

**UNIVERSIDAD PERUANA LAS AMÉRICAS**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL  
DELITO DE VIOLACION CONTRA MENOR DE EDAD  
(TENTATIVA)**

**PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO**

**AUTOR:**

**ROSARIO VICTORIA LUQUE GALLOSO**

**ASESOR:**

**MIGUEL ANGEL VEGA VACCARO**

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN N° 3  
DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL**

**LIMA-PERÚ**

**MAYO, 2019**

**DEDICATORIA:**

Dedico el presente trabajo a mi familia y a todas las personas que me apoyaron en el camino profesional.

**AGRADECIMIENTO:**

Agradezco a Dios, a mis padres, mi esposo

Mis hijas, nietos y mi profesora.

## **RESUMEN**

El presente trabajo versa sobre el delito de violación de menor de edad en grado de tentativa, esto implica que el delito no se consumó. Esto puede deberse en general a muchos factores, por ejemplo, el hecho de que el agente desistiera de seguir ejecutando los actos que lo conllevaran a cometer el delito o porque en la ejecución del mismo fue interrumpido de completarlo o en el tercer caso, que habiéndolo ejecutado de manera completa no se hubiese producido el resultado esperado, esto es, la consumación del ilícito penal.

La doctrina define estas situaciones como tentativa, la cual es punible, siempre y cuando se hubiesen llevado a cabo todos los actos de ejecución que aseguraran la consumación del hecho, pues de lo contrario no constituiría conducta punible.

## **ABSTRACT**

This work deals with the crime of attempted rape of a minor, this implies that the crime was not committed. This may be due in general to many factors, for example, the fact that the agent desisted from continuing to carry out the acts that led him to commit the crime or because in the execution of the same he was interrupted to complete it or in the third case, that having done it executed in a complete manner, the expected result would not have occurred, that is, the consummation of the criminal offense. The doctrine defines these situations as tentative, which is punishable, as long as all the acts of execution that would ensure the consummation of the act have been carried out, since otherwise it would not constitute punishable conduct.

## TABLA DE CONTENIDOS

CARÁTULA .....	i
DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO .....	iii
RESUMEN .....	iv
ABSTRACT .....	v
TABLA DE CONTENIDOS .....	vi
INTRODUCCIÓN .....	01
1.- SÍNTESIS DEL HECHO QUE MOTIVÓ LA INVESTIGACIÓN:	02
1.1. Investigación Policial .....	02
1.2. Formalización de denuncia penal .....	03
2.- Fotocopia de la denuncia penal .....	04
3.- Fotocopia del auto de apertura de instrucción.....	05
4. Síntesis de la Instructiva.....	06
5.- Principales pruebas actuadas .....	08
6.- Fotocopia de los siguientes recaudos .....	08
7.- Síntesis del Juicio Oral .....	09
8.- Fotocopia de la Sentencia de la Sala Superior .....	12
9.- Fotocopia de la Sentencia de Sala Suprema .....	13
10.- Jurisprudencia .....	14
11.- Doctrina .....	19
12.- Síntesis Analítica del Trámite Procesal .....	24
13.- Opinión Analítica .....	27
CONCLUSIONES .....	29
RECOMENDACIONES .....	30
REFERENCIAS .....	31

## **INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo presenta un análisis y resumen del expediente penal N° 00341-2007-0-1401-JR-PE-04 por violación de menor de edad (tentativa), cometido por Yone Mariano Fernández Tuesta, el cual fue tramitado en su etapa de Instrucción por la Sexta Fiscalía Provincia Penal de Ica y el Cuarto Juzgado Penal de Ica y en su etapa de Juicio oral por la Primera Fiscalía Superior Penal de Ica y la Sala Liquidadora Permanente de Ica, mientras el recurso de nulidad fue resuelto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

En 2007, el Ministerio Público denuncia a Yone Mariano Fernández Tuesta por la presunta comisión del delito ya descrito en perjuicio de una menor de edad de seis años, por cuanto dicho individuo fue plenamente identificado y sindicado por la agraviada, quien señaló que estando en el patio de la casa de su abuela, jugando con otros niños, se alejó un momento y en esas circunstancias fue abordada por el denunciado quien le ofreció dinero y posteriormente la tomó del brazo para llevarla a una vivienda cercana que se encontraba vacía, presumiblemente para consumir el ilícito imputado.

A lo largo del proceso y a pesar de los argumentos esgrimidos por el Ministerio Público se podrá en evidencia que las pruebas presentadas no resultan suficientes para desvirtuar el principio constitucional de presunción de inocencia, ni para probar meridianamente que el denunciado realizó las acciones pertinentes tendientes a la consumación del hecho y que estas no se consumaron, concluyendo más bien en que si hubo alguna intencionalidad de parte del denunciado de perpetrar tal hecho, ello simplemente quedó en una etapa inicial del iter criminis, esto es, en la esfera interna del actor, constituyendo actos preparatorios, los cuales no son punibles por nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual la Sala Liquidadora lo absolvió del cargo imputado y pese a que el Ministerio Público recurrió en nulidad a la Sala Suprema, ésta declaró no haber nulidad sobre lo resuelto, quedando confirmada la motivación de los Magistrados que tuvieron a su cargo el fallo absolutorio.

## **I. SÍNTESIS DEL HECHO QUE MOTIVÓ LA INVESTIGACIÓN POLICIAL:**

El día 19 de febrero de 2007, siendo las 14.30 horas, cuando la menor de iniciales J.O.K se encontraba jugando en las inmediaciones del caño que está ubicado en la parte posterior de la casa de su abuela, ubicada en el Pasaje Unión s/n-Casablanca-Santiago, en donde también hay unas higueras, en compañía de su hermana Desiré Casimiro Osorio, sus primas Paola Shirle, su amiga Naida, su primo Yeremi, hizo su aparición el denunciado Yone Mariano Fernández Tuesta llamando a la menor agraviada, ofreciéndole dinero para luego acercarse a ella y jalarla del brazo; en esas circunstancias la menor logra zafarse y corre hacia el interior del domicilio para contar a su abuela Marian Gutierrez Echegaray lo sucedido, quien se encontraba con Haroldo Osorio Gutierrez, saliendo ambos de la casa para buscar al individuo y luego de unos minutos con apoyo de los vecinos lograron capturarlo para llevarlo a la Comisaría de Santiago-Ica.

### **1.1. INVESTIGACIÓN POLICIAL**

El personal de la Comisaría de Santiago, ante la denuncia presentada por Marian Gutierrez Echegaray, abuela de la víctima, contra Yone Mariano Fernández Tuesta por el delito descrito, realiza las siguientes diligencias:

- a) Comunicó de la Detención de Yone Mariano Fernández Tuesta a la Sexta Fiscalía Penal de Ica.
- b) Solicitó se practique el R.M.L de la menor víctima, recibéndose el CML 000771\_VLS.
- c) Con oficio N° 052-07.IXDIRTEPOL-RPI-CS, se solicitó las requisitorias del detenido a la Policía Judicial PNP de Ica.
- d) Acta de entrevista y nombramiento de abogado defensor del detenido Yone Mariano Fernández Tuesta.
- e) Se recepcionó la referencia de la menor agraviada ante el representante del Ministerio Público.
- f) Manifestación del detenido Yone Mariano Fernández Tuesta ante asesor legal y Fiscal.
- g) Manifestación de denunciante y del testigo Haroldo Osorio Gutierrez.



- h) Se realizó la Inspección en el lugar de los hechos con participación del Fiscal, el detenido y su asesor legal.
- i) Se confeccionó el Acta de Registro de Personal, Registro Domiciliario y Notificación de Detención.

El personal PNP de la Comisaría de Santiago, al finalizar las investigaciones preliminares elaboraron el Atestado Policial N° 11-06-IX-DIRTEPOL-RPI-CS de fecha 20 de febrero de 2007, concluyendo que la persona de Yone Mariano Fernández Tuesta presumiblemente habría cometido Delito de violación de menor de edad (tentativa) contra la menor de iniciales J.O.K., el día 19 de febrero de 2007 a horas 14.30 aproximadamente en el Sector Calle Unión s/n Casablanca-Santiago, y pone a disposición de la Sexta Fiscalía Penal de Ica al presunto autor en calidad de detenido.

## **1.2. FORMALIZACIÓN DE LA DENUNCIA PENAL**

El 20 de febrero de 2007, El Fiscal Provincial Penal de Ica, en mérito a los recaudos contenidos en el Atestado Policial N° 11-06-IX-DIRTEPOL-RPI-CS formuló denuncia penal N° 025-2007-6ta. FPP-ICA, contra YONE MARIANO FERNANDEZ TUESTA, por el delito de TENTATIVA DE VIOLACION DE LA LIBERTAD SEXUAL en perjuicio de la menor (J.O.K), cuya identidad es reservada de conformidad con lo estipulado en la Ley N! 27115. Tipificándose dicho delito en el Inciso 1 del artículo 173° del Código Penal que reprime con cadena perpetua; poniendo a disposición del Juzgado Penal al presunto autor del ilícito penal en calidad de detenido.

## **II. FOTOCOPIA DE LA DENUNCIA PENAL**

### **III.FOTOCOPIA DEL AUTO DE APERTURA DE INSTRUCCIÓN**

#### **IV. SÍNTESIS DE LA INSTRUCTIVA**

El día 20 de febrero de 2007, siendo las 21.20 horas fue puesto a disposición del Segundo Juzgado Penal de Ica, el inculpado Yone Mariano Fernández Tuesta, con el objeto de rendir su instructiva. Luego de brindar sus datos personales y descripción física, le formularon una serie de preguntas entre las que podemos destacar:

Se le preguntó si se encontraba conforme con su manifestación policial poniéndole a la vista el acta de entrevista que corre en autos, manifestando encontrarse de acuerdo procediendo a ratificar su contenido, precisando que declaró sin ninguna presión.

Se le preguntó si conocía a Marina Itala Gutierrez Echegaray y Haroldo Osorio Gutierrez, así como a la menor de iniciales J.O.K., a lo que contestó señalando que recién los conoció cuando es retenido por ellos el día anterior aproximadamente a las 15.30 horas.

Respecto a las actividades a que se dedicaba, respondió que era agente vendedor de retratos al óleo desde el año 1998, cuyos trabajos eran realizados por artistas en la ciudad de Lima, pero que va por distintas zonas del país a ofrecer ese servicio, sin embargo no lo ha hecho de manera continua pues tuvo que someterse a un tratamiento psiquiátrico por depresión crónica y por otros temas personales. Que conoce la parte norte y sur del país en razón de su trabajo, habiendo llegado incluso hasta Ecuador y que el domingo 18 había llegado recién a la ciudad de Ica donde tenía planificado hacer una campaña durante el mes de mayo por el día de la madre.

Respecto al domicilio fijado en esa ciudad para realizar el trabajo propuesto, contestó que se había ubicado en un hotel de la Calle Independencia cerca de la Plaza de Armas de esa ciudad, precisando que el trabajo realizado por él era la colocación de cuadros pintados de parejas o de más familiares, lo cual ofrecía de casa en casa por un monto mínimo de S/. 180.00.

Respecto a la pregunta de qué objetos habían sido requisados al momento de su intervención señaló que llevaba una cámara fotográfica, un cuadro, un folder negro con propaganda y catálogos.

A la pregunta de si sabía por qué había sido detenido manifestó que se le detuvo por una calumnia por parte de la abuela de la agraviada, por un hecho que no había cometido ya que el día de los hechos salió del hotel y se dirigió a Santiago donde trabajó hasta las 13.30 horas y luego de almorzar en un restaurante aledaño se dirigió a la zona donde vive la agraviada visitando varias casas del lugar, elaborando incluso un croquis del lugar en el que presuntamente se habrían desarrollado los hechos.

Al llegar al domicilio de la agraviada y llamar al dueño salió un joven que lo atendió quien no aceptó sus servicios, se da la vuelta para visitar otra casa, donde la vecina tampoco aceptó la oferta, y luego observa un grupo de niños jugando y le preguntó a la agraviada por su mamá, quien le dijo que no estaba, procediendo a pedirle agua para beber y en ese momento salió una niña mayor de la casa que ya había visitado quien llamó a los niños y se retiraron del lugar, continuando su recorrido hacia la última casa porque lo demás eran terrenos descampados.

Respecto al tiempo transcurrido entre que conversó con la agraviada y fue detenido por los vecinos, dijo que pasó algo de veinte minutos, señalando que fue detenido cuando ya estaba en la zona del frente.

Respecto a la pregunta si se encontraba escondido detrás del muro de una casa, conforme afirma un vecino, señaló que esa afirmación era falsa.

Sobre la pregunta de por qué no pidió agua a las personas adultas con las que se entrevistó y tuvo que hacerlo con la menor agraviada, señaló que al conversar con las otras personas no sintió sed y por eso no pidió agua y que pedir agua a la menor fue el peor error de su vida. También se rectificó señalando que sí habló con la menor antes de ser retenido, pero negando que hubiese ofrecido dinero a la menor y menos que la hubiese cogido de la mano con intenciones de llevarla al fondo.

Sobre la pregunta de por qué cree que lo han denunciado por tentativa de violación y por qué la agraviada lo incriminó, respondió que la versión de la niña proviene de su abuela y su tío, probablemente porque con anterioridad por dicha zona había llegado un vendedor de ropa de cama que intentó llevarse a una

menor de trece años con la finalidad de violarla, pues eso se lo habían comentado durante la diligencia de inspección realizada en la zona.

El denunciado negó en todo momento haber tocado a la menor, señaló que sabe que eso es un delito y que nunca ha tenido un problema similar, que nunca tuvo la intención de hacer daño a nadie y añadió que el día de los hechos fue agredido por el tío de la agraviada quien le propinó un puñete en el ojo izquierdo antes de retenerlo.

## **V.- PRINCIPALES PRUEBAS ACTUADAS**

- 5.1. La Declaración Instructiva de Yone Mariano Fernández Tuesta
- 5.2. La Declaración Referencial de la agraviada
- 5.3. La Declaración Testimonial de Marina Gutiérrez Echegaray
- 5.4. La Declaración Testimonial de Haroldo Osorio Gutiérrez
- 5.5. El Acta de Inspección Judicial
- 5.6. Acta de Ratificación de Certificado Médico Legal
- 5.7. Partida de Nacimiento de la víctima
- 5.8. Certificado de Antecedentes Penales del acusado
- 5.9. Certificado de Antecedente Policiales del acusado

## **VI.- FOTOCOPIA DE LOS SIGUIENTES RECAUDOS**

- 6.1. Atestado Policial
- 6.2. Dictamen Fiscal
- 6.3. Informe Final
- 6.4. Acusación Fiscal
- 6.5. Auto de Enjuiciamiento

## VII.- SÍNTESIS DEL JUICIO ORAL

El juicio oral se realizó en tres sesiones, pues por lo extensa tuvo que suspenderse hasta en dos ocasiones, llevándose a cabo la primera el 16 de noviembre de 2011, la segunda el 18 de noviembre de 2011 y la tercera el 23 de noviembre de 2011.

Con fecha 16 de noviembre del año 2011, la Sala Conformada por los Jueces Superiores Renán Zenobio Quiroz Cárdenas, Alfredo José Sedano Núñez y Elcira Farfán Quispe se dio inicio a la audiencia con la presencia del acusado, su abogado defensor y el Fiscal Superior.

Acto seguido el Director de Debates pregunta al Fiscal y abogado si ofrecerán nuevas pruebas, contestando negativamente el primero de ellos, mientras que el abogado presenta recibos por honorarios de su patrocinado que acreditan que se dedica a la venta de cuadros, los cuales son admitidos al proceso para meritarse en su oportunidad.

Luego el Fiscal Superior oraliza la Acusación Fiscal de autos y acusa a Yone Mariano Fernández Tuesta por el delito de violación sexual de menor pidiendo la imposición de cadena perpetua y reparación civil de mil soles.

El Director de debates le informa al acusado sobre las bondades de la ley 28122 (ley de conclusión anticipada) y para cuyo efecto le pregunta si reconoce la comisión del delito imputado, y acepta la reparación civil, respondiendo negativamente el acusado.

A continuación el Fiscal Adjunto Superior interroga al acusado, preguntando dónde se encontraba el 19 de febrero de 2007, a lo que el acusado contesta: trabajando en Santiago.

A la pregunta ¿Dónde trabaja usted? Contestó que trabajaba por su cuenta y que su trabajo era pintura al óleo.

A la pregunta ¿Qué hacía por la casa de la menor? Respondió, estaba trabajando.

A la pregunta ¿En qué circunstancias se encontró con la menor? Responde que entró por la parte de atrás, dio la vuelta y se encontró con una señora, y desde donde estaba le pidió agua a la niña y que el tío de la niña le había dado un puñete cuando él no había hecho nada.

A la pregunta si tuvo algún problema con los familiares de la menor, respondió que no y también negó haber ofrecido dinero a la niña. Que tiene veinte años trabajando y nunca ha tenido problemas.

A la pregunta de ¿Por qué no pidió agua a las personas que se negaron a comprar sus cuadros? Dijo que fue un error haber pedido agua a la menor y que normalmente cuando trabaja no molesta a sus clientes con esas cosas.

Por su parte el abogado defensor y también los magistrados del colegiado efectuaron preguntas para complementar las respuestas dadas al Ministerio Público, preguntas relativas al día de los hechos y en general a su forma de ganarse la vida pero sobre todo al ilícito que se le imputaba, las cuales fueron absueltas por el acusado de manera clara y precisa.

Durante la primera sesión el abogado defensor solicitó la variación del mandato de detención impuesto al acusado por el de comparecencia al no haber medio de prueba que acreditara la imputación efectuada, y al correr traslado al Ministerio Público éste señaló que debía ser declarado improcedente el pedido pues no se habían presentado nuevos elementos de prueba que desvirtuaran la suficiencia probatoria ni, el peligro procesal, siendo resuelto en la segunda sesión, esto es, el 18 de noviembre de 2011, fecha en la que lo declaran improcedente.

Seguidamente se dio lectura a las piezas procesales del Ministerio Público, del abogado defensor y de la Sala y luego de escucharse el alegato del abogado defensor se suspendió la sesión nuevamente.

Con fecha 23 de noviembre se reanuda la audiencia y el Director de debates pregunta al acusado si está conforme con la defensa de su abogado a lo que responde afirmativamente, añadiendo que se considera inocente del cargo



efectuado por el Ministerio Público, declarándose en este acto cerrado el debate oral.

Seguidamente el Director de debates dispone la suspensión por unos minutos para emitir el fallo y reabierta la audiencia dispone la lectura de la sentencia de cuya parte resolutive informa que fallaron absolviendo al acusado, ordenando la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales, así como el endoso a favor de Yone Mariano Fernández Tuesta del depósito judicial por caución por la suma de S/. 200.00 (DOSCIENTOS CON 00/100 SOLES), el archivo definitivo de la causa y su inmediata excarcelación.

Preguntado el señor Fiscal Superior si estaba conforme con la sentencia expedida dijo que interpondría recurso de nulidad, con lo que se dio por concluida la audiencia.

**VIII.- FOTOCOPIA DE SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

**IX.- FOTOCOPIA DE SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

## **X.- JURISPRUDENCIA:**

### **R.N. 1438-2010- Lima (S.P.P.)**

“Octavo: Que, siendo ello así, consideramos que en base a las pruebas de cargo antes anotadas, se encuentra acreditada la responsabilidad penal del encausado (...) en el delito de violación sexual en perjuicio de la menor de iniciales K.J.E.J, más aún, si se tiene en cuenta que las declaraciones de la referida menor cumplen con las garantías de la certeza establecidas como lineamientos jurisprudenciales en el acuerdo plenario número dos guión dos mil cinco/cj guión ciento dieciséis de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco emitido por las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, siendo de importancia relevar al respecto que no advierte de autos razón objetiva alguna por la cual la aludida víctima tenga un ánimo espurio de venganza, odio u otro similar hacia el encausado que motivara una imputación tan grave como la que es materia de investigación”.

### **R.N. 2363-2011- Lima (S.P.T.)**

“Quinto: (...) el encausado (...) admitió tanto a nivel de instrucción como en acta oral-acogiéndose a la conclusión anticipada del proceso –que las relaciones sexuales que sostuvo con la víctima fueron consentidas- versiones que coinciden tanto con las brindadas tanto por la menor agraviada y por la madre de esta última, quien contaba aproximadamente con quince años de edad cuando sucedieron los hechos, conforme se verifica de su partida de nacimiento de fojas once. Sexto: (...) sobre dicha base resulta de aplicación al caso el Acuerdo Plenario 4-2008/CJ-116, cuando precisa que: ”procede la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes que cuentan con catorce años de edad o más, que carece de trascendencia la diferencia de edades que haya entre sujeto activo y pasivo o el vínculo sentimental que exista entre ellos, en tanto en cuanto no medie violencia, grave amenaza o engaño – esto último solo relevante en el delito de seducción -...”

### **R.N. 3843-2012- Lima (S.P.T.)**

“Que, el delito de violación sexual se consuma con la introducción del pene aunque sea parcialmente; para la consumación del delito se requiere la penetración en los órganos sexuales de la mujer, sin que sea exigible la perfección fisiológica del coito, la cópula completa en su alcance y consecuencias, sin importar si se produce o no la rotura parcial o completa en himen con desfloración de una mujer. En el caso de autos, el propósito del acusado fue ultrajar sexualmente a la menor agraviada, pues el día anterior a los hechos le bajó el pantalón sin consumar el delito por causas ajenas a su voluntad, pues fue interrumpido por la amiga de la agraviada, por lo cual se vio forzado a retirarse del lugar, no sin antes amenazarla. Finalmente el diecinueve de febrero de dos mil diez, consumó el acto sexual contra la agraviada; por lo que los actos contra el pudor que alega haber cometido, quedan subsumidos en el delito de violación sexual de menor de edad”.

#### **R.N. 003825-2011-Ancash (S.P.T.)**

“Décimo Quinto: (...) luego de haberse determinado la responsabilidad de (..) anotamos que la imposición de la pena de cadena perpetua guarda correspondencia con su grado de responsabilidad y el injusto de su conducta, pues existe equivalencia razonable con la extensión y relevancia del daño ocasionado a los menores, así como con la trascendencia del bien jurídico lesionado, esto es, la indemnidad sexual, entendida como la preservación de la sexualidad de una persona cuando no estaba en condiciones de decidir sobre su actividad sexual aplicada a los menores e incapaces; debiendo agregarse que el encausado tuvo una posición familiar que le adjudicó autoridad y postestad de dominio sobre la voluntad de las víctimas por ser su padre, aprovechándose de esta circunstancia para agredirlos sexualmente en reiteradas oportunidades; todo lo cual constituye el fundamento necesario para imponer el máximo de la sanción prevista en la norma sustantiva para este ilícito, el cual ha sido subsumido en los incisos primero y segundo concordante con el último párrafo del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, modificado por el numeral uno de la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro”..

#### **Cas. 367-2011- Lambayeque (S.P.P.)**

Desde nuestra perspectiva y sobre la base de la teoría del dominio del hecho (...)– superando una perspectiva ontológica – la conducta objetivamente resulta inocua y neutral para el derecho penal.

Por otro lado, desde una perspectiva subjetiva de la conducta debemos afirmar la procesada no actuó dolosamente. Efectivamente, no existe prueba suficiente para determinar que la encausada habría prestado su vivienda con el conocimiento de que iba a producirse el acceso carnal entre el encausado y la agraviada. La versión de la menor acredita que dos de las siete ocasiones donde sostuvo relaciones sexuales fueron en la casa de la encausada (...) más no que ella tenía conocimiento de que su vivienda sería utilizada por el encausado para sostener relaciones sexuales con la menor agraviada.

En consecuencia, es evidente que en caso concreto se efectuó una errónea aplicación del artículo veinticinco del Código Penal, relativo a que tanto el Juzgador Unipersonal como las Salas Superiores, únicamente deben aplicar el artículo veinticinco del Código Penal, siempre y cuando de la conducta desplegada por el procesado se establezca no solo que prestó algún tipo de auxilio o asistencia para la realización de un hecho ilícito, sino además que se logre acreditar que aquella contenga como elemento subjetivo el dolo (conocimiento de que la acción realizada era ilícita)..

#### **Acuerdo Plenario N° 01-2015(CIJ-116)**

“(...) Asimismo, sobre la existencia de normas, procedimientos o formas de sanción que se apliquen a las agresiones sexuales en agravio de niñas y adolescentes o que no brinden a estas una tutela jurisdiccional efectiva o que discriminen su acceso a la justicia. El Juez competente debe también advertir al perito sobre lo impertinente de todo contenido o conclusión pericial que pronuncie por aspectos de carácter jurídico o de naturaleza procesal o punitiva o que descalifique a la víctima. Es pertinente pues recomendar que las pericias antropológicas se estructuren siguiendo un orden metodológico y expositivo homogéneo”.

**Exp. 00008-2012-PI/TC publicado el 24/01/2013.**

“77.- Por lo tanto resumidamente, habiéndose determinado: i) Que el artículo 173°, inciso 3) del Código Penal modificado por la Ley 28704, en el sentido interpretativo 1 (Si la víctima tiene entre 14 y menos de 18, la pena para el autor independientemente del consentimiento de aquella será no menor de 25 ni mayor de 30 años), es incompatible con la Constitución; ii) Que el sentido interpretativo 2 del artículo 173°, inciso 3) del Código Penal propuesto por el demandado (si la víctima tiene entre 14 años y menos de 18, la pena para el autor será no menos de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor), no es una interpretación conforme con la Constitución y que por tanto, pueda salvar la constitucionalidad de dicha disposición penal; entonces el Tribunal Constitucional considera que debe declararse la inconstitucionalidad del artículo 173° inciso 3) del Código Penal modificado por la Ley 28704 y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico por haber vulnerado el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años a menos de 18”.

#### **Acuerdo Plenario N° 04-2015(CIJ-116)**

“El delito de violación sexual genera un daño psicológico en la víctima que implica a su vez lesiones psíquicas agudas producidas por un delito violento – que en algunos casos puede requerir con el paso del tiempo de un apoyo social o un tratamiento psicológico adecuado – y por otro lado a las secuelas emocionales que persisten en forma crónica como consecuencia del suceso sufrido y que interfieren negativamente en su vida cotidiana. La lesión psíquica incapacita significativamente para hacer frente a los requerimientos de la vida ordinaria a nivel personal, laboral, familiar o social, por tanto su presencia es medible. Las lesiones más frecuentes son los trastornos adaptativos, el trastorno de estrés postraumático o la descompensación de una personalidad anómala. El trastorno postraumático común en los delitos de violencia sexual, según la Organización Mundial de la Salud, es una alteración psíquica que aparece cuando la persona ha sufrido una agresión física o una amenaza para la vida propia o de otra persona. Asimismo, cuando la reacción emocional experimentada implica una respuesta intensa de miedo, horror o indefensión. (...) Por eso, la pericia psicológica forense es la idónea para determinar el daño causado. Ella es un procedimiento metodológico realizado por un perito

psicológico, con la finalidad de esclarecer la conducta y determinar el estado de salud mental de personas implicadas en procesos de investigación policial y/o judicial. La referida pericia se basa en un procedimiento establecido: i) observación de la conducta, se debe registrar indicadores como tics, movimientos o temblores del cuerpo, etc. ii) historia clínica psicológica que es un documento biográfico del paciente basado en sus vivencias y experiencias, así como de la familia; esencialmente debe anotar datos de la filiación y el problema actual; iii) examen mental que es una herramienta que permite detectar alguna patología mental, la que será corroborada con los otros instrumentos; iv) reactivos psicométricos”.

#### **Acuerdo Plenario N° 03-2011(CIJ-116)**

“Merece especial atención lo concerniente a la pena conminada y a su relación con la edad del sujeto pasivo, que en la praxis judicial, resulta ser la principal fuente de problemas hermenéuticos y distorsiones prácticas. En efecto el sujeto pasivo en todos estos delitos puede serlo una persona adulta o un menor de edad. En el supuesto del menor de edad, el contenido del injusto se encuentra diferenciado en virtud al nivel étéreo con que cuenta la víctima y es tratado siempre como una agravante específica”.



## **XI.- DOCTRINA ACTUAL DEL DELITO DE VIOLACION**

### **Objetos del Delito:**

- Objeto jurídico.- Es el bien jurídicamente tutelado por la norma penal; éste es, la libertad sexual de todo individuo de realizar relaciones sexuales con el sujeto que quiera.
- Objeto material Es el sujeto pasivo, ya que en su cuerpo se realiza el fin del delito, o sea, el coito por medio de la violencia tanto física como moral.

### **Clasificación del delito de violación.**

a) En Orden a la Conducta del Agente: Es eminentemente de acción, porque en su ejecución, necesariamente deben efectuarse movimientos corpóreos o materiales.

b) Por el Resultado: Es un delito material, porque en su realización se produce un resultado material, la cópula obtenida mediante violencia física o moral.

c) Por el Daño que Causan: Es de lesión debido a que causa un menoscabo al bien jurídicamente tutelado, el cual es la libertad sexual que poseemos todos los individuos.

d) Por su Duración: Es de realización instantánea, en el mismo momento de su ejecución se consuma el acto delictivo; se comete mediante la realización de una sola acción única, o por diversos actos que entrelazados producen el resultado, atendándose esencialmente a la unidad de la acción.

e) Por el Elemento Interior: Es un ilícito doloso, porque el agente tiene la plena voluntad de realizarlo; es decir, al efectuar la cópula por medio de la violencia física o moral, es evidente que desea el resultado del hecho delictivo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Información extraída de Internet con fecha 02 de mayo de 2019 de la página web: <https://definicionlegal.blogspot.com/2012/10/delito-de-violacion.html>

Para el Dr. Alonso Peña Cabrera: “La libertad, es una esfera ciudadana que comprende varias subespecies, entre éstas, especial relevancia ocupa la «libertad sexual», como aquella parcela de la personalidad humana de acusada sensibilidad, merced a los componentes que ella define en todo individuo. (...)”

**Primero**, Que, siendo la «libertad sexual» el bien jurídico protegido, toda persona puede ser objeto de tutela punitiva, siempre que se advierta algún vicio de la voluntad (violencia, coacción, intimidación, etc.), para dar por sentado un acto constitutivo de violación sexual, de manera que, la infracción criminal solo puede tomar lugar cuando el consentimiento se ve quebrantado, producto de la acción violenta del agente, quien reduce las capacidades defensivas de la víctima, para así lograr el acceso carnal sexual;

**Segundo**, el predicado «consentimiento», es un atributo que la ley solo reconoce a los mayores de catorce años de edad, lo que ha sido ratificado por el TC en sentencia del Exp.00008-2012-PI/TC y Ley N° 30076, que deroga el inciso 3) del artículo 173° del Código Penal, como consecuencia de la dación de la Ley N° 28704, de manera que, los menores de dicha edad, así como los inimputables absolutos, al no ser portadores de dicha libertad, lo que se les tutela es la denominada «intangibilidad sexual»

**Tercero**, las relaciones sexuales no pueden ser percibidas desde una visión tradicional o dígase convencional, pues al formar parte de la libertad humana, esta puede desarrollarse a través de una serie de manifestaciones, lo cual repercute en el tratamiento regulador del Derecho penal, tal como se desprende de la dación de la Ley N° 28251, y ésta misma ley –al extender las vías de acceso carnal a la vía bucal– reforzó, la idea de que la «libertad sexual» puede verse lesionada tanto, cuando la víctima es penetrada vía anal o vaginal, o cuando se le obliga a realizar el *felatio in ore*, aspecto que a su vez fortalece la idea, de que la determinación de la autoría y participación en los injustos penales sexuales ha de elaborarse desde una visión material y normativa, y no formalista –fisiológica, biológica–, bajo el cliché de los delitos de «propia mano», en la medida que esta libertad puede verse afectada cuando una persona instrumentaliza a otra para que acceda carnalmente a la víctima en contra de su voluntad, configurando una autoría mediata, así como, la posibilidad de que una mujer pueda ser coautora

de una violación sexual, que puede tener como víctima a la mujer como al hombre;<sup>2</sup>

### **Violación de Persona Menor de 14 años:**

Para Bramont Arias el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual.

#### **El Error:**

En el supuesto que el sujeto crea que el sujeto pasivo es una persona mayor de edad; por ejemplo el sujeto piensa que dicha persona tiene más de catorce o incluso ha sido víctima del engaño del propio menor quien usa un documento falso.

Tanto si el error es invencible como vencible no podrá castigarse al sujeto activo por el artículo 1173°. Si es invencible, se eliminaría el dolo y la culpa; y si es vencible al no admitirse la violación culposa, dicho acto quedaría impune. Se suscita aquí la siguiente cuestión ¿se podría aplicar el artículo 170, es decir el tipo de violación?. Esta disposición solo se podría aplicar si el sujeto activo empleó violencia o amenaza para mantener relaciones sexuales, en caso contrario, dicha conducta quedaría impune por delito de violación<sup>3</sup>.

**Si de los actos cometidos se produce la muerte o lesión grave y el agente pudo prever el resultado.**

**Tesis de Roy Freyre.**- Considera que el dispositivo en mención tiene una naturaleza culpabilista, dado que “la sanción no se aumenta en atención

---

<sup>2</sup> Información extraída de internet de la página web: <https://legis.pe/delitos-contra-libertad-sexual-alonso-raul-pena-cabrera-freyre/>

<sup>3</sup> Bramont Arias Torres, Luis Alberto (2008). Manual de Derecho Penal. Ed. Lima. Editorial San Marcos

exclusiva a la gravedad del resultado, sino tomando al elemento de culpabilidad como criterio fundamental, es decir teniendo principalmente en cuenta la posibilidad que tuvo el agente para haberlo previsto. El agente no debe haber querido el resultado, pues de ser así se estaría ante un caso de asesinato (para ocultar otro delito) o frente a un concurso real de delitos. Para el autor, si bien el empleo de la violencia o la grave amenaza debe ser necesariamente doloso la producción del resultado (muerte o lesiones graves) puede efectuarse a título de imprudencia o de culpa.

**Tesis de García Cantizano.-** Para esta autora el resultado previsto por la norma (muerte o lesiones graves) debe exigirse siempre – como la postura anterior – a título de culpa o imprudencia. Sin embargo, la particularidad de su planteamiento reside en reducir el ámbito de aplicación del artículo 177 solo a aquellos supuestos en los que la muerte del sujeto pasivo se produce durante la realización del acto sexual o es consecuencia directa del estado en el que queda la víctima tras la efectiva violación. Para llegar a tal conclusión, la autora parte por diferenciar la muerte o lesión grave que se produce en el marco de una violación violenta, es decir en el que media el ejercicio de la violencia, imprimiendo un tratamiento jurídico distinto a dos casos, ya sea que la muerte (o lesión grave) acaezca luego de la consumación del delito, esto es, cuando ella se produce durante la realización del acto sexual o es consecuencia del estado en que la víctima queda tras éste, o ya sea que el resultado se produzca en la fase de tentativa de la violación, es decir, antes de la consumación del delito. Solo cuando la muerte sobrevenga a la consumación de la violación podrá estimarse y estar justificada la aplicación del artículo 177; mientras que si la muerte acaece antes de ese instante, esto es, antes de que se produzca la penetración vaginal o anal de la víctima, habrá que admitir concurso ideal de delitos entre tentativa de violación y homicidio culposo, que se solucionará conforme a la regla establecida en el artículo 48 del CP.

**Tesis de Caro Coria.-** El autor considera que la expresión legal del pudo prever la muerte o la lesión grave, y en general la violación o abuso sexual agravado, debe interpretarse como si la ley exigiera la presencia en el autor de una forma del dolo; el dolo eventual. La característica de este punto de vista es tomar distancia de la identificación de la frase “y el agente pudo prever el resultado”,

con una fórmula preterintencional. A ello se agrega el hecho de que a la interpretación dogmática y al sentido objetivo de la ley se le otorga un valor neutral y funcional según las consecuencias que tenga para la política criminal. Lo importante no sería reparar en la correcta interpretación del sentido objetivo de la ley, sino que lo efectivamente relevante residiría en distinguir las consecuencias político-criminales y prácticas de uno y otro punto de vista. Para el autor en el artículo 177 cuando se causan lesiones graves la expresión “ y el agente pudo prever el resultado” debe interpretarse como si el precepto aludiera al dolo eventual, mientras que en la hipótesis cuando se causa la muerte debe entenderse como si abarcar la culpa en cualquiera de sus modalidades, excluyendo al dolo<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> CASTILLO ALVA, José Luis (2002). Tratado de los Delitos contra la Libertad e indemnidad sexuales. Gaceta Jurídica, Lima, p. 492.

## **XII.- SINTESIS ANALÍTICA**

Con fecha 19 de febrero de 2007, doña Marina Itala Gutierrez Echegaray presentó una denuncia contra Yone Mariano Fernández Tuesta imputándole la violación de su nieta de iniciales J.O.K. en circunstancias en que se encontraba jugando con sus primos y amigos había sido abordada por un desconocido, quien le ofreció dinero y luego habría tratado de llevarla por la fuerza a una casa abandonada para lastimarla.

Estando a que la menor se logró librar del presunto violador y corrió a casa para dar cuenta de lo sucedido, tanto la abuela como el tío y los vecinos de la zona se organizaron para buscar y retener al individuo, llevándolo a la estación policial de Santiago.

La PNP realizó las diligencias preliminares dando cuenta a la Sexta Fiscalía Penal Provincial de Ica, poniendo a disposición al presunto autor en calidad de detenido.

El Fiscal oportunamente formuló la denuncia respectiva ante el Cuarto Juzgado Penal de Ica, Instancia que abrió instrucción en la vía ordinaria contra el imputado Yone Mariano Fernández Tuesta, disponiendo la actuación de las diligencias pertinentes y dictando en su contra mandato de detención e internamiento en un Centro Penitenciario de esa ciudad así como trabar embargo preventivo hasta por la cantidad de S/. 1,000.00 (MIL CON 00/100 SOLES) sobre los bienes de propiedad del inculpado.

Contra esta resolución, el inculpado interpuso recurso de apelación en el extremo que ordenaba detención e internamiento, el mismo que fue concedido y elevado a la Primera Sala Penal Superior de Ica, Colegiado que confirmó la medida coercitiva impuesta.

Que, no obstante ello, el inculpado solicitó la variación del mandato de detención dispuesto en el auto apertorio, pedido que fue admitido y concedido por el Juez Penal, quien por resolución de fecha 27 de marzo de 2007 revocó el mandato de

detención ordenado en el auto apertorio, dictándose en su lugar mandato de comparecencia restringida contra el procesado Yone Mariano Fernández Tuesta, debiendo concurrir mensualmente en forma personal y obligatoria al local del Juzgado a fin de justificar necesariamente sus actividades, no ausentarse del domicilio señalado en autos sin previo conocimiento del Despacho Judicial, y la prestación de una caución económica de S/ 300.00 (TRESCIENTOS CON 00/100 SOLES), ordenando su inmediata excarcelación.

Esta resolución fue apelada por la progenitora de víctima y concediéndose en un solo efecto, fue resuelta con fecha 13 de agosto de 2007, por la Primera Sala Penal de Ica, revocándola y reformándola declararon improcedente dicha solicitud ordenando que el Juez de la causa disponga la captura e internamiento del procesado.

Con fecha 08 de febrero de 2008, la Primera Fiscalía Superior Penal de Ica formuló acusación contra Yone Mariano Fernández Tuesta por el delito de violación de menor de diez años (tentativa) solicitando la imposición de cadena perpetua y el pago de mil soles como reparación civil.

Con fecha 18 de febrero de 2018, estando a que el procesado se encontraba con mandato de detención y que no se había apersonado de manera voluntaria al Juzgado, reservaron su juzgamiento hasta que fuera habido o se pusiera a derecho, renovándose las órdenes de captura e internamiento.

Posteriormente, al haberse capturado al procesado se llevó a cabo el juicio oral ante la Sala Penal Liquidadora Permanente de Ica, la que se llevó hasta en tres sesiones, para concluir con la sentencia que absolvió a Yone Mariano Fernández Tuesta del delito imputado, ordenando la anulación de los antecedentes policiales y judiciales generados, así como la cancelación de las medidas cautelares impuestas, endosándose a su favor el depósito judicial por caución económica, ordenando su inmediata excarcelación.

Esta Sentencia fue recurrida por el Ministerio Público mediante recurso de nulidad alegando que la Sala Superior no valoró debidamente la inspección

técnico policial, inspección judicial no el CML de la menor; tampoco tuvo en cuenta lo declarado por el procesado, la menor agraviada, la abuela y tío de la menor, las cuales acreditan la participación del encausado en el ilícito imputado.

La Sala Suprema declaró no haber nulidad en la Sentencia que absolvió a Yone Mariano Fernández Tuesta, dado que ninguna de las versiones dadas por la abuela o el tío afirman que el encausado haya intentado realizar actos de ejecución propios del delito de violación sexual de menor de edad, pues si lo hubiese hecho al sujetar fuertemente a la agraviada como afirmó esta, hubiesen quedado signos de la violencia ejercida e inclusive hubiese logrado llevar a la menor, dada la diferencia de edades y la diferencia de cualidades físicas, por tanto al quedar el comportamiento del encausado únicamente en actos preparatorios, los cuales no se encuentran reprobados por el Sistema jurídico, en el caso concreto la sentencia absolutoria recurrida se encontraba conforme a derecho.



### **XIII.- OPINIÓN ANALÍTICA DEL ASUNTO SUBMATERIA**

Respecto al asunto submateria considero que se trata de un caso delicado pues cualquier afectación o probable afectación que pudiese sufrir una persona en estado de vulnerabilidad resulta por demás difícil, pues tratándose de una menor de edad, sobre todo, hay que dejar de lado los sentimientos que como seres humanos tenemos para concentrarnos en lo puramente objetivo.

Además, resulta mucho más complejo pues no se trata de establecer la comisión del delito en sí, sino de su tentativa (es decir no hubo consumación del ilícito) y tratándose del delito de violación en el que no se han dado acciones que puedan representar actos evidentes de ejecución de la comisión del delito es mucho más difícil todavía.

Sin embargo, es pertinente precisar que en el caso de autos, tanto la Sala Superior como la Sala Suprema han resuelto conforme a derecho, pues en el caso de la primera de ellas, ha considerado que pese a lo actuado con todos los medios de prueba exhibidos por la Fiscalía no se logró quebrar el principio constitucional de la presunción de inocencia del procesado, dado que si bien se tenía la sindicación directa por parte de la menor agraviada hacia el presunto autor del ilícito, no es menos cierto que esto era útil para dar inicio al proceso y hasta durante la etapa de investigación, sin embargo en el juicio oral ya debía contrastarse con otros medios de prueba que crearan convicción en la Sala Superior respecto de la fehaciencia del hecho, lo cual no ocurrió porque los medios presentados para contrastar la versión de la menor fueron las declaraciones de su abuela y su tío, quienes no estuvieron presentes en el momento en que el procesado supuestamente ofreció dinero a la menor ni tampoco cuando supuestamente la jaló, y ni siquiera quedaron lesiones en los brazos para corroborar dicho hecho.

Por otro lado, se tomó en cuenta también el cambio de versiones a nivel policial y a nivel de la instrucción, dado que en un primer momento la menor señaló que mientras se lavaba las manos en el caño el procesado se le acercó para ofrecerle dinero y luego la jaló del brazo y en la otra versión señala que mientras jugaba

junto a los higos con sus primos y amigos, el procesado se acercó y después de ofrecerle dinero la persiguió.

Por su parte la Sala Suprema hace bien al declarar no haber nulidad sobre lo resuelto por la instancia inferior, pues verifica que el sustento del Ministerio Público no resiste el menor análisis dado que dicho Colegiado efectivamente ha verificado que el conjunto de actos realizados por el agente no constituyen otra cosa que actos preparatorios, los cuales por ser atípicos se encuentran fuera del ámbito de lo punible, por tanto respecto a ellos solo podría considerarse una tentativa remota o una tentativa ineficaz que no tiene reproche por el ordenamiento jurídico penal.

-----

## CONCLUSIONES

1.- En este caso particular no habían evidencias concluyentes respecto a la responsabilidad del inculpado, pues únicamente se tenía la versión de la menor de edad, la cual no fue consistente pues varió entre lo declarado a nivel policial y lo declarado en el proceso, así como entre las versiones del tío y de la abuela de la menor.

2.- En este caso la Sala Suprema con sabiduría y aplomo decidió que no había sustento para declarar nula la sentencia absolutoria en tanto no habían elementos de juicio, suficientes y contundentes para establecer la responsabilidad del agente.

3.- El Ministerio Público efectuó una investigación deficiente, pues para formalizar la denuncia y formular acusación únicamente se basó en la declaración de la menor que fue inconsistente, y en la de personas que no estuvieron presentes en el momento de los hechos, esto es, el tío y la abuela.

## RECOMENDACIONES

1.- Para quebrar el principio de inocencia es necesario que los elementos de prueba presentados acrediten la comisión del ilícito, pues de lo contrario únicamente estaríamos ante supuestos o hipótesis que no resultan viables para imponer una sentencia condenatoria y peor aún una pena privativa de libertad.

2.- El principio de razonabilidad y proporcionalidad para la imposición de las penas en los procesos penales, deben ceñirse a los hechos acaecidos, los cuales deben probarse de manera incuestionable para así establecer la sanción que corresponda, la cual dependiendo del ilícito perpetrado, no necesariamente será la pena privativa de libertad.

3.- Para resolver los procesos sobre delitos de violación de menor de edad, sea o no en grado de tentativa, debe tenerse en consideración la edad de la víctima para poder tomar la declaración de la agraviada, evitando en todo momento que se le exponga a una doble agresión con un interrogatorio que lejos de esclarecer los hechos, únicamente contribuiría a exacerbar el daño causado.

## REFERENCIAS

- 1.- Bramont Arias Torres, Luis Alberto (2008). Manual de Derecho Penal. Ed. Lima. Editorial San Marcos
- 2.-Castillo Alva, José Luis (2002). Tratado de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales. Ed. Gaceta Jurídica.
- 3.- El Código Penal de 1991. Gaceta Jurídica, año 2017
- 4.- EL Nuevo Código Procesal Penal. Gaceta Jurídica, año 2017.
- 5.- Información extraída de las páginas web de Internet que se indican:
  - Información extraída de Internet con fecha 02 de mayo de 2019 de la página web: <https://definicionlegal.blogspot.com/2012/10/delito-de-violacion.html>
  - Información extraída de Internet, de la Página web: <https://legis.pe/delitos-contra-libertad-sexual-alonso-raul-pena-cabrera-freyre/>