IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho
Vol. 10 No. 2 (2021): IUS - Revista de Investigación de la Facultad de Derecho Vol. 10 Núm. 2 (Diciembre 2021), 1-12
SECCIÓN PRINCIPAL

El garante y su responsabilidad penal en el delito de violación sexual

laura stefany chinchay abad Universidad Católica Santa Toribio de Mogrovejo

El derecho penal reconoce los delitos por omisión impropia, como hechos ilícitos donde un sujeto denominado garante no reacciona ante un inminente peligro o lesión a un bien jurídico, siendo así que, mediante su omisión coopera a la lesión al bien jurídico. En consecuencia, se genera una responsabilidad penal; sin embargo, en el ordenamiento penal peruano pocas veces se logra atribuir responsabilidad penal al progenitor indolente, que con su omisión contribuyen a la ejecución de la violación sexual de su menor hijo; debido a la falta de criterios para justificar y argumentar esta responsabilidad, pues, los entes jurisdiccionales consideran a dicho comportamiento omisivo como un comportamiento social y moralmente reprochable más no un hecho ilícito. Por ello, los fundamentos para atribuir responsabilidad penal al garante, refuerzan la aplicación de la teoría de la omisión impropia en los delitos de violación sexual.

Introducción

En la actualidad, se vienen suscitando supuestos donde la madre, el padre, o quien tenía la obligación de cuidar a un menor; es decir, el garante, permite con su inacción la realización de los actos sexuales contra dicho menor. Esta inacción consiste en la no acción del garante frente a un posible ataque o amenaza a la indemnidad sexual, pues, teniendo la obligación accionar protegiendo la integridad del menor, no lo hizo; debido a un desinterés o despreocupación por los hechos para evitar una afectación en la relación sentimental con el criminal o la desintegración familiar; por ende, la violación sexual se reitera.

Por otro lado, en considerables oportunidades, cuando estos supuestos se judicializan, los entes jurisdiccionales no admiten la posibilidad de imputar la responsabilidad penal a la persona del garante; ya sea porque el ente jurisdiccional encargado de realizar la investigación del delito, no aplica la tesis de la omisión impropia en su control de acusación; o porque al hacerlo, no tiene el argumento para que sea aceptada, por tanto, el garante no recibe sanción.

Ahora bien, el derecho penal no puede intervenir de manera desmedida o arbitraria, sino teniendo en cuenta los principios limitadores. Sin embargo; es importante mencionar que su finalidad es la protección de bienes jurídicos frente a conductas que pretendan vulnerarlos, por ello, se encarga de la persecución del delito. Así que, sí estamos frente al bien jurídico indemnidad sexual, la afectación que presente, amerita una sanción penal para los autores del hecho delictivo. Ello incluye tanto a quién perpetró la agresión sexual como al que contribuyó con su acción u omisión. Así pues, al agresor le corresponde una sanción penal ante su acción de acceder carnalmente al menor y también a los que intervienen, con acción u omisión, ya sea facilitando o permitiendo que se lleven a cabo las vejaciones sexuales; por lo tanto, es importante dilucidar la manera en que se pueda sancionar al garante desde lo penal, por incumplir sus deberes.

En consecuencia, nos enfocaremos en interpretar el análisis de los fundamentos que permiten determinar la posibilidad de imputar responsabilidad penal al garante; por lo que se expondrá su posición en relación del vínculo familiar. Así también, describiremos el delito de violación sexual de menor de edad. Y finalmente, se interpretarán los fundamentos que nos ayuden a sustentar una

solución que evite la impunidad.

1.Delitos de omisión impropia

Para Romero, estos delitos refieren la realización de un resultado penalmente típico que no fue evitado por el sujeto que tenía que evitarlo; ya que tenía la capacidad, así como obligación jurídica de intervenir para la evitar el resultado (citado en Islas, 2018, p. 173).

Por ende, entendemos que el derecho penal sanciona a sujetos porque su comportamiento omisivo prima, frente a un suceso donde debería actuar, en razón a que posee el deber jurídico y la oportunidad de realizarlo; de modo que, evite la posible transgresión al bien jurídico.

Es así que, a estos sujetos se les impone el nombre de garantes porque se encuentran obligados a evitar que se propicie un resultado nocivo; por ello, se establece que, si se inhiben de cumplir con dicha obligación, están incurriendo en el delito de omisión impropia (Ortega, 2019).

De esto inferimos que, en los delitos de omisión impropia, la sanción penal está justificada ante la producción de un daño a un bien jurídico que pudo no originarse, si el garante hubiera actuado realizando una determinada acción. Asimismo, con este comportamiento omisivo se genera la infracción de una obligación derivada de una fuente de posición de garante.

1.1 La posición de garante

Kaufmann, manifiesta que esta posición o condición impone al sujeto el rol de proteger ciertos bienes jurídicos, entonces, quién tiene esa condición, posee la obligación de impedir una posible lesión a un bien jurídico. (Rezzonico, 2018)

En razón a ello, entendemos que quien ostenta dicha posición debe proteger los bienes jurídicos del sujeto que se encuentra bajo su cuidado, pues entre ambos existe una relación de protección y codependencia, más aún cuando se presentan acciones que pretendan menoscabarlos o ponerlos en peligro.

1.2 La posición de garante en razón del vínculo familiar

Perdomo (2008) considera que al formar una familia se asumen tanto deberes como obligaciones en relación a los sujetos con quienes se tiene una vida en común, siendo así la institución familia una dogmática del delito de comisión por omisión; por eso, se sanciona a la progenitora por no alimentar al recién nacido.

Dicho de otra manera, con el nacimiento de una familia se producen tanto derechos, como obligaciones; razón por la cual la institución familiar logró el avance de la teoría de la omisión impropia, derivando en la imputación de una sanción a los integrantes del grupo familiar ante la vulneración de estos deberes. Entonces, de la posición de garante, en virtud del vínculo familiar, surgen deberes establecidos en la ley, como el deber de custodia de los padres o tutores respecto de sus hijos menores o incapaces (Luzon, 2017)

Tal es así que, en nuestro ordenamiento penal, el vínculo familiar se constituye de acuerdo a lo estipulado en pautas de nuestro Código Civil, las cuales prescriben los deberes que nacen de esta posición especial. Así tenemos, por ejemplo: el deber que poseen los padres respecto a sus hijos o el socorro mutuo entre cónyuges. (Bacigalupo, 2011)

Por todo lo expuesto, concluimos que la posición de garante a partir del vínculo familiar, ocasiona una relación de deberes, obligaciones, dependencia, protección y cuidados entre un sujeto calificado garante y otro sujeto menor o incapaz, ya sea porque entre ambos existe una relación de

parentesco, sea por consanguinidad, por adopción o afinidad.

2.Violación sexual de un menor de edad

El Tribunal Constitucional (2019) en el Expediente N° 0012-2010-PI/TC, Fundamento 48, señala:

La violación sexual constituye un acto que solo puede ser ejecutado por quien revela un particular menosprecio por la dignidad del ser humano, siendo gravemente atentatorio del derecho fundamental a la integridad física, psíquica y moral, y del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, ambos reconocidos en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución. Dicha gravedad, evidentemente, se acentúa cuando el acto es realizado contra un menor de edad; quien, en razón de su menor desarrollo físico y mental, se encuentra en estado de mayor vulnerabilidad e indefensión.

Con esto concluimos que el acto de violación sexual de un menor, es aquel que agrede el desarrollo normal de la sexualidad del menor, quién está en una posición de desventaja al carecer de capacidad y posibilidad de enfrentar las agresiones de un tercero, pues por su edad se encuentra en situación de desprotección, indefensión, dependencia y susceptibilidad.

Entonces, tenemos que, la violación sexual de menores es un crimen que puede originarse tanto dentro como fuera del ambiente de familia, siendo ello un problema ético, social y jurídico (Peña, 2017); en otras palabras, la violación sexual se considera un tipo de violencia originado dentro del núcleo familiar o en cualquier otro ámbito donde se el menor se desenvuelve, generando problemas con repercusión social, ética y jurídica.

Por ello, a este delito se le considera y cataloga como una de las más graves formas de violencia contra la fragilidad e ingenuidad de un menor de edad, en el contexto de que un adulto tiene deseos sexuales como la excitación con el cuerpo infantil de un niño o niña, y pretende acceder carnalmente a él (Giordano, 2019).

3. Breve análisis de la conducta omisiva del garante en el delito de abuso sexual en el derecho español.

En España, mediante sentencias, se ha admitido la imputación de responsabilidad penal al garante por contribuir al delito de abuso sexual con su comportamiento omisivo. Es así que, se desligó de la idea de que la no intervención del garante en las agresiones sexuales solo genera sanción, si se exterioriza a través de una acción.

En el Código Penal de España, en su artículo 11, se regula a la omisión por comisión, señalando que:

Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Del texto, se colige que la omisión por comisión es una manera de delinquir, siendo casi igual a un acto delictivo, por ende, su criterio es de equivalencia, es decir, una omisión equivale a una acción.

De modo que, la omisión solo tiene incriminación cuando se puede relacionar con una acción y su requisito fundamental es que la conducta no efectuada impida el daño o la puesta en peligro del bien jurídico (Quinteros et al., 2004).

Tal criterio ha permitido que el Tribunal Supremo Español emita numerosas sentencias, en las cuales se acepta la atribución de responsabilidad penal y la atribución de una sanción al garante por no intervenir e impedir la ejecución de la agresión sexual a un menor. Subsumen así, los comportamientos omisivos considerados dentro del artículo 11 del Código citado, superando de esta manera, el estigma de que las omisiones solo contiene un reproche moral y no relevancia en el ámbito jurídico.

En virtud a ello citaremos la Sentencia del Tribunal Supremo Español, Número de Recurso 10694/2011, Número de Resolución 19/2013:

La sentencia presenta el caso de un menor de edad, Eusebio –hijo adoptivo del procesado Luis Carlos e hijo biológico de la procesada Adelaida- quien sufrió el abuso sexual de su supuesto padre. Si bien el menor comunicó estos abusos a la madre, de forma reiterada, ella no adoptó las medidas adecuadas respecto a lo sucedido, solicitando a Eusebio no contar lo sucedido (Antecedente primero).

En respuesta, el Tribunal estima que se configuraron los requisitos de la complicidad por omisión: a) presupuesto objetivo basado en el favorecimiento de la ejecución, b) presupuesto subjetivo referente a la voluntad de facilitar la ejecución, y c) presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito. Considerando el de hecho de que, si bien, tomó conocimiento del abuso después de cometido, no accionó para evitar que se reitere, favoreciendo la suscitación de las vejaciones, incumpliendo con el deber de garante al no haber brindado protección al menor, manteniéndolo en ese ámbito de vulnerabilidad. De esta manera, vulneró los deberes y derechos contemplados en el artículo 154 del Código Civil español, sobre patria potestad (Fundamento cuarto).

En conclusión, el ejemplo de esta sentencia nos permite dilucidar que la lógica del Tribunal Supremo Español, se basa en sancionar al garante porque su omisión es no actuar de manera prudente, eficiente y coherente de acuerdo a su rol, luego de tomar conocimiento de los hechos ilícitos de los cuales era objeto su menor hijo, más no por su inacción en un abuso sexual anterior. Esto significa que la omisión versa sobre las omisiones posteriores que propiciarían la reiteración del delito.

4.El comportamiento omisivo del garante en la jurisprudencia del ordenamiento penal peruano.

En cuanto a los principios para la imputación de responsabilidad penal del garante, por su comportamiento omisivo que permitió la violación sexual de un menor de edad, se analiza el EXPEDIENTE N° 06134-2016, donde narra los hechos de una menor abusada sexualmente por su padre y la madre conocía de los hechos, quién en un primer momento realizó la denuncia, pero luego no coopero, siguiendo viviendo con el agresor y su menor hija, lo cual propició la reiteración del delito. Siendo que, pretendió cooperar con la investigación luego de que el Ministerio Público acudió al domicilio y trasladó a la menor a un albergue. No obstante, el colegiado no considero atribuir responsabilidad ni sanción penal a la progenitora. (Chinchay, 2019).

Este análisis pudo corroborar dos aspectos: Por una parte, en nuestro país no existen estadísticas específicas, pero sí suceden los supuestos donde el garante permite o facilita que se lleve a cabo la violación sexual del menor de edad, así como la reiteración del mismo. Es decir, no son situaciones aisladas o poco frecuentes donde un progenitor al tomar conocimiento de los vejámenes del que es víctima su menor hijo, hace caso omiso en denunciar al agresor o defender al menor y evitar que se

repita la agresión sexual. Y, por otro lado, plasma que estos hechos, al judicializarse, hacen poco probable lograr imputar responsabilidad penal al garante debido a la carencia o débiles argumentos para reforzar la tesis de la omisión impropia. Se tiene el concepto de que podría resolverse en otra vía del derecho más no en el derecho penal, por considerarlo como tema de repercusión social, moral sin consecuencias en el ámbito jurídico.

No obstante, tiempo después, la Sala Suprema, mediante la Casación 725-2018 Junín, aclara el panorama en cuanto a la responsabilidad penal que tiene el progenitor por inacción en la violación sexual de su menor hijo. Es así que establece que:

La inacción de la sentenciada Ernestina Juana Porras Carhuamaca, quien estaba obligada a defender un bien jurídico tan relevante como la indemnidad sexual de su hija de iniciales A. V. A. equivale a la realización de un acto positivo. Teniendo en cuenta su posición de garante, debió haber desplegado acciones tendentes a su defensa, a fin de evitar que sea abusada sexualmente en reiteradas oportunidades (sumilla, p.1).

Con ello, establece que en posteriores casos en donde se efectúen supuestos en los que el garante permitió o no actuó frente a un ataque sexual a un niño o adolescente; se pueda aplicar la teoría de la omisión impropia para sustentar que la responsabilidad del garante nace por no actuar cuando debió socorren en defensa del bien jurídico, ya que, se encuentra en la obligación de hacerlo porque en el recae un rol de garante derivado de las relaciones de parentesco que le unen a menor.

5.El garante y su responsabilidad penal en el delito de violación sexual de un menor de edad**.**

El derecho penal considera que los sujetos que trasgreden algún bien jurídico serán objeto de sanción penal. La interrogante surge en cómo reforzar y justificar la aplicación de la teoría de la omisión impropia en aquellos casos en los que el garante, con su inacción, facilita, contribuye o permite el delito de violación sexual contra un menor, niño o adolescente; así como, que se configure en reiteradas oportunidades.

Por ende, analizaremos los tres fundamentos que fueron establecidos en la tesis (Chinchay, 2019) sobre atribución de responsabilidad penal al garante con vínculo familiar parar el caso de violación sexual de un menor. Ya que esa lógica hace posible emplear y defender la teoría de la omisión impropia en los casos de contribución por omisión, logrando que el garante responda penalmente.

5.1El fundamento del quebrantamiento del rol de garante:

Está referido al hecho por el cual el garante, quien tiene un vínculo familiar con la víctima, por su acto de omisión, permite la violación sexual del menor. Aquí se evidencia que el quiebre de su rol tiene relevancia para el derecho penal ya que nos encontramos ante los deberes vulnerados que se desprenden especialmente de su rol producto del vínculo familiar.

Asimismo, se toma en cuenta que este quebrantamiento, se da por su comportamiento omisivo, que el derecho penal reconoce como una forma de delinquir; al vulnerar su deber de evitar la comisión del delito en contra de un bien jurídico propio del menor. Muchos podrían considerar erróneamente que, al tratarse del incumplimiento de deberes u obligaciones del garante respecto del menor, como en el caso de padres e hijos, se podría buscar las respectivas sanciones dentro de la normativa de familia. No obstante, primero se debe declarar la responsabilidad del garante para, posteriormente, considerar la pérdida de la patria potestad, prevista en el literal d) del artículo 77 del Nuevo Código del Niño y Adolescente. Entonces, podemos afirmar que el fundamento para la imputación de responsabilidad penal del garante, no radica en reproches morales sino en una base jurídica, imputándole una sanción (Chinchay, 2019).

Siguiendo la lógica de este fundamento se puede imputar responsabilidad penal a la persona de

condición garante, quien permitió la violación sexual del niño o adolescente, a partir del argumento del apartamiento de rol y deber, comprendiendo dos aspectos importantes: la vulneración de una obligación y un comportamiento omisivo.

Esto significa que, no se manifiesta cualquier obligación u deber sino aquella que nace de la institución familiar, como una fuente de garantía en el cuidado de las personas, reconocida en el derecho penal. Razón por la cual el garante tenía determinadas obligaciones con respecto al cuidado del menor. No se justifica simplemente en lo moral sino también en la ley.

Por otro lado, se deslinda el comportamiento omisivo, entendiéndose como la inacción frente al peligro de daño o perjuicio del del bien jurídico del menor. Pues, como sabemos el Derecho penal reconoce las acciones u omisiones ilícitas dentro del ámbito jurídico que puedan afectar determinados bienes jurídicos. Si bien es cierto, el garante no tiene el dominio sobre la vejación sexual, lo cual es propio del agresor, sí tiene el dominio para poder evitar el resultado o en todo caso, dificultar que se propicie la acción o evitar que se reitere. Así, resulta coherente que la trasgresión del rol de garante como fundamento, sea el sustento de la posible sanción al sujeto negligente.

5.2El Fundamento de la afectación del menor ante la vulneración de su indemnidad sexual

A partir de lo expresado por los tratadistas citados, llegamos a la conclusión que este fundamento se encuentra justificado en el comportamiento omisivo del garante y su contribución directa a la vulneración del bien jurídico, indemnidad sexual del menor; el cual conlleva especial relevancia dentro del ordenamiento penal peruano, en referencia a los menores de edad que son considerados los más vulnerables y débiles dentro de la sociedad; así como por los daños generados dentro de su esfera psíquica: quebrantamiento de lo que, en principio, debió ser una garantía a futuro, para el goce pleno de su sexualidad, en la que esté presente tanto capacidad como libertad, sin intromisiones de terceros. Así, en virtud de la potestad sancionadora del derecho penal ante la lesión grave en contra de determinados bienes jurídicos como la indemnidad sexual del menor, aunada a su condición de vulnerabilidad, se hace necesaria la aplicación de una sanción drástica (Chinchay, 2019)

Teniendo en cuenta que el derecho penal le otorga especial importancia al cuidado y protección de bienes jurídicos, las omisiones que transgreden o afectan un bien jurídico como la indemnidad sexual, tienen una consecuencia penal; considerando que, la indemnidad sexual es un derecho del niño o adolescente, el cual consiste en el normal desarrollo de su sexualidad, evitando que su esfera íntima sea afectada, colisionada, o alterada por un tercero.

Entonces, cualquier tipo de violencia que lo vulnere, más aún la violencia sexual origina daños físicos y psíquicos en la victima menor de edad, quién va a tener dificultades para su posterior desempeño, desarrollo y desenvolvimiento mental, sexual, social en posteriores etapas de su vida.

Por tal motivo, resulta coherente la responsabilidad del garante que no evitó, permitió o no dificultó el acto ilícito contra el menor, pues, aunque no realizó la acción del acceso carnal, transgredió el bien jurídico de la indemnidad sexual.

5.3El fundamento del estado de vulnerabilidad del menor bajo la custodia del garante negligente ante la falta de sentencia condenatoria

En este apartado se aplica el “principio del interés del niño”, con la finalidad, tanto de evitar que el menor continúe bajo la custodia del garante negligente, como de garantizar y priorizar el bienestar del menor afectado. De este modo, ante una situación en la que los derechos e integridad del menor se encuentran en peligro, ante una exposición o amenaza; los operadores de justicia se encuentran facultados para llevar al menor a un ambiente sano y seguro, donde se pueda preservar su bienestar psíquico y físico.

Muchas veces, ante la imposibilidad de mantener el entorno familiar donde se encuentra el garante cuya conducta omisiva generó la lesión a la indemnidad sexual del menor, será necesario adoptar otra figura jurídica de protección, sobre todo, tomando en cuenta que los menores tienen mayor riesgo a sufrir vejaciones, vulneraciones contra su integridad. Por consiguiente, será necesario emitir una sentencia que declare la responsabilidad penal del garante, cuando éste fuese el padre o madre del menor; para que, en consecuencia, se llegue a una declaración de pérdida de la patria potestad, en concordancia con lo señalado en el literal d) del artículo 77° del Nuevo Código del Niño y Adolescente: "(…) por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos"; ya que, de no imputarse la responsabilidad del garante, el menor podría continuar bajo los cuidados del garante negligente, expuesto a vejaciones. Sin embargo, con los fundamentos propuestos, se busca proteger al menor, otorgándole la seguridad e integridad que merece el respeto a su dignidad (Chinchay, 2019)

La aportación de este fundamento es evitar que el menor regrese al cuidado del garante negligente, y que pueda estar en un ambiente seguro, sano, armonioso; donde puede desarrollarse y desenvolverse sin el peligro a que se vuelvan a suscitar afectaciones a su integridad. Sabemos que los menores, por su incapacidad de defenderse poseen desventaja en comparación a cualquier otro sujeto, por ello, necesita de alguien que vele por sus intereses y el respeto a sus derechos. Más aún, cuando su indemnidad sexual se ve afectada.

Sin embargo, debido a que en muchas sentencias no se ha admitido la tesis de la omisión impropia, originando la impunidad, los menores suelen regresan a vivir bajo el cuidado y tutela del progenitor o cuidador negligente, esto es, el garante, exponiéndolo a una serie de peligros como la reiteración de los ataques o vulneraciones a su integridad.

Para algunos magistrados, los supuestos donde el garante permite la violación sexual, son hechos reprochables moralmente, pero con carencia de connotación penal, pues, consideran al derecho penal como última ratio; por lo que, proponen acudir a la normativa del derecho de familia. No obstante, al garante no se le puede aplicar una sanción de manera extrapenal, pues el artículo 77 del Nuevo código de niños y adolescentes, es claro al señalar que la pérdida de la patria potestad, procederá cuando exista una condena por delito doloso en contra de sus hijos. Lo cual significa que, si no existe una sentencia, el garante no puede perder la patria potestad ni la tenencia y el menor seguirá viviendo bajo su protección.

Conclusiones

1.La posición de garante en razón del vínculo familiar encuentra su justificación en las relaciones de parentesco por consanguineidad, afinidad, legal. De manera que, se originan obligaciones y deberes entre el garante y el menor; quién por su edad presenta indefensión frente algún ataque. Por ende, al incumplir estos deberes, el derecho penal los regula como delitos de omisión, entonces, el garante tendrá que ser sancionado penalmente por la omisión que lesionó algún bien jurídico.

2.En cuanto al delito de violación sexual de un menor de edad, es uno de las formas más violentas de atentar contra la indemnidad sexual de un niño o adolescente, que le genera daños físicos y psíquicos, impidiendo el normal desarrollo de desenvolvimiento como persona en la sociedad.

3.Los tres fundamentos que sustentan la atribución de la responsabilidad penal del garante, son argumentos que consolidan la aplicación de la teoría de la omisión impropia en el delito de violación sexual de un menor de edad, en el cual el garante con su omisión es participe. Pues, si no actúa denunciado o trasladando al menor a un ambiente lejos del agresor, el delito puede repetirse por un tiempo prolongado.

References