lubricación adecuada. Por lo que queda demostrado que, efectivamente, el acusado desistió de mantener relaciones sexuales con la agraviada.

SEXTO. Sin embargo, el Colegiado Sentenciador, al realizar la desvinculación, no valoró la minoría de edad de la agraviada, que se acreditó con el acta de nacimiento de foja doce, pues nació el diez de febrero de mil novecientos noventa y seis; esto es, al momento de los hechos contaba con trece años de edad.

En atención a lo expuesto, resulta evidente que la conducta del acusado Julio César Verástegui Leiva no se subsume en el delito de actos contra el pudor, previsto en el artículo 176, del Código Penal, sino en el delito de actos contra el pudor en menores, previsto en el inciso 3, del artículo 176-A, del Código Penal.

El Supremo Tribunal advierte que existe un error en la calificación del tipo penal y dicho error no genera la nulidad del juicio oral, pues puede corregirlo mediante la desvinculación procesal del tipo penal, salvaguardando las garantías constitucionales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva que tiene todo justiciable, bajo los principios de celeridad y economía procesal (Casación N.° 659-2014-PUNO); tanto más que la desvinculación está enmarcada dentro del tipo penal homogéneo y no genera agravio alguno al recurrente puesto que la pena no puede incrementarse.

SÉTIMO. Para la determinación judicial de la pena es pertinente tener en cuenta lo dispuesto en los artículos octavo y noveno, del Título Preliminar, del Código Penal, y los numerales cuarenta y cinco y cuarenta y seis del citado Código.



En el caso de autos, para efectos de la aplicación de la pena, el inciso 3, del artículo 176-A del Código Penal, sanciona el delito con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho; si bien el acusado tiene la condición de agente primario, pues carece de antecedentes penales (foja ciento diez), se advierte que no existe atenuante alguno, ni agravante prevista en el artículo 46 del Código Penal, no obstante al ser el acusado el único que impugna la sentencia no es posible aumentar la misma; por lo que, la impuesta por el Colegiado Sentenciador se encuentra arreglado a ley.

OCTAVO. Sin embargo, atendiendo a los principios de culpabilidad y proporcionalidad concreta y a la humanización de las penas, es posible prever, por razones de prevención especial, que una pena suspendida en su ejecución será suficiente para impedir que cometa nuevo delito, por lo que resulta de aplicación lo dispuesto por el artículo cincuenta y siete del Código acotado.

NOVENO. Por último, la reparación civil fijada es proporcional al daño causado.

DECISIÓN

Por estas razones, declararon: **HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida del nueve de mayo de dos mil diecisiete (foja trescientos veintidós, aclarada el quince de noviembre de dos mil diecisiete (foja trescientos sesenta y cuatro), que condenó a Julio César Verástegui Leiva, por el delito de actos contra el pudor en perjuicio de la agraviada de iniciales H. E. R. C. S., a una pena privativa de la libertad efectiva; y, reformándola, en estos extremos, **CONDENARON** al citado Julio César Verástegui Leiva por el delito de actos contra el pudor en menor, previsto en el inciso 3, del artículo 176-A, del Código Penal; le

IMPUSIERON cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años; y, **FIJARON** las siguientes reglas de conducta: i) no ausentarse del lugar de su residencia sin autorización del juez; ii) comparecer personal y obligatoriamente al Juzgado para informar y justificar sus actividades; iii) reparar el daño ocasionado, bajo apercibimiento de aplicársele las alternativas previstas en el artículo cincuenta y nueve del Código Penal, en caso de incumplimiento de alguna de las reglas de conducta señaladas. **ORDENARON** que se suspendan las órdenes de captura impartidas en su contra a nivel nacional e internacional; declararon **NO HABER NULIDAD** en la propia sentencia, en la parte que fija en cinco mil soles el monto de la reparación civil que deberá abonar a favor de la agraviada, y dispuso que el sentenciado sea sometido a tratamiento terapéutico, conforme con lo establecido en el artículo 178-A del Código Penal. **DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal de origen para los fines de ley. Hágase saber a las partes procesales personadas en esta Sede Suprema.

S. S.

LECAROS CORNEJO

SALAS ARENAS

QUINTANILLA CHACÓN

CHAVES ZAPATER

CASTAÑEDA ESPINOZA

JLLC/mrr

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Diny Yuranieva Chávez Veramendi
Secretaria (e)
Primera Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA