

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**FUNDAMENTOS PARA ATRIBUIR RESPONSABILIDAD PENAL
AL GARANTE EN RAZÓN DEL VÍNCULO FAMILIAR QUE
PERMITE LA EJECUCIÓN DE LA VIOLACIÓN SEXUAL DE UN
MENOR DE EDAD**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

**AUTORA
LAURA STEFANY CHINCHAY ABAD**

**ASESORA
MGTR. GLADYS YOLANDA PATRICIA RAMOS SOTO CÁCERES**

Chiclayo, 2019

DEDICATORIA

A Dios; que con sus brazos de amor me acogió y restauró.

A mi madre Mechita Abad Gallegos; a quién amaré por la eternidad porque las personas que se aman de verdad nunca se separan, más allá de la muerte estas grabada en las paredes de mi alma.

A todos los niños y adolescentes víctimas de abuso sexual; que esperando protección de sus padres solo recibieron indiferencia, a ustedes los abrazo con el alma y elevo una oración a Dios para que con su amor sane sus heridas.

La autora.

AGRADECIMIENTO

A Dios; por cumplir los anhelos de mi corazón, y brindarme la fortaleza para sobrellevar los pesares de la vida.

A mi mamá Mechita; por ser mi compañera de sueños, confiar en mí, sacrificándose día a día para brindarme una educación profesional, estar conmigo en mis momentos difíciles y su inquebrantable amor.

A mi papá Duberly; por su constante apoyo, empeño en demostrarme su amor y su deseo de contribuir en mi realización personal y profesional.

A mis sobrinos Kyara y Nau; por comprender que a pesar de mis defectos son lo máspreciado en mi vida, enseñándome que el amor es puro y desinteresado. Espero algún día se sientan orgullosos de mí.

A mi hermano Yasmi, por apoyar a mamá en los primeros años de Universidad, creyendo en mi capacidad para realizarme profesionalmente, por la tolerancia y paciencia conmigo.

A mi hermano Andrés; por su paciencia y cariño. Espero que se sienta orgulloso de mí.

A mi cuñada Leída; por brindarme atenciones desinteresadas en todo momento, demostrando la nobleza de su corazón

A mis bebés Chester, Muñeca y Tuti; por alegrar mis días más oscuros

A la Dra. Patricia Ramos; por su ayuda en la elaboración de este trabajo, y ser una de las primeras personas que apoyo mis ideas.

A mi mejor amiga María Fernanda Villacorta; por abrir su corazón y permitirme plasmar su historia en estas líneas.

La autora.

RESUMEN

La omisión impropia es aquella en la que mediante un no hacer se contribuye a la afectación de un bien jurídico, es decir, en virtud de una fuente surge la posición de garante, por la que, un sujeto se encuentre con el deber de salvaguardar, proteger y cuidar los bienes jurídico de otro, entonces los delitos por omisión impropia son aquellos en los cuales frente a una posible vulneración o puesta en peligro de un determinado bien jurídico el garante no evito la realización de ello, por lo tanto, con su comportamiento omisivo, quebranta su rol y contribuye a la vulneración de dicho bien jurídico.

Es así que los comportamientos omisivos del garante generan responsabilidad penal la cual debe asumir, sin embargo, en nuestro ordenamiento penal no es posible calificar como omisión impropia a los actos de un padre o madre negligente que con su comportamiento omisivo contribuye a la realización de la violación sexual de su menor hijo, ello en razón a los criterios desarrollados por los entes jurisdiccionales, pues, tanto el Ministerio Público como el juez, no admiten la posibilidad de considerar el comportamiento omisivo como un ilícito penal sino más bien como un comportamiento social y moralmente reprochable.

Por ello, al establecer el fundamento que hará posible la atribución de responsabilidad penal al garante se logrará evitar la impunidad que se ha venido suscitando, ya que por la manera en que han analizado y desarrollado los supuestos de la presente investigación se consideraba solo comportamientos atípicos mas no ilícitos, por ello, la presente tesis busca argumentar los fundamentos para atribuir responsabilidad penal al garante.

PALABRAS CLAVES: omisión impropia, violación sexual, garante, responsabilidad penal.

ABSTRACT

The improper omission is one in which by failing to contribute to the affectation of a legal good, that is, by virtue of a source the position of guarantor arises, whereby, a subject meets the duty to safeguard, protect and take care of another's legal assets, then the improper omission offenses are those in which in the face of a possible violation or endangerment of a certain legal good the guarantor does not prevent the realization of it, therefore, with his behavior omisive, it breaks its role and contributes to the violation of said legal good.

Thus, the guarantor's omisive behaviors generate criminal responsibility which he must assume, however, in the cases developed in this investigation it has not been possible to qualify as improper omission the acts of a negligent father or mother who with his omisive behavior contributes to the realization of the sexual rape of his youngest son, due to the criteria developed by the jurisdictional entities, since many times the public prosecutor as the procedural subject in charge of making the accusation and theory of the case, performs his work with certain deficiencies . So also with respect to the work of the judge, they do not admit the possibility of considering omisive behavior as a criminal offense but rather as socially and morally reprehensible behavior.

Therefore, by establishing the basis that will make the attribution of criminal responsibility to the guarantor possible, it will be possible to avoid the impunity that has been provoked, since by the way in which they have analyzed and developed the assumptions of the present investigation, only behaviors to Atypical but not illegal, therefore, the present thesis seeks to argue the grounds for attributing criminal responsibility to the guarantor.

KEYWORDS: improper omission, rape, guarantor, criminal responsibility.

ÍNDICE

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO	III
RESUMEN	IV
ABSTRACT	V
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I LA POSICION DE GARANTE EN RAZÓN DE UN VINCULO FAMILIAR.....	13
1.1 Omisión impropia.....	13
1.2 Delitos de omisión impropia.....	14
1.2.1 Tipo objetivo.....	15
1.2.2 Tipo subjetivo	16
1.2.3 Autoría y participación en los delitos de omisión impropia.....	17
1.3 La posición de garante	18
1.4 Fuentes de la posición de garante.....	20
1.4.1 Teoría de la fundamentación formal	21
A) La ley.....	21
B) Contrato.....	21
C) Actuar precedente	21
1.4.2 Teoría de la fundamentación material de la posición de garante.....	22
A) Posición de garantía que originan un deber de amparar ciertos bienes jurídicos.	22
A.1. Vinculación familiar	22
A.2. Comunidad en peligro	22
A.3. Asunción voluntaria de custodia o de un deber de actuar	23
B) Posición de garante en virtud de un deber de vigilancia de una fuente de peligro.....	23
B.1. Hecho precedente (Injerencia).....	23

B.2. Ámbito de dominio	23
B.3. Conducta de terceras personas	24
1.5 La posición de garante en razón de un vínculo familiar	24
1.5.1 La familia.....	25
1.5.1.1 Relaciones familiares o vínculo jurídico familiar.....	27
1.5.1.2 Deberes originados en razón del vínculo familiar	27
1.5.1.3 El parentesco	28
A) Parentesco por consanguinidad	29
B) Parentesco por afinidad.....	30
C) Parentesco por adopción.....	30
1.5.2 La protección jurídica de la familia en el derecho	31
1.5.3 Regulación de la institución familia en el derecho penal.....	33
1.5.3.1 Legislación comparada	36
1.5.3.2 En el Perú	37
CAPÍTULO II DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES Y SU REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO PENAL PERUANO	42
1.1. Delito de violación sexual	42
1.1.1 Bien jurídico tutelado.....	43
1.2. Violación sexual de un menor de edad	46
1.2.1 Violación sexual de menores de edad intrafamiliar.....	47
1.3. Política criminal en los delitos de violación sexual de menores	48
1.4. Antecedentes legislativos del delito de violación sexual en el ordenamiento penal peruano	50
1.4.1. Código Penal de 1924	50
1.4.2. Código Penal de 1991	50
1.4.3. Ley 27055.....	51
1.4.4. Ley 27115.....	51
1.4.5. Ley N° 28251	52

1.4.5.1. Del “acto sexual” al “acceso carnal”	52
a. El acto sexual o análogo	52
b. El acceso carnal	53
1.5. Descripción del tipo penal de violación sexual de menores, artículo 173 del Código Penal peruano	53
1.5.1. Bien jurídico	53
1.5.2. Acción típica	55
A) Acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal	55
B) Actos análogos	56
C) Introducir objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.	57
1.5.4 Tipo objetivo	57
A) Elementos referentes al sujeto:	57
B) Elementos referentes a la conducta:	58
1.5.4. Tipo subjetivo	59
1.5.4.1 Error de tipo	60
1.5.5. Consumación	60
1.5.6. Tentativa	61
1.5.7. Autoría y participación	61

CAPÍTULO III FUNDAMENTOS PARA ATRIBUIR RESPONSABILIDAD PENAL AL GARANTE EN RAZÓN DEL VÍNCULO FAMILIAR QUE PERMITE LA EJECUCIÓN DE LA VIOLACIÓN SEXUAL DE UN MENOR DE EDAD ... 64

3.1. El derecho penal sexual	64
3.2. Diferencia entre los delitos de omisión y los delitos de comisión	65
3.3. Protección de los menores de edad en el marco normativo internacional y nacional.	66
3.4. Intervención del derecho de familia frente a los comportamientos omisivos del garante que permitió la violación sexual del menor de edad	68

3.5. Análisis del comportamiento omisivo del garante en el delito de abuso sexual en el derecho comparado.	70
3.5.1. España	71
3.5.2. Argentina	78
3.6. El comportamiento omisivo del garante en el delito de violación sexual de menores de edad en la jurisprudencia del ordenamiento Penal Peruano.	81
3.7. Fundamentos para atribuir responsabilidad penal al garante en razón del vínculo familiar que permite la ejecución de la violación sexual de un menor de edad	84
CONCLUSIONES	96
BIBLIOGRÁFIA.....	97

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, en los casos de violación sexual se ha advertido que la madre, padre, tío, o quien se encontraba bajo el deber de proteger a un menor; es decir, el garante, contribuían con un comportamiento omisivo a la ejecución y reiteración del abuso.

Dicho comportamiento omisivo consiste en la inacción del garante frente a la vulneración del bien jurídico indemnidad sexual, esto es, cuando tuvo el deber y la obligación de actuar salvaguardando el bienestar del menor no lo hizo, ya sea porque minimizo los hechos para no afectar la relación conyugal con el agresor o para no afectar la armonía familiar; por lo que, la violación sexual se reitera durante un periodo prolongado.

Por otro lado, muchas veces cuando estos casos se judicializan, no se logra atribuir responsabilidad penal al garante; específicamente porque el Ministerio Público al realizar el control de acusación no aplica la teoría de la omisión impropia en dichos casos o cuando lo hace no contiene el suficiente sustento para mantenerse inquebrantable y ser aceptada, por tanto, el garante es absuelto.

Ahora bien, si bien es cierto el derecho penal es la última ratio del derecho, es por ello que, no se puede ejercer una intervención arbitraria sino bajo los criterios del principio de intervención mínima, entre otros, y en virtud del nuevo Código Procesal Penal el procedimiento penal se caracteriza por tener un modelo acusatorio garantista; sin embargo, el derecho penal peruano tiene como principio la protección exclusiva de los bienes jurídicos, por ello sanciona conductas que lesionan o pongan en peligro las mismas. Es así que, al estar

frente a los bienes jurídicos como libertad e indemnidad sexual, debido a su alta relevancia jurídica, la vulneración de los mismos amerita una sanción penal.

Así pues, la sanción penal le corresponde tanto al agresor como a los que intervienen, facilitando o permitiendo la ejecución de las vejaciones, por tanto, surge la necesidad de dilucidar de qué manera se podrá sancionar penalmente al garante por el quebrantamiento de sus deberes al no evitar o dificultar la perpetración del delito.

En consecuencia en la presente investigación realizaremos un arduo análisis para establecer los fundamentos que nos permitan determinar si es posible la atribución de responsabilidad penal a los garantes; por ende, en el primer capítulo se explicará la posición de garante en razón del vínculo familiar en el contexto de la institución familia, en el segundo capítulo se buscará describir el delito de violación sexual de menor de edad y su regulación en el ordenamiento penal peruano. Finalmente en el tercer capítulo, se identificará y desarrollará los fundamentos que sustentan la posible solución a fin de no dejar impune estos actos materia del presente trabajo.

CAPITULO I

LA POSICION DE GARANTE EN RAZÓN DE UN VINCULO FAMILIAR

CAPÍTULO I

LA POSICION DE GARANTE EN RAZÓN DE UN VINCULO FAMILIAR

1.1 Omisión impropia

Es necesario tener conocimiento del sustento doctrinario de la sanción a la omisión del garante para que la configuración de una responsabilidad penal sea debidamente justificada de acuerdo al derecho, por ende, se desarrollarán los siguientes temas.

Con respecto a la omisión, FRAGOSO la denomina como un “non facere quad debtur”, la cual contiene la omisión pura, esto es, la omisión de un mandato y la omisión impropia, la cual involucra la no realización del deber de impedir un resultado¹.

Por otro lado, MEZGER señala que *“la omisión no era simplemente no hacer nada, sino no hacer algo, de manera tal que el fundamento de todo delito de omisión estaría constituido por una acción esperada”*², de manera que, *“el sujeto pudiendo desarrollar una determinada actividad finalista en las concretas circunstancias en que se encontraba, no lo hace”*³.

De ambos conceptos, concluimos que la omisión impropia consiste en la omisión realiza por el sujeto al no ejecutar la acción esperada aun cuando tuvo la capacidad y posibilidad de hacerla; por lo que, su comportamiento omisivo tiene relevancia en el derecho penal.

¹ Cfr. Citado por SANTIAGO, Javier. *Manual de Derecho Penal Parte General*, Lima, Editorial San Marcos E. I. R. L, 2016, p. 245.

² Citado por GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Lima, Editorial Jurista Editores E. I. R. L, 2012, p. 548.

³ GIL GIL, Alicia; LA CRUZ LOPEZ, Juan & otros. *Curso de Derecho Penal Parte General*, Madrid, Editorial DYKINSON S.L., 2011, p.132.

Asimismo, BUSTOS, FLISFISCH y POLITOFF señalan que “en el caso de la omisión impropia, no se trata meramente de solidaridad humana, sino que el sujeto tiene una posición de custodia del bien tutelado, llamada posición de garante y de la cual surge un deber específico de actuar”⁴; por ende, se entiende que la omisión impropia no solo se justifica en la solidaridad humana sino que tiene un concepto amplio el cual supone que un sujeto posee el deber de custodiar el bien jurídico de otro, por lo que, se origina la obligación de actuar.

1.2 Delitos de omisión impropia

Con respecto a los delitos de omisión impropia, MUÑOZ CONDE precisa que el derecho penal contiene tanto normas prohibitivas como normas imperativas, siendo estas últimas las que ordenan la realización de acciones cuya omisión puede ocasionar un resultado socialmente perjudicial, por lo que, la infracción de estas normas es la esencia de los delitos de omisión⁵.

Por otro parte, ROMERO CASABONA argumenta que: “los delitos impropios de omisión se pueden definir como la producción de un resultado penalmente típico que no fue evitado por quien pudo y debía hacerlo, es decir, por quien tenía la capacidad y el deber jurídico de actuar en la evitación del resultado típico”⁶. Así también CEREZO, señala que: “el derecho penal reconoce trascendencia jurídica a supuestos en donde sin mediar una acción en sentido óntico, ontológicamente la falta de acción resulta ser sancionable, y en tales supuestos la falta consiste en la no realización de una acción por parte del sujeto pudiendo y debiendo realizarla”⁷.

⁴ Citado por ROJAS, Luis .*Delitos de omisión entre libertad y solidaridad*, S/A [ubicado el 12.III. 2019]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/Delitos%20de%20omisión%20entre%20libertad%20y%20solidaridad.pdf>

⁵ Cfr. citado por GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*, Valencia, Tirant La Blanca, 2002, p.237.

⁶ Citado por ISLAS DE GONZALES MARISCAL, Olga. *Responsabilidad Penal de Omisión Bases Doctrinarias*, S/A [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3064/13.pdf> .

⁷ Citado por SALAZAR RODRIGUEZ, Alfonso. *La imputación de resultados de lesión y/o peligro a supuestos de delitos de omisión en materia penal. especial referencia a la hipótesis denominada “delitos de omisión impropia”. un análisis a la luz de la legislación penal costarricense*, S/A [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/9702/9148> .

Dicho de otra manera, se entiende que el derecho penal reconoce como delitos aquellos comportamientos omisivos en los cuales se advierte la no realización de una acción esperada, por el sujeto que tuvo el deber y la oportunidad de realizarla; de modo que, evite el resultado lesivo.

A su vez, en estos delitos, determinados sujetos denominados garantes tienen la obligación de evitar que se origine un resultado típico; es por esto, que se manifiesta que, si se inhiben de cumplir con dicho deber, cometen delito de omisión impropia⁸.

Además, MEZGER señala que, los comportamientos omisivos incurren en infracción de deberes que pueden nacer de la ley, de instituciones, de mera asunción; por lo tanto, se advierte que en la omisión impropia existe una infracción a las fuentes de la posición de garante⁹.

Entonces, se infiere que el delito de omisión impropia es aquel donde la sanción penal se encuentra justificada por la existencia de un resultado lesivo que pudo ser evitado si el sujeto, que tenía el deber de actuar, hubiera realizaba una determinada acción; al contrario, no lo hizo, incurriendo así en la infracción de una fuente de garante.

1.2.1 Tipo objetivo

El Código Penal peruano tipifica la omisión impropia en el artículo 13° de la siguiente manera:

“El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

- 1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio de producirlo; y*
- 2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada.”*

En cuanto al numeral 1, el cual se refiere a la omisión impropia, es importante señalar que este supuesto contiene dos postulados.

⁸ Cfr. ORTEGA, Julio. *El delito de omisión impropia en la ley contra la corrupción*. S/A [ubicado el 12.III. 2019]. Obtenido en http://www.derechopenalenlared.com/libros/figueroa_omision_impropia_corrupcion.pdf

⁹ Cfr. Citado por PEÑA CABRERA, Raúl. *Derecho Penal Parte General*, 4ª ed., Lima, IDEMSA, 2013, p.390.

- La premisa de “si tiene el deber jurídico de impedir el hecho punible”, se refiere a que existe un deber de garante; entendiéndose que si existe un vínculo jurídico que una al sujeto y al bien jurídico que será vulnerado entonces la conducta omisiva se subsumirá en el tipo penal, por lo que, son irrelevantes los comportamientos omisivos de los sujetos que no ostenten un deber de garante¹⁰.
- En cuanto a “creación de un peligro inminente que fuera propio para producir el hecho punible”; esto es, que el sujeto que ostenta el deber de garante produce un peligro lo cual le obliga a evitar el resultado¹¹.

1.2.2 Tipo subjetivo

Es necesario señalar que en los delitos de omisión impropia existen diferentes posturas con respecto a la existencia del dolo.

Para algunos autores como KAUFFMAN no existe el dolo en la omisión impropia, alegando la posibilidad de la existencia de un cuasi dolo o un equivalente al dolo pero no el dolo como tal, y en ese mismo sentido, BACIGALUPO niega la existencia del dolo, considerando que al no realizarse la acción tampoco existe la voluntad de realizarla, por lo que, sin voluntad no hay dolo¹².

Por otro lado, autores como MIR PUIG afirman la existencia del dolo señalando lo siguiente: “en el delito de omisión impropia el dolo cognitivo presenta características peculiares: conocimiento de la situación de garante y conocimiento de la posibilidad de evitar el resultado”¹³, esto significa, que el dolo si existe en los delitos de omisión impropia con los requisitos de que el sujeto tenga pleno conocimiento de su rol como garante y la existencia de poder evitar el resultado lesivo.

Otro rasgo del dolo en la omisión impropia, es que los parámetros aplicados al dolo son diferentes a los que se aplican a los delitos comisivos, pues se intenta

¹⁰ Cfr. BRAMONT ARIAS TORRES, Luis. *Manual de Derecho Penal*, Lima, 4 ed., Editorial y Distribuidora de Libros S.A, 2008, p.253.

¹¹ *Ibíd.*

¹² Cfr. citado por CHIARA DIAZ, Carlos, OBLIGADO, Daniel & GRISSETTI, Alberto. *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, 2011, p. 407.

¹³ Citado por VILLA VICENCIO, Felipe. *Derecho Penal Parte General*, Lima, Editora Jurídica Griley E.I.R.L, 2006, p. 674.

ejercer una adaptación del mismo; ya que, no existe un hacer, por tanto, para que se llegue a configurar el dolo como requisito indispensable el sujeto debe conocer la calidad o condición de garante que sobre el recae ¹⁴.

En síntesis, es necesario señalar que nos adherimos a la postura de la existencia del dolo, considerando que a pesar de que no existe el dominio sobre la realización del hecho ilícito pues ello le compete al sujeto transgresor del bien jurídico; sin embargo, si existe el dominio sobre la evitación del resultado, ya que, como señala CASABONA¹⁵ Y CERREZO¹⁶ en los delitos de omisión impropia existe la posibilidad de evitar el resultado lesivo, por tanto, si ante una situación de potencial daño a los bienes jurídicos de un sujeto en el cual el garante se encuentra en la capacidad de evitar dicho daño entonces puede afirmarse que en él está la decisión de omitir o actuar de acuerdo a su rol de garante, de manera que, si es posible la existencia de la voluntad.

Así también, la acción que se omitió realizar no era una acción inocua para el derecho penal; ya que, como señala MEZGER¹⁷ se trata de la no realización de una acción esperada lo cual implica un deber u obligación para el garante, descartando así la idea de que la acción omisa es un mero no hacer.

1.2.3 Autoría y participación en los delitos de omisión impropia

Existen diversas posturas en cuanto a la admisión de la autoría y participación en los delitos de omisión impropia.

Con respecto a la autoría, KAUFMAN, considera admisible la autoría pero descarta que exista la coautoría y autoría mediata en la omisión impropia, argumentando que si dos sujetos tienen la misma obligación de actuar y la omiten al mismo tiempo, no responden de manera conjunta a título de coautores sino que cada sujeto responderá de manera individual en razón de su propio deber¹⁸.

¹⁴ Cfr. WEIGEND, Thomas & JESCHECK, Hans. *Tratado de Derecho Penal*, 5^a ed., Granada, Editorial Colmares S.L, S/A, p. 679.

¹⁵ ISLAS DE GONZALES MARISCAL, Olga. óp. cit.

¹⁶ SALAZAR RODRIGUEZ, Alfonso. óp. cit.

¹⁷ Citado por GARCIA CAVERO, Percy. óp. cit., p. 548.

¹⁸ Cfr. Citado por BACIGALUPO, Enrique. *Delitos Impropios de Omisión*, Madrid, Editorial Dikinson, 2005, p.158.

Así mismo, QUINTERO OLIVARES agrega que, solo es posible la autoría más no la participación, ello en razón de que la omisión posee naturaleza personalísima¹⁹.

De igual manera, Bacigalupo, niega la existencia de la coautoría, alegando lo siguiente: *“la coautoría no es posible, ya que, al no darse en los delitos de omisión un dolo en el sentido de los delitos de comisión, no es posible una decisión común al de hecho”*²⁰, de ello, se infiere que no es posible la coautoría en los delitos de omisión porque en ellos no existe un dolo semejante al que existe en los delitos por comisión, haciendo imposible que los sujetos tengan un acuerdo en común para perpetrar el delito.

Con respecto a la participación, aunque si bien cierto los citados autores anteriormente refieren que solo es posible calificar como autor al garante que quebranta su deber, es importante señalar que en virtud a lo establecido mediante la jurisprudencia española, es posible la complicidad en la omisión impropia.

Es así que *“la participación omisiva encuadrable en la complicidad parte de unos presupuestos: a) favorecimiento de la ejecución, que se integra como presupuesto objetivo; b) un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de facilitar la ejecución; y c) un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante”*²¹; de ello, se infiere que la participación en la omisión impropia requiere de tres requisitos como el presupuesto objetivo, presupuesto subjetivo y el presupuesto normativo, por ende con el cumplimiento de ellos se configura la complicidad del garante.

1.3 La posición de garante

La posición de garante surge ante al problema de la imputación del resultado implícito explicar la razón del porque un comportamiento pasivo y la pasividad de

¹⁹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal*, Navarra, Editorial Aranzadi SA, 2000, p.645.

²⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal parte general*, Lima, Ara Editores E.I.R.L., 2004, p. 529.

²¹ Recurso de Casación 10694/2011, [ubicado el 29.IX. 2018] obtenido en: [file:///C:/Users/User/Downloads/documento%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/documento%20(3).pdf)

un sujeto era típico e injusto, frente a ello, NAGLER, formuló el deber de garantía o también llamado como posición de garante, mediante el cual otorgaba a un sujeto cierta responsabilidad, frente a la sociedad y al derecho, de garantizar que no se produjera el resultado lesivo²².

Acorde con ello, el autor KAUFMANN, menciona que: *“la posición de garante, relevante para los delitos de omisión impropia, impone al sujeto un deber de protección de bienes jurídicos, entonces, quien se encuentra en esa posición tiene el deber de impedir la lesión de bienes jurídicos”*²³; es decir, mediante la posición de garante se le impone al sujeto el deber de proteger los bienes jurídicos de la persona que está bajo su cuidado, más aún cuando se presente un comportamiento que intente lesionarlos o ponerlos en peligro.

De modo que, la posición de garante es aquella relación que existe entre un sujeto y un bien jurídico; por lo cual, dicho sujeto es responsable de resguardar el bien jurídico; y por consiguiente, se genera para el sujeto un deber que consiste en evitar el resultado. Es así que, la conducta omisiva del garante al no evitar el resultado es semejante a una conducta activa²⁴.

Asimismo, se señala que *“el que se encuentra en posición de garante debe de responder por la indemnidad de los bienes jurídicos de terceros y en caso de no hacerlo, de no evitar; la persona recibirá una sanción bastante severa, a tal punto que se lo equipara como si hubiera realizado la acción”*²⁵; esto es, que en virtud de la posición de garante, el garante se encuentra sujeto a cumplir el deber de resguardar el bien jurídico y en cuanto no cumpla con dicho deber, será objeto

²² Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. óp. cit., p.377.

²³ Citado por REZZONICO, Daniela. *La posición de garante por injerencia*, S/A [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en http://urbeetius.org/wp-content/uploads/2016/04/REZZONICO_Posicion_Garante_Injerencia.pdf.

²⁴ Cfr. TELLEZ AGUILERA, Abel & FIGUEROA NAVARRO, María. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, S/A [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2009-10066100695_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Jurisprudencia_d_el_Tribunal_Supremo.

²⁵ CRUZ LOPEZ, Emilio. *Los problemas de la posición de garante derivada del art. 28 del COIP para su aplicación en la práctica*, Tesis para optar el grado de abogado, Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2016. [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/los%20problemas%20de%20la%20posicion%20de%20garante%20tesis.pdf>

de recibir una sanción penal, de tal manera que se considerará como si hubiese realizado la acción.

También, este deber de garante cumple con determinar que sujeto debe intervenir evitando la producción del resultado lesivo, por lo tanto, esta posición de garante coadyuva a lograr imputar, al sujeto que se abstuvo de actuar, la afectación del bien jurídico²⁶.

Además, Bacigalupo dice que cabe la posibilidad de que el garante esté vinculado con un bien jurídico así como con varios, así mismo, esta posición de garante necesita que el garante tenga el deber de proteger el bien potencialmente lesionado o vulnerado²⁷.

Por otro lado, no todo sujeto que posee el deber de actuar es garante pero si todo garante posee el deber de actuar. Así por ejemplo: un deudor no tiene el deber de omitir pagar la deuda, a pesar de saber que el acreedor con ese dinero comprará un arma para asesinar a un tercero, ya que, el deudor no está en posición de garante con respecto a la vida de ese tercero²⁸.

En razón de ello, se entiende que la existencia de la posición de garante hace posible que a un determinado sujeto sea sancionado por no haber actuado de acuerdo al rol que tiene; esto es, como salvaguarda y protector de los bienes jurídicos de la persona que estaba bajo su tutela, independientemente de la fuente de la cual deriva dicha posición de garante.

Ahora bien, es necesario e importante conocer las fuentes de la posición de garante; en consecuencia, nos proponemos a exponerlas.

1.4 Fuentes de la posición de garante

Acerca de las fuentes de la posición de garante, existen dos teorías; la teoría de la fundamentación formal y la teoría material de la posición de garante.

²⁶ Cfr. HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal parte general*, 4ª ed., Lima, Idemsa, 2011, p.49.

²⁷ Cfr. Citado por VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal Parte General*, Lima, Ara Editores E.I.R.L, 2014, p.339.

²⁸ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR Alejandro. *Manual de Derecho Penal parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2007, p.449.

1.4.1 Teoría de la fundamentación formal

Esta teoría refiere que son tres las fuentes de la posición de garante: ley, contrato y actuar precedente.

A) La ley

En cuanto a la ley como fuente de posición de garante, HURTADO POZO, señala que es posible que una disposición legal genere un deber de proteger como un deber de vigilar, no obstante, es necesario especificar la relación que existe, constituida por el sujeto que debe evitar el resultado y el bien jurídico que se encuentra en peligro ²⁹.

B) Contrato

El contrato como fuente de posición garante consiste en asumir de manera voluntaria la protección del bien jurídico mediante la celebración de un contrato. Y se inicia la posición de garante cuando se firma el contrato; por lo que, con el vencimiento del mismo, también vence la asunción de la posición de garante³⁰.

C) Actuar precedente

En cuanto el actuar precedente, FREUND, sostiene que *“el fundamento del actuar precedente como posición de garante radica en que se trata de un caso manifiesto de responsabilidad por una fuente de peligro, en tanto éste se ha realizado”*³¹, de ello se infiere que, al haber sobrevenido una situación de peligro, el sujeto deberá evitar el desarrollo del resultado lesivo, por lo cual, es necesario que actúe diligentemente y resguarde la integridad del o de los bienes jurídicos del sujeto.

²⁹ HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal parte general*, 3ª ed., Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2005, p.758.

³⁰Cfr. ARÁUZ ULLOA, Manuel. *La omisión, la comisión por omisión y la posición de garante*, 2000, [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/la%20omision,%20la%20comision%20por%20omision%20y%20posicion%20de%20garante.pdf>

³¹ Citado por ROJAS, Luis. *La comisión por error*, S/A [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12126/Comisi%C3%B3n.pdf?sequence=2> .

1.4.2 Teoría de la fundamentación material de la posición de garante

Esta teoría centra sus fuentes en dos ámbitos: la posición de garante que originan de un deber de amparar ciertos bienes jurídicos y la posición de garante en virtud de un deber de vigilancia de una fuente de peligro. La primera considera a la vinculación familiar, comunidad en peligro y asunción voluntaria de custodia o de un deber de actuar como fuentes de la posición de garantía. Por otro lado la segunda, considera al hecho precedente, ámbito de dominio y conducta de terceras personas como fuentes de la posición de garante.

A) Posición de garantía que originan un deber de amparar ciertos bienes jurídicos.

Esta clasificación contiene a la posición de garante en virtud de un vínculo familiar, posición de garante en virtud una comunidad en peligro, y posición de garante por la asunción voluntaria de la custodia. En consecuencia, abarcaremos una breve definición de cada una de ellas.

A.1. Vinculación familiar

En cuanto a la vinculación Familiar como fuente de posición de garante, en ella se encuentran los padres en relación con sus hijos menores; a su vez, este círculo familiar es amplio, ello en virtud de que los menores dependen de los adultos, ya sean los padres o tutores, pues se trata de la proximidad que estos tienen con el bien jurídico del menor³².

A.2. Comunidad en peligro

En cuanto a la comunidad en peligro, en esta fuente de posición de garante se encuentran aquellas situaciones que están orientadas por el principio de solidaridad. Así por ejemplo: el sujeto propenso al peligro debe estar en una situación de dependencia a su compañero para que este impida la amenaza³³.

³² Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho*, 2ª ed., Navarra, editorial Aranzi, 2007, p.533.

³³ Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal estudio pragmático de la parte general*, 3ª ed., Lima, Editora Jurídica Grijley, 1997, p. 543.

A.3. Asunción voluntaria de custodia o de un deber de actuar

En relación a la asunción voluntaria de custodia como fuente de la posición de garante consiste en que el garante por decisión propia y de manera voluntaria asumió la protección del bien jurídico, por tanto, se generó la posición de garante y frente a ello el sujeto debe garantizar la guardia y custodia de dicho bien jurídico³⁴.

Así, por ejemplo: en ella se encuentran las niñeras, llevar a casa a una persona embriagada.

B) Posición de garante en virtud de un deber de vigilancia de una fuente de peligro.

Con respecto a esta posición de garante, se origina cuando el sujeto creó una fuente de peligro, por lo que, debe asumir las responsabilidades que derivan de dicho comportamiento; esto es que si el garante propició la fuente de peligro debe responder por ella³⁵.

B.1. Hecho precedente (Injerencia)

El hecho precedente como fuente de la posición de garante consiste en que el sujeto mediante la realización de precedente ha generado una lesión o puesto en riesgo a un bien jurídico, por lo que, frente a ella responde como si la hubiera generado mediante una comisión activa³⁶.

B.2. Ámbito de dominio

Esta posición de garante nace en razón de la existencia del control de una fuente de peligro, lo cual consiste en mantener inactiva esa fuente material de riesgo.

³⁴ Cfr. SUAREZ MIRA RODRIGUEZ, Carlos. *Manual de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 2002, p. 356.

³⁵ Cfr. VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal Parte general*, 3ª ed., Lima, Editora y Librería Jurídica Grijley, 2008, p. 280.

³⁶ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La Omisión Impropia en la dogmática Penal Alemana. una exposición*, S/A [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/La%20omisión%20impropia%20en%20la%20dogmatica%20penal%20alemana.pdf>

Así, por ejemplo: el dueño de un perro de raza pitbull, tiene el deber de pasearlo con bozal y correa³⁷.

B.3. Conducta de terceras personas

La conducta de terceras personas como una posición de garante se origina para “*quién tiene obligación de vigilancia de terceros*”³⁸; dicho de otra manera, el deber de garante corresponde al sujeto que tiene responsabilidad del cuidado de un tercero. Así por ejemplo: La enfermera que tiene responsabilidad del cuidado de un paciente.

1.5 La posición de garante en razón de un vínculo familiar

PERDOMO, señala que “*la decisión libre de la persona de formar una familia, se dice, trae consigo la asunción de deberes y obligaciones frente a los sujetos con los que se configura un mundo en común. Fue precisamente de la mano de las instituciones familiares como la dogmática del delito de comisión por omisión experimentó un gran desarrollo; así, la madre que no alimenta al recién nacido ha sido el ejemplo paradigmático de una inactividad fundamentadora de responsabilidad*”³⁹; es decir, a través de la conformación de una familia se originan deberes y obligaciones; por lo que, mediante la institución familia se logró que prospere la teoría de la omisión impropia, y por consiguiente, atribuir responsabilidad a los miembros del grupo familiar por el quebrantamiento de sus deberes.

Por otro lado, la posición de garante en razón de un vínculo familiar origina deberes que se encuentran impuestos y establecidos por ley; así que en función a ello, existe un deber de custodia entre los padres respecto de los hijos menores, o a tutores o encargados de la guarda respecto de menores o incapaces⁴⁰.

³⁷ Cfr. MEINI, Iván. *Lecciones de Derecho Penal parte general*, Teoría Jurídica del Delito, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, p.197.

³⁸ VILLA STEIN, óp. cit., p. 281.

³⁹ PERDOMO TORRES, Jorge. *¿Las relaciones familiares y análogas como límites al Derecho de legítima defensa?*, 2008 [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/Las%20relaciones%20familiares%20y%20análogas%20como%20límites%20al%20Derecho%20de%20legítima%20defensa.pdf>

⁴⁰ Cfr. LUZON PEÑA, Luis. *Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio*

Así también, BACIGALUPO, refiere que en el derecho peruano, la vinculación familiar se establece de conformidad a lo señalado por las normas del Código civil peruano, las cuales determinan que deberes abarca esta posición de garante, así, por ejemplo: los deberes de los padres para con los hijos, la del socorro recíproco entre los cónyuges. Así que, los deberes que surgen de la posición familiar están establecidos por ley⁴¹.

De conformidad con lo anterior, VILLA STEIN señala que el vínculo familiar comprende las relaciones paterno filiales, las relaciones de concubinato y las de adopción, de acuerdo a como está establecido en el Código Civil, por lo tanto, existe la obligación de socorrerse mutuamente⁴².

Además, en este tipo de posición de garantía, es necesario constatar que existe el vínculo formal familiar así como verificar indispensablemente que es una relación estrecha; puesto que, en la realidad este vínculo pudo haber dejado de existir. No obstante esta regla no es absoluto, por ende, debe analizarse las circunstancias de cada caso en concreto⁴³.

Por consiguiente, concluimos que la posición de garante en razón de un vínculo familiar, es aquella en la cual un sujeto denominado garante se encuentra en una posición de garante debido a que entre él y el menor existe una relación familiar ya sea por un parentesco por consanguinidad, adopción o afinidad.

1.5.1 La familia

A continuación se expondrán puntos relevantes en cuanto a la institución familia como su regulación en el ámbito penal; dado que, las relaciones que derivan de la misma, son fuentes de la posición de garante.

Desde el punto de vista social, el doctor Luis Miguel Rondón señala que *“la familia es la célula básica del cuerpo social, la más universal de las instituciones, el agente de socialización por excelencia. También es la portadora de un*

normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación, [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/Luzón%20P,%20Omis%20improp%203.2%20Comis%20xOmis%20CuestNucleares.%20Libertas%206%202017.pdf>

⁴¹ Cfr. BACIGALUPO, Enrique. óp. cit., p. 522.

⁴² Cfr. VILLA STEIN, Javier. óp. cit., p. 339.

⁴³ Cfr. HURTADO POZO, José. óp. cit., p.48.

*patrimonio cultural que deja en todos nosotros su sello*⁴⁴; entendiéndose, que la familia es el núcleo de la sociedad, considerada como una gran institución, y dotada con la capacidad de impregnar un legado único en los individuos.

Y en ese mismo sentido, se denomina a la familia como un mecanismo de defensas ante las agresiones biológicas, físicas o sociales; las cuales pretendan atacar, amedrentar, vulnerar al ser humano⁴⁵.

Por otro lado; desde una visión jurídica, la familia es considerada como un grupo constituido por una pareja, sus ascendientes, descendientes, personas unidas por vínculos de afinidad, consanguíneos, etc. o por la celebración de matrimonio así como la unión de hecho; sobre quienes el derecho impone deberes y obligaciones⁴⁶.

En razón de ello, se afirma lo siguiente: *“los elementos constitutivos o fuentes de familia son el matrimonio, la filiación y la adopción*⁴⁷, entendiéndose, que la familia se crea mediante la unión del matrimonio, así como la relación de parentesco a través de la adopción, afinidad o consanguinidad.

En definitiva, si bien es cierto la familia es objeto de disposiciones jurídicas; No obstante, como señala MUGA GONZALES, *“la familia no es una creación del derecho ni de la ley, que sólo la regulan, es obra de la naturaleza humana y se rige a fin de satisfacer necesidades y exigencias inherentes a la persona como ser individual y social*⁴⁸, por tanto, se entiende que la familia no ha sido creada por el derecho sino que luego de haberse formado, el derecho se ha encargado de brindarle un respaldo, relevancia jurídica así como una debida protección.

⁴⁴ RONDON GARCIA, Luis. *Nuevas formas de familia y perspectivas para la mediación: el tránsito de la familia modelo a los distintos modelos familiares*, S/A [ubicado el 13.V. 2018]. Obtenido en <http://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/1691/4Rondon.pdf?sequence=3> .

⁴⁵ Cfr. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, 10ª ed., Lima, Librería Studium, 1987, p. 17.

⁴⁶ Cfr. S/A. *Introducción al Derecho de Familia*, S/A [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3270/3.pdf> .

⁴⁷ PARRA BENITEZ, Jorge. *Manual de Derecho Civil, personas, familia y derechos de menores*, Bogotá, Editorial Temis S.A, 2002, p.176.

⁴⁸ MUGA GONZALES, Rossana. *“La protección estatal de la familia como institución jurídica natural”*, IUS, N° 07, enero - julio 2014 [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en http://repositorio.usat.edu.pe/bitstream/usat/1287/1/lus_2014-I_RossanaMugaTeresaFlores.pdf

En síntesis, conforme a lo señalado anteriormente la familia es considerada el núcleo de la sociedad, el cual posee relevancia en los ordenamientos jurídicos, la misma que se encuentra integrada por un grupo de personas en razón de un vínculo consanguíneo, un vínculo originado por adopción o por afinidad; lo cual genera una relación de obligaciones y derechos recíprocos.

1.5.1.1 Relaciones familiares o vínculo jurídico familiar

Las relaciones familiares se conceptualizan como el conjunto de derechos, deberes y obligaciones, los cuales son exigibles en virtud del vínculo generado mediante la celebración del matrimonio, concubinato, adopción, parentesco, etc⁴⁹.

De conformidad a ello, ENRIQUE VARSI manifiesta que el vínculo jurídico familiar es una relación jurídica que posee un carácter intersubjetivo, de ahí que, genera derechos subjetivos, los cuales hacen posible la consagración de los fines de la familia y el desarrollo personal de quienes la conforman⁵⁰.

1.5.1.2 Deberes originados en razón del vínculo familiar

PLÁCIDO sostiene que, *“el vínculo jurídico familiar, es la relación que existe entre dos personas, derivado de la unión matrimonial o extramatrimonial, de la filiación o del parentesco y en virtud del cual existen, de manera interdependiente y habitualmente recíproca, determinadas facultades otorgadas para el cumplimiento de deberes, como medio de protección de intereses legítimos que constituyen el interés familiar”*⁵¹. En otras palabras, se entiende que los deberes se originan en virtud del vínculo familiar que nace de la celebración del matrimonio así como también de una unión de hecho; así mismo, estos deberes son considerados como un mecanismo de defensa de los integrantes de un determinado grupo familiar.

⁴⁹ Cfr. ídem.

⁵⁰ Cfr. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia La nueva teoría institucional y jurídica de familia*, Lima, 2011 [ubicado el 14.V. 2018]. Obtenido en file:///E:/citas%20de%20capitulo1/Tratado-de-derecho-de-familia.-La-nueva-teoría-institucional-y-jurídica-de-la-familia-Enrique-Varis-Legis.pe_.pdf

⁵¹ PLACIDO, Alex. *Derecho de Familia*, 2 ed., Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2002, p.31.

De ahí que, en virtud de la patria potestad existe una serie de deberes de los padres para con sus hijos, entre los cuales se encuentran, el deber de sustentarlos, de cuidarlos, la educación así como otros⁵².

En relación a los deberes de los padres para con los hijos, el Código Civil peruano manifiesta lo siguiente:

“Artículo 235.- Los padres están obligados a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades. Todos los hijos tienen iguales derechos”.

Ahora bien, del texto normativo se deduce que los hijos están bajo la tutela y responsabilidad de los padres, por ende, estos deben brindarles cuidados, protección así como solventar sus necesidades materiales como afectivas y en definitiva, garantizar el efectivo cumplimiento de sus derechos.

1.5.1.3 El parentesco

El parentesco es la relación existente entre los sujetos que conforman una familia; otra definición restringida, es tomar en cuenta la definición señalada en el artículo 345 del Código Civil argentino, la cual considera al parentesco como la relación existente entre sujetos que desciende de un mismo tronco⁵³.

Por otro lado desde una definición más extensa, el parentesco es considerado como la relación que existe entre personas, donde su origen puede ser por vínculos de diversa índole⁵⁴.

Se debe agregar que, del parentesco se originan derechos y obligaciones entre los sujetos que se encuentran unidos por dicho vínculo; tal como el derecho a la educación, alimentos, vestimentas. Así también, posee prohibiciones como la de no contraer matrimonio entre familiares. Además el parentesco hace posible que

⁵² Cfr. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La Familia en el Código Civil Peruano*, 2^a reimpresión, Lima, Ediciones Legales, 2010.

⁵³ Cfr. FERNANDEZ REVOREDO, Marisol & ALCANTARA FRANCIA, Olga. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2003, p.37

⁵⁴ CAMPANA VALDERRAMA, Manuel. *El delito de omisión a la Asistencia Familiar*, Lima, Fondo Editorial, 2002, p.28.

se produzcan efectos en otras ramas del derecho como en el derecho penal, la cual en sus líneas articula al parentesco como un agravante de la pena⁵⁵.

Por otra parte, la doctrina manifiesta que *“existen tres clases de parentesco legalmente previstas: el parentesco por consanguinidad, el parentesco por afinidad y el parentesco por adopción”*⁵⁶; por lo cual, el Código Civil peruano regula de acorde a ello.

A) Parentesco por consanguinidad

Con respecto al parentesco por consanguinidad, ARIAS SACHEREIBER manifiesta que *“la relación de parentesco consanguíneo es producto de la naturaleza y se genera cuando una persona desciende de otra”*⁵⁷; es decir, el parentesco es de carácter biológico, la cual se ha originado por cuanto una persona proviene de otra.

Es así que, el Código Civil en el artículo 236”, a la letra señala:

“El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco se determina por el número de generaciones. En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado”.

De ello, se difiere lo siguiente:

- La relación familiar se sustenta por un vínculo de sangre.
- Se determina el grado de parentesco de acuerdo al número de generaciones.
- La existencia de línea recta y colateral. En cuanto a la primera, esta se encuentra formada por personas que descienden unas de otras (tatarabuelo, bisabuelo, abuelo, padre) así como las que descienden (hijo, nieto, bisnieto,

⁵⁵ Cfr. AGUILAR LLANOS, Benjamín, *Derecho de Familia*, Lima, Editora y Distribuidora Legales E. I. R. L., 2013, p. 21.

⁵⁶ MENDEZ COSTA, María & D ANTONIO, Daniel. *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, S/A, p.441.

⁵⁷ ARIAS SACHEREIBER PEZET, Max. *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984*, Lima, 3ed, Gaceta Jurídica S.A., 2002, p.47.

tataranieto); la segunda está formada por personas que unen sus líneas rectas con un ascendiente en común (hermanos, sobrino-tío, etc.)⁵⁸ .

B) Parentesco por afinidad

En cuanto al parentesco por afinidad, son aquellos originados por la unión de dos personas al celebrar el matrimonio, los cuales no poseen un carácter biológico sino que nacen a consecuencia de la celebración de acuerdos; por consiguiente, entre los sujetos se generará una relación de parentesco denominada afinidad o alianza⁵⁹.

En concordancia a ello, el artículo 237 del Código Civil peruano, señala lo siguiente:

“El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge”⁶⁰.

Teniendo en cuanto ello, se puede inferir de la misma forma en que mediante la celebración del matrimonio se genera la relación de parentesco por afinidad, la unión de hecho al tener un reconocimiento jurídico en Perú conlleva que a través de ella se origine una relación de parentesco.

C) Parentesco por adopción

RIPERT y BOULANGER, señalan que el parentesco por adopción es aquel que nació a través de un proceso judicial y con la aprobación judicial, originando relaciones análogas de filiación entre dos sujetos, las cuales no destruyen la filiación natural del adoptado⁶¹.

⁵⁸ Cfr. PLACIDO VILCACBAGUA, Alex. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, Lima, Gaceta Jurídica S.A, 2003, p.38.

⁵⁹ Cfr. LORING GARCIA, Isabel .*Sistema de parentesco y estructuras familiares en la edad media*, S/A [ubicado el 14.V. 2018]. Obtenido en <file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-SistemasDeParentescoYEstructurasFamiliaresEnLaEdad-595373.pdf> .

⁶⁰ *Código Civil*, Lima, Jurista Editores E.I.R.L., 2016.

⁶¹ Cfr. Citados CALLEGOS CANALES, Yolanda & JARA QUISPE, Rebeca. *Manual de Derecho de Familia*, Lima, Jurista Editores E.I.R.L., 2011, p. 20.

Igualmente, BRUGI, PLANIOL, ALBALADEJO, consideran que la adopción es un acto solemne consentido en un proceso judicial; es decir, la adopción alberga el consentimiento judicial, por tanto, genera un vínculo de parentesco legal similar al de la filiación⁶².

Por lo que se refiere a su regulación en el ordenamiento peruano, el Código civil establece lo siguiente:

- La adopción es fuente de parentesco. De conformidad con lo estipulado por el artículo 238°, que a la letra dice: *“la adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución”*.
- El adoptado adquiere la condición de hijo así como el adoptante la condición de padre, a pesar de que deje de pertenecer a su familia biológica, ello no anula su filiación natural. De conformidad con el artículo 377°, que a la letra señala: *“por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”*.
- Los requisitos para la adopción, trámite, las prohibiciones; se encuentran estipulados en los artículos 378°, 379°, 380°, 381°, 382°, 383°, 384°, 385°⁶³.

1.5.2 La protección jurídica de la familia en el derecho

En relación a su protección Jurídica, AGUILAR LLANOS, sostiene que la familia *“es reconocida por todos y su importancia y trascendencia ha llevado a que numerosos cuerpos legales, nacionales e internacionales, le presten atención por parte del Estado y comunidad”*⁶⁴; es decir, la familia tiene un reconocimiento universal, y a su vez en razón de la importancia ha generado que tenga un rol relevante en el ordenamiento jurídico; por ello, es susceptible de ser objeto de disposiciones jurídicas.

Acorde con lo anterior, es necesario mencionar que su contenido se encuentra principalmente en el Derecho de Familia, el cual contiene las normas que regulan las relaciones tanto patrimoniales como personales de los integrantes que la conforman. Así como en el derecho de Sucesiones el cual utiliza la concepción

⁶² Ibídem.

⁶³ Código Civil Peruano

⁶⁴ AGUILAR LLANOS, Benjamín. óp. cit., p.5.

de familia para asignar la condición de heredero. Y también en el Derecho Penal, el cual lo toma en consideración para tipificar conductas antijurídicas que afecten a la familia⁶⁵.

En el Perú, principalmente el principio de protección de la familia se sustenta en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, el cual refiere que tanto la comunidad como el Estado son protectores de la familia, razón por la cual la reconocen como la base de toda sociedad⁶⁶.

Es así que, en tanto el Estado es el principal encargado de su protección entonces existe un vínculo entre ambos en el cual la familia está relacionado a la existencia, constitución y el desarrollo del estado; en consecuencia, sin familia no existe Estado, ya que, este es una representación de los grupos familiares⁶⁷.

Sumado a ello, dicha disposición resalta que la protección será dada a los sujetos más vulnerables y jurídicamente débiles que integren el grupo familiar, esto es, a las mujeres embarazadas, a los incapaces, a los niños, a los ancianos, etc.; debido a que, ellos se encuentran en una situación de vulnerabilidad lo cual hace necesario un tratamiento y regulación especial, con la que se logre un correcto ejercicio de los derechos que derivan de tales condiciones⁶⁸.

Por otro lado, CHANAMÉ ORBE, considera que el principio de protección de la familia se encuentra vinculado a los principios que regula el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes; específicamente en el principio del interés superior del niño, el cual considera la prioridad de elegir el bienestar del menor por sobre el de otro sujeto cuando el derecho de ambos se encuentren colisionados⁶⁹.

Sumado a ello, DIAZ QUIJANO señala que *“el estado protege permanentemente a la familia en razón a su función de perpetuación de la especie, seguridad ética y de que sin ella no sería posible la existencia de la sociedad”*⁷⁰, esto significa, que el fundamento de la protección del estado a la familia radica en la

⁶⁵ Cfr. Citado por SERRANO ALONSO, Eduardo. *Manuel De Derecho De Familia*, Madrid, Edisoper S.L, p.23.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ídem*.

⁶⁸ *Ídem*.

⁶⁹ *Ídem*.

⁷⁰ Cfr. Citado por ZANNONI, Eduardo. *Derecho Civil, Derecho De Familia*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma, 2006, p.26.

importancia de esta, pues tiene como principal función garantizar la permanencia del ser humano.

1.5.3 Regulación de la institución familia en el derecho penal

Debido a que la presente investigación aborda el comportamiento omisivo de los sujetos, que teniendo un vínculo familiar con la víctima, permite la violación sexual del menor de edad entonces es importante conocer la importancia y justificación de la regulación de la familia en el Derecho Penal; por lo que, es necesario exponer algunas definiciones del derecho penal.

El Derecho Penal es denominado como la última ratio, es por esto que, será utilizado como un mecanismo de control cuando otros mecanismos menos coercitivos hayan fracasado; de modo que, responderá frente a comportamientos que lesionan o pongan en peligro un bien jurídico, respondiendo así a la política criminal⁷¹.

Así también, HURTADO POZO, considera al Derecho Penal como un mecanismo de control social, el cual se encarga de responder las inquietudes de carácter social, independientemente de la política que maneje el estado; dado que, éste último tiene la función de buscar superar los conflictos sociales. Por otro lado, el Derecho Penal como parte del derecho en general, es el derecho que tiene las funciones de controlar, orientar, planear la vida común⁷².

A su vez, WELZEL, señala lo siguiente: *“la misión del Derecho Penal es proteger los valores elementales de la vida en comunidad, el bien jurídico es un bien vital de la comunidad o del individuo, que por sus significación sociales protegido jurídicamente”*⁷³; por tanto, el rol fundamental del Derecho Penal será salvaguardar y proteger los bienes jurídicos, logrando así que terceros se abstengan de lesionarlos o ponerlos en peligro; a su vez, cumple una función

⁷¹ Cfr. ROSAS TORRICO, Marcia. *Sanciones penales en el sistema jurídico peruano*, S/A [ubicado el 14.V. 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/sanciones%20penales%20en%20el%20sistema.pdf>

⁷² Cfr. HURTADO POZO, José. *Manual De Derecho Penal*, S/A [ubicado el 14.V. 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/manual%20del%20derecho%20penal%20hurtado.pdf>

⁷³ Citado por REATEGUI SANCHEZ, James. *Derecho Penal parte general*, Lima, Gaceta Jurídica, 2009, p.50.

sancionadora para aquellos sujetos que menoscaben o coloquen en situación de peligro dichos bienes jurídicos.

Ahora bien, la institución familia así como los deberes y obligaciones que nacen en virtud de ella, no solo se encuentran reguladas y protegidas en el Derecho Civil, sino que también en otras ramas como el Derecho Penal pero de una forma distinta. De ahí que, esta regulación no comprende la definición los deberes y obligaciones que nacen de las relaciones familiares, al contrario, se trata de una regulación que sanciona las conductas que transgredan, lesionen o pongan en peligro los deberes familiares, las relaciones familiares y los bienes jurídicos de los integrantes de la familia; es así que están tipificadas como delitos y agravantes en el Código Penal peruano.

Conforme a ello, la intervención penal en la protección de la familia encuentra su justificación en las diversas formas de ataque que recibe la institución familiar, las cuales muchas veces provienen del mismo ámbito familiar pues padres dejan en abandono moral a sus hijos así como también lesionan sus bienes jurídicos, ocasionando que la familia entre en desamparo y quebrantamiento así como el rompimiento del equilibrio y estabilidad económica, jurídica y la estructura del Estado y la sociedad, por lo tanto, el estado interviene, reprimiendo las conductas perjudiciales a la institución familiar a través del Derecho Penal⁷⁴.

Del mismo modo, SOSA DIAS ADELA, señala lo siguiente: *“desde el punto de vista penal la intervención de la familia se justifica no solo por lo que ella misma significa, sino porque, al desintegrarse o disolverse, pierde el hombre su medio educador natural”*⁷⁵, entendiéndose que la familia al ser quebrantada genera en sus miembros la pérdida de su desarrollo y desenvolvimiento como persona y en la sociedad.

Por otro lado, también existen críticas a la tutela penal de la familia, lo cual data en algunos antecedentes de la legislación comparada, así por ejemplo; el Código Penal Colombiano de 1936 (Ley 95/36) consideraba a la familia como un bien jurídico susceptible de tutela penal, razón por la cual se estableció determinados

⁷⁴ Cfr. Citado por CAMPANA VALDERRAMA, Manuel. óp. cit., p.35.

⁷⁵ Citado por REYNA ALFARO, Luis. *Delitos contra la Familia*, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2004, p.5.

tipos penales como rapto, incesto, bigamia, supresión, inasistencia moral; siendo ello objeto de cuestionamiento, alegándose que algunas de ellas dañaban otros bienes jurídicos, es decir, existía una colisión entre los tipos penales así como vulneración a principios como la última ratio, lesividad, eficacias, entre otros; se optó por la desaparición de alguno de ellos.⁷⁶

A causa de ello, se consideró que si bien es cierto la familia y las relaciones familiares merecen una protección integral por parte del estado, ello no implica que el Derecho Penal deba encargarse de dicha labor; debido a que, a pesar de ser la más drástica era la más ineficaz, por lo que, las sanciones no contribuyen a que las vulneración disminuyan⁷⁷.

Asimismo, el penalista ANTONIO FERRER SAMA, realiza una breve mención de las críticas que giran en torno a la tutela penal de la familia, las cuales consisten en considerar que la imposición de una sanción por el quebrantamiento y vulneración de los deberes familiares no era una solución, sino que más bien, ello generaría otras consecuencias, por lo tanto, no era adecuado denominar como delito a la violación de los deberes emanados de una relación familiar⁷⁸.

Empero, pese a los cuestionamientos, él concluye que *“la protección jurídica de la familia es materia que fundamentalmente incumbe al Derecho privado, teniendo el Derecho Penal carácter sancionador, en el sentido de que únicamente ha de darse paso a la tutela por medios punitivos cuando la conmoción de la vida familiar sea tan profunda que con ella, no solamente resulten lesionados los derechos de que individualmente gozan los distintos miembros de la familia, sino que la misma socave los cimientos de este organismo, origen del Estado”*⁷⁹; entendiéndose que, es vital la protección de la familia en el ámbito penal; siendo que dicha tutela y aplicación de los mecanismos sancionadores se manifestarán cuando la vulneración de la vida

⁷⁶ Cfr. ARCILA ARENAS, Darío. *Los delitos contra la familia en el nuevo código penal colombiano*, S/A [ubicado el 14.V. 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/los%20delitos%20contra%20la%20familia%20en%20el%20nuevo%20codigo%20penal%20colombiano.pdf>

⁷⁷ Cfr. Ídem.

⁷⁸ Cfr. FERRER SAMA, Antonio. *El delito de abandono de familia*, S/A [ubicado el 14.V. 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/El%20delito%20de%20abandono%20de%20familia.pdf>

⁷⁹ Ibídem.

familiar sea de tal magnitud que además de transgredir los derechos de quienes la integran a la familia, alcance a la familia como institución del Estado.

1.5.3.1 Legislación comparada

Otro punto importante de mencionar, es que en la legislación comparada también radica la represión de los atentados contra la familia; así, por ejemplo: el Código Penal español, contiene los delitos contra los deberes y derechos de la familia. Esta regulación se fundamenta en la existencia del deber de protección de los derechos e intereses de los menores, incapaces y vulnerables miembros que integran la familia, y por otro lado, en que las medidas sociales y el Derecho Civil no son suficientes para la protección que necesitan los derechos y deberes de la familia; es por ello que, el Derecho Penal mediante la creación de tipos penales los protege como bienes jurídicos de relevante importancia⁸⁰.

En relación con ello, PRATS GANUT, considera que *“nadie duda que las relaciones familiares constituyen un entramado de derechos y deberes entre sus miembros, que encuentren su definición en el ámbito del derecho privado, frente al cual el Derecho Penal debe cumplir su función de “ultima ratio” sancionando a aquellos comportamientos que atenten de forma más grave a los derechos propios de la relación familiar”*⁸¹; en efecto, el autor justifica la intervención punitiva contra los comportamientos que afecten de manera grave los derechos que son propios de la relación familiar.

Con respecto a los tipos penales que regula el Derecho Penal español se encuentran: Los delitos contra las relaciones familiares, Capítulo III, del Título XII, del Libro II del Código Penal, desde el artículo 217° hasta el artículo 233°, Código Penal. Así también Las disposiciones de este Título XII se estructuran en tres capítulos: los matrimonios ilegales, la suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor y los delitos contra los deberes familiares que, a su vez, se desglosa en dos secciones distintas: el

⁸⁰ Cfr. ARMENDÁRIZ LEÓN, Carmen. *“Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el Código Penal español”*, *Revista Penal México*, N° 06, marzo - agosto 2014, [ubicado el 14.V. 2018].
Obtenido en.
<file:///E:/citas%20de%20capitulo1/delitos%20contra%20los%20derechos%20y%20deberes%20familiares.pdf>

⁸¹ Citado por QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2004, p. 492.

quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de los menores al abandono del domicilio y el abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección⁸².

Además, este cuerpo legal incluye al parentesco como circunstancia agravante para la determinación de la pena de un delito, en razón de considerar a la relación de parentesco entre el sujeto activo y la víctima como un deber moral originado por la convivencia familiar, por tanto, el incumplimiento y el aprovechamiento de ese parentesco para ejecutar un determinado delito origina un mayor reproche social y en consecuencia una pena mayor (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2003)⁸³.

En virtud de esta regulación; se infiere que, la legislación comparada realiza una tipificación específica de los delitos que lesionan los deberes y derechos nacidos de las relaciones familiares, lo cual contribuye a la correcta subsunción de los comportamientos lesivos en los tipos penales; lo que muchas veces es difícil cuando se realizan tipificaciones generales, como la legislación peruana.

1.5.3.2 En el Perú

El ordenamiento penal peruano, reconoce la protección y salvaguardia de la familia; por ende, es importante tener conocimiento de que tipo de familia regula el Derecho Penal peruano. En virtud a ello, tal como señala CASAS BARQUERO el Derecho Penal concibe un amplio concepto de familia; ya que, si bien es cierto la familia se fundamenta en la institución familia, el Derecho Penal también considera a relaciones de naturaleza distinta; esto incluyendo a los diferentes tipos de familia⁸⁴.

SALINAS SICCHA manifiesta que la regulación de los delitos contra la familia encuentran justificación en la importancia que posee familia para la organización, desenvolvimiento y desarrollo del Estado; por ende, esté mismo puede hacer uso

⁸² Código Penal Español. [ubicado el 14.V. 2018]. Obtenido en [file:///C:/Users/User/Downloads/BOE-038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/BOE-038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria%20(1).pdf)

⁸³ Cfr. MENÉNDEZ VILA, Beatriz. *¿Cómo influye el parentesco en el Derecho Penal?*, S/A [ubicado el 14.V. 2018]. Obtenido en <http://portaley.com/2016/09/influye-parentesco-derecho-penal/>.

⁸⁴ Cfr. Citado por REYNA ALFARO, *Luis*. óp. cit., p.18.

del derecho punitivo para protegerlo a través de la creación de delitos, con la finalidad de que no se distorsionen las relaciones familiares⁸⁵.

Es así que, *“tal intervención se justifica por el hecho concreto de garantizar el efecto cumplimiento de las obligaciones y deberes familiares, cuando los ciudadanos dolosamente pretende sustraerse”*⁸⁶; es decir, la intervención del derecho penal peruano como protector de la familia tiene por objetivo que los sujetos cumplan con su rol en virtud de una relación familiar existente.

Aunque, el tratadista SANTIAGO MIR PUIG, sostiene que no todo bien jurídico requiere de la tutela penal ya que para ello debe cumplirse con una justificada y motivada importancia así como la necesidad de protección por el derecho penal lo cual genere que un interés social pueda calificarse como un bien jurídico penal⁸⁷.

Frente a ello, se tendrá en cuenta que las relaciones familiares generan derechos familiares que deben ser cumplidos para que la persona natural pueda desarrollarse a plenitud, y para garantizar el cumplimiento efectivo de ellos, se considera como bien jurídico para obtener una tutela penal integral y efectiva.

Por otro lado, SALINAS SICCHA, señala que, *“la normativa penal solo pretende tutelar:*

1. *El derecho a la certeza de la filiación de los hijos respecto a los padres.*
2. *El derecho de custodia que corresponde a los padres respecto de los hijos*
3. *Tutelar las obligaciones alimenticias”*⁸⁸.

No obstante, la familia y las relaciones familiares en el Derecho Penal tiene una mayor connotación; por ende, el Código Penal peruano contiene al parentesco como circunstancias agravantes y atenuantes, debiéndose entender que la

⁸⁵ Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal parte especial*, 6ª ed., Lima, Editora y librería Jurídica Grijley E.R.L., 2015,404.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Cfr. Citado por RUIZ PÉREZ, Adelceinda. *El delito de omisión a la asistencia familiar, reflexiones, y propuesta para la mejor aplicación de la normatividad que la regula*, S/A [ubicado el 14.V. 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/el%20delito%20de%20omision%20a%20la%20asistencia%20familiar.pdf>

⁸⁸ SALINAS SICCHA, Derecho PENAL Parte Especial, 7 ed., Lima, Editorial Iustitia, 2018, p.495.

circunstancia es el indicador que contribuye a la determinación del quantum de la pena concreta aplicable a la conducta punible, y cuando esta circunstancia genera una penalidad mayor será denominada agravante, mientras que, cuando genere una penalidad menor será entendida como atenuante⁸⁹.

Y de conformidad con ello, el 23 de noviembre del año 2015 mediante la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30364, se incorporó el artículo 46-E al Código Penal peruano, el cual regulaba al abuso de parentesco como una circunstancia agravante cualificada; que a la letra señala lo siguiente: “ *La pena es aumentada hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cuando el agente aprovechó su calidad de ascendiente o descendiente, natural o adoptivo, padrastro o madrastra, cónyuge o conviviente de la víctima. En este caso la pena privativa de libertad no puede exceder los 35 años de PPL, salvo que el delito se encuentre reprimido con pena privativa de libertad indeterminada, en cuyo caso se aplica esta última. La agravante prevista en el primer párrafo es inaplicable cuando esté establecida como tal en la ley penal*”⁹⁰, entendiéndose, que se agravaba la pena si el sujeto que realizó el hecho punible para ejecutarlo se valía por su posición de ventaja en virtud de tener un vínculo familiar con la víctima.

Así que, es posible decir que la incorporación del abuso de parentesco como circunstancia agravante, tiene un sentido más amplio que el subsanar la no existencia de procedimientos para establecer la pena concreta en el Código Penal peruano, sino que se debió como una política criminal en respuesta a la realidad de la criminalidad peruana; ya que, en los últimos años dentro del círculo de autores y partícipes de un hecho delictivo se encuentran sujetos que vinculados por una relación familiar con las víctimas, lo cual resulta social y jurídicamente reprochable.

Tal afirmación deriva de que los delitos ya no son una situación que se produce en un ambiente externo al del hogar; por el contrario, ahora se ha instalado en el

⁸⁹ Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del código penal*, S/A [ubicado el 14.V. 2018]. Obtenido en <file:///C:/Users/User/Downloads/15579-61844-1-PB.pdf> .

⁹⁰ Ibídem

seno de la familia; allí donde la persona se desarrolla se originan los ilícitos penales producto de las relaciones familiares⁹¹.

En definitiva, se concluye que la familia debe ser protegida en el ámbito penal, pues su legitimidad de intervención radica en que las otras ramas como el Derecho Civil o medidas sociales no son suficientes para salvaguardar los deberes y derechos que derivan de la familia, lo cual no implica una extralimitación del Derecho Penal ni colisiona con la denominación de última ratio.

⁹¹ Cfr. CARRIZO, Omar. *Ilícitos penales como producto de las relaciones familiares*, Buenos Aires, La ley, 2000, p. 82.

CAPÍTULO II
DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES Y SU REGULACIÓN EN EL
ORDENAMIENTO PENAL PERUANO

CAPÍTULO II

DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES Y SU REGULACIÓN

EN EL ORDENAMIENTO PENAL PERUANO

1.1. Delito de violación sexual

Con respecto a la violación sexual, esta se define como *“una invasión física de naturaleza sexual, cometida sobre una persona bajo circunstancias coercitivas, implicase o no, la cópula sexual”*⁹²; es decir, la violación sexual es cuando una persona ejerce sobre otra una invasión sexual de manera forzosa.

Así también, FRÍAS CABALLERO aborda el contenido de este delito, señalando que *“el elemento material de la violación se halla constituido por la conjunción carnal como fin, contra o sin la voluntad del sujeto pasivo y empleando la violencia como medio”*⁹³. De ello se difiere que, la violación sexual contiene la finalidad de acceder carnalmente a un sujeto y para la ejecución de la misma se emplea la violencia.

A su vez, es importante recalcar que *“así, la violación no es punible por la actividad sexual en sí, sino porque ésta se lleva a cabo contra la voluntad de otro o fuera de los moldes de comedimiento actualmente dominantes. Lo que se castiga es el uso de la fuerza, la intimidación o el hecho de prevalerse el agente*

⁹²MENDOZA CALDERÓN, Silvia. *Algunas consideraciones sobre las formas de autoría y participación en los delitos sexuales como crímenes de lesa humanidad. la importancia de los presupuestos subjetivos como criterio delimitador de la responsabilidad penal*, [ubicado el 9.XI 2017].

Obtenido en

<file:///E:/citas%20de%20capitulo1/Algunas%20consideraciones%20sobre%20las%20formas%20de%20autor%C3%ADa%20y%20participaci%C3%B3n%20en%20los%20delitos%20sexuales%20como%20cr%C3%ADmenes%20de%20lesa%20humanidad.%20la%20importancia%20de%20los%20presupuestos%20subjetivos%20como%20criterio%20delimitador%20de%20la%20responsabilidad%20pena.pdf>

⁹³ Citado por DONNA, Alberto. *Delitos contra la integridad sexual*, 2 ed., Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2002, p. 59.

de una determinada circunstancia en que se encuentra la víctima, reprobable socialmente”⁹⁴; es así que, la violación sexual resulta ser objeto de sanción penal porque que la actividad sexual se realizó sin consentimiento, bajo modalidades coercitivas, vulnerando la integridad y dignidad de la otra persona; originando un reproche social y jurídico.

Por otro lado, NOGUERA RAMOS señala que la violación sexual es “*el delito de practicado contra la voluntad de una persona que inclusive puede ser su cónyuge o conviviente; mediante la utilización de violencia física o grave amenaza que venza su resistencia*”⁹⁵; por lo tanto, es posible que este delito se propicie en una relación de convivientes o cónyuges, bajo agresión y amenaza; de tal manera que, el sujeto pasivo no pueda defenderse del agresor sexual.

En consecuencia, se entiende que la violación sexual es un delito que consiste en la actividad sexual ejercido contra otra persona, sin consentimiento y bajo modalidades de agresión, intimidación, etc.; en el cual se transgrede su integridad, dignidad así como su libertad e indemnidad sexual.

1.1.1 Bien jurídico tutelado

Con respecto al bien jurídico tutelado en el delito de violación sexual es importante saber que “*en los delitos contra la libertad sexual –violación sexual– el legislador intenta proteger el derecho a la libertad sexual, entendida en un doble sentido: derecho de autodeterminación sexual en las personas mayores de edad, y derecho a la indemnidad e intangibilidad en los menores de edad*”⁹⁶; es decir, la libertad sexual es el derecho a la libre decisión de la actividad sexual de las personas mayores de edad, mientras que la indemnidad sexual es la disposición de la sexualidad de los niños y adolescentes.

De igual manera, el Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116 señala que en “*el Derecho Penal Sexual el bien jurídico no es una difusa moral sexual, la honestidad, las*

⁹⁴ WELSCH PANIAGUA, Francisco. *Los delitos contra la indemnidad y libertad sexual: el tipo subjetivo, la omisión y la culpa; análisis práctico*, 2014 [ubicado el 9.XI.2017]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/Los%20delitos%20contra%20la%20indemnidad%20y%20libertad%20sexual.pdf>

⁹⁵ Citado por ARCE GALLEGOS. Miguel. *El delito de violación sexual*, Arequipa, Editorial Adrus S.R.L, 2010, p. 43.

⁹⁶ PACHECO ROJAS, Diana. *Jurisprudencia relevante y actual sobre el delito de violación sexual*, 2018 [ubicado el 9.X.2018]. obtenido en <https://legis.pe/jurisprudencia-delito-violacion-sexual/>

*buenas costumbres o el honor sexual sino la libertad sexual, tratándose de las personas con capacidad de consentir jurídicamente (Fundamento Jurídico N° 15), y la intangibilidad o indemnidad sexual, tratándose de personas que no pueden consentir jurídicamente (Fundamento Jurídico N° 16)*⁹⁷; dicho en otras palabras, en el delito de violación sexual el bien jurídico tutelado no son cuestiones de carácter moral sino que abarca la integridad de las personas mayores y menores de edad, siendo así que la libertad e indemnidad sexual son los bienes jurídicos tutelados.

Con relación a la libertad sexual, esta se conceptualiza como *“el derecho a la disposición del cuerpo de la manera más convincente para la persona, mediante una elección y no sujeta a imposición o condicionamiento”*⁹⁸; esto es, la libertad sexual es el derecho que tiene la persona a disponer de su cuerpo como esta lo decida, bajo ningún medio de coacción que propicien limitar tal derecho.

Asimismo, este bien jurídico se configura como *“el derecho a la autodeterminación sexual y el derecho a rechazar las intromisiones de terceros en este ámbito”*⁹⁹; esto significa que, la libertad sexual tiene dos aspectos. Con respecto al primero, se difiere que es el derecho al libre desarrollo de la actividad sexual. Y en relación al segundo aspecto, se entiende que es el derecho a no permitir y rechazar la intervención de terceros puesto que las personas tienen la posibilidad de elegir con quien involucrarse erótica y sexualmente.

A su vez, se caracteriza como el derecho a mantener relaciones sexuales con el expreso consentimiento de la persona, sin estar inmiscuido en actividades sexuales en contra de su voluntad; puesto que, tiene la potestad de elegir se realiza o no el comportamiento sexual¹⁰⁰.

⁹⁷ GAMARRA HERRERA, Ronald. *Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual: Guía de Orientación El Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia del Perú*, 2013, p. 25. [ubicado el 9.III.2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/Apreciaci%C3%B3n%20de%20la%20prueba%20en%20los%20delitos%20de%20violaci%C3%B3n%20sexual%20acuerdo%20plenario.pdf>

⁹⁸ SPROVIERO, Juan. *Delito de violación*, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1996, pp. 4-5.

⁹⁹ PEÑA CABRERA, Raúl. *Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual*, Lima, Ediciones Guerreros, 2003, p. 54.

¹⁰⁰ Cfr. RAGUES I VALLES, Ramón. *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Barcelona, 2011, p. 119.

Además, se debe agregar que “con su tutela no se aspira simplemente a garantizar a toda aquella persona que posea la capacidad de autodeterminación sexual, su efectivo ejercicio, sino que el objetivo es más ambicioso: Se quiere asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes o, más brevemente, se interviene con la pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad”¹⁰¹; es decir, de igual manera de garantizar la libre determinación sexual, se pretende garantizar que las actividades sexuales se propicien con consentimiento y voluntad por los intervinientes, haciendo cada uno uso de su libertad sexual.

Por otro lado, la indemnidad sexual se conceptualiza como el libre desarrollo de su sexualidad, esto es, la capacidad de dirigir el desenvolvimiento de la sexualidad. A ello, se debe agregar que el fundamento de su protección como señala GARCIA CANTIZANO; es la necesidad tanto de proteger como de garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de los que aún no alcanzan el grado de madurez suficiente, esto es, los menores y los que sufren anomalías psíquicas¹⁰².

Así también, este bien tutelado se manifiesta como el bien jurídico de los niños y adolescentes de 14 años, el cual es protegido para resguardar el futuro de su libertad sexual, de igual modo, esta protección abarca proteger al menor de intervenciones forzosas como del aprovechamiento de terceros para realizar actos sexuales con o sin consentimiento¹⁰³.

Del mismo modo, la jurisprudencia comparada señala que “la ley considera que a esa edad la capacidad es incompleta ya que o los estímulos sexuales son todavía ignorados o confusos, o, en todo caso, si son excitados, no pueden encontrar en la inmadurez psíquico-física del menor contraestímulos

¹⁰¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José. *El Objeto de Protección del Nuevo Derecho Penal Sexual*, [ubicado el 9.III.2018]. <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/el%20objeto%20del%20nuevo%20derecho%20penal%20sexual.pdf>

¹⁰² Cfr. Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro, óp. cit., p. 905.

¹⁰³ Cfr. PEÑA LABRIN, Ernesto. *Aproximación Criminológica: Delitos Informáticos contra la Indemnidad y Libertades Sexuales Ley N°30096, 2014* [ubicado el 9.III.2019]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/APROXIMACIÓN%20CRIMINÓGENA%20delitos%20informaticos%20contra%20la%20libertad%20e%20indemnidad.pdf>

suficientemente fuertes y adecuados, lo que implica que el menor es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual¹⁰⁴; de ahí que, el fundamento de la protección de la indemnidad sexual se basa en resguarda al menor frente a su falta de capacidad mental para comprender en que consiste una relación sexual así como las consecuencias futuras por su desconocimiento e inocencia en acciones de índole sexual.

1.2. Violación sexual de un menor de edad

El Tribunal Constitucional señala que *“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 indefensión¹⁰⁵”;* es decir, la violación sexual de un menor de edad es un acto que atenta contra los derechos fundamentales de un menor el cual se encuentra en desventaja al no poseer la capacidad de hacer frente a los ataques de un tercero, ya que, su minoría de edad presenta indefensión, dependencia y vulnerabilidad.

Tal es así que *“la violación sexual de menores viene a formar parte de aquella violencia que se da tanto en el seno familiar como fuera de él. Se trata de un problema ético, social y jurídico¹⁰⁶”;* dicho de otra manera, se considera a la violación sexual como una forma de violencia que nace en el ámbito familiar o

¹⁰⁴ ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina. *Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. examen del artículo 183*, p.6. [ubicado el 29.IV. 2019]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/LOS%20DELITOS%20SEXUALES%20A%20MENORES%20ART%C3%8DCULO%20183.pdf>

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano. Exp. N° 0012-2010-PI/TC. Fundamento cuarenta y ocho. [ubicado el 29.IV. 2019]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00012-2010-AI.html>

¹⁰⁶ PEÑA LABRIN, Daniel. *El delito de violación sexual de menor Especial referencia a sus elementos criminógenos*, p.185. [ubicado el 29.IV. 2019]. Obtenido en <file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/el%20delito%20de%20violación%20sexual%20de%20menor%20especial%20referencia>

cualquier otro ámbito donde se desenvuelva el menor lo cual es un problema con connotaciones sociales, éticas y jurídicas.

Por ello, este delito es uno de la más graves tipos de violencia contra la vulnerabilidad e inocencia de un niño o niña, situación en la cual un adulto se encuentra excitado con el cuerpo infantil de un menor de edad, por tanto, busca la posibilidad de acceder carnalmente a él, utilizando cualquier modalidad que haga posible satisfacer sus deseos sexuales¹⁰⁷.

Incluso, se configura a pesar de que expresamente el menor haya manifestado su consentimiento para ejecutar los actos sexuales, ello en razón de que una persona con una edad inferior a los 14 años no cuenta con la capacidad de entender el acto sexual, por ende, su consentimiento no hace lícita la relación sexual¹⁰⁸.

Además, no es un requisito esencial que se emplee el uso de violencia, intimidación, inconciencia o engaño; puesto que, se pretende proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de las personas que todavía no poseen el grado de madurez suficiente. Es así que el hecho punible se configura con el acceso carnal sexual por la cavidad vaginal, anal o bucal, actos análogos, o la introducción de objetos o partes del cuerpo por las vías ya referidas¹⁰⁹.

1.2.1 Violación sexual de menores de edad intrafamiliar

Las violaciones sexuales intrafamiliares son aquellas vejaciones sexuales que se propician en el ambiente familiar, ejecutadas por un integrante familiar o el sujeto que habita en la casa familiar. De este modo, el sujeto agresor puede ser el adulto que esté a cargo del menor lo cual facilita la agresión sexual, por lo tanto, las consecuencias suelen ser con daños mayores para las víctimas¹¹⁰.

¹⁰⁷ Cfr. GIORDANO ROSAS, Emilia. *Abuso sexual infantil intrafamiliar*, pp. 2-3. [ubicado el 22.IV. 2019].

Obtenido en

<file:///E:/citas%20de%20capitulo1/abuso%20sexual%20infantil%20intrafamiliar.pdf>

¹⁰⁸ Cfr. SALAS ARENAS, Jorge. *Indemnidad Sexual Tratamiento jurídico de las relaciones sexuales con menores de 14 a 18 años de edad*, Lima, Idemsa, 2013, p. 43.

¹⁰⁹ Recurso de Nulidad N.º 1007-2018 Ayacucho. fundamento cuatro. [ubicado el 29.IV. 2019].

Obtenido en file:///E:/citas%20de%20capitulo1/R.N.-1007-2018-Ayacucho-Legis.pe_.pdf

¹¹⁰ Cfr. VALLE, Rubén; BERNABÉ-ORTIZ, Antonio; GÁLVEZ-BUCCOLLINI, Juan & otros. *sexual intrafamiliar y extrafamiliar y su asociación con el consumo de alcohol*, 2018, p. 2. [ubicado el 22. IV.2019

2019].

Obtenido en

<file:///E:/citas%20de%20capitulo1/agresion%20sexual%20intrafamiliar.pdf>

Es así que, “*la violencia sexual en menores de edad por lo general ocurren en el seno de la familia y adquieren la forma habitual de tocamientos y sexo forzado por parte del padre, padrastro tío, abuelo y hermanos o de algún otro integrante de la familia, si este acto violento se circunscribe dentro de seno familiar con disfunciones vinculares graves, severos y crónicos*”; por la tanto, los menores se encuentran expuestos a violaciones sexuales reiteradas siendo el agresor un adulto con el que conviven la mayoría del tiempo.

Frente a ello, el estado peruano reacciona ratificando la Convención sobre los Derechos del Niño establecido en su artículo 19, en el cual se determina que los estados adoptarán medidas sociales, educativas, legislativas y administrativas; de modo que, se proteja y resguarde la integridad del niño, niña y adolescente, haciendo frente a cualquier forma de maltrato, abuso, descuido, abandono o explotación¹¹¹.

1.3. Política criminal en los delitos de violación sexual de menores

Con respecto a la política criminal frente a los delitos sexuales, REYNA ALFARO, manifiesta que en los delitos sexuales, la política criminal es incompatible con un Estado de Derecho, ya que, el bien jurídico protegido tiene un sentido moralista lo cual era un retroceso al tratamiento legislativo anterior. Sumado a ello, esta el exacerbado positivismo; esto es, en el incremento de las penas¹¹².

Por otro lado, la regulación de los delitos sexuales en el ordenamiento peruano presenta una serie de modificaciones, así por ejemplo: el aumento de penas, reducción y eliminación de los beneficios penitenciarios, por ende, se señala que la política criminal tiene vocación solamente represiva y una utilización simbólica del derecho penal, lo cual es contrario a los fines preventivos propios del Derecho Penal de un Estado Constitucional. Es así que, como resultado se obtiene un marco jurídico con mayor protección legal a los bienes jurídicos en riesgo y con un mayor énfasis cuando la víctima es un menor¹¹³.

¹¹¹ VIVIANO LLAVE, Teresa. *Abuso sexual estadísticas para la reflexión y pautas para la prevención*, 2012, p. 36. [ubicado el 22. IV.2019 2019]. Obtenido en https://www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pncvfs/libro_abusosexual.pdf

¹¹² Cfr. REYNA ALFARO, Luis. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual enfoque dogmático y jurisprudencial*, Lima, Jurista Editores, 2005, p.170.

¹¹³ Cfr. LLAJA VILLENA, Jeannette & SILVA TICLLACURI, Cynthia. *La justicia penal frente a los delitos sexuales: Aplicación del Nuevo Código Procesal Penal en el distrito judicial de San Martín*,

No obstante, si bien existen críticas a la política criminal que respalda el nuevo tratamiento legislativo penal en materia de delitos sexuales, consideramos que no compartimos los criterios antes mencionados, ello en virtud a lo señalado por el tribunal constitucional así como el fundamento de la incriminación de la violación sexual de menores.

En este sentido, el Tribunal Constitucional considera a la integridad personal y libre desarrollo de personalidad de los menores de edad como bienes jurídicos tutelados con elevado peso axiológico lo cual justifica que la pena a imponerse sea mayor, así también asegurar la confianza de la ciudadanía mediante la imposición de la pena. Por otro lado, recalca que el estado y la comunidad están en la obligación de proteger al menor de edad, ya que, se encuentra en un estado de vulnerabilidad, menor capacidad física y mental. Por consiguiente, la eliminación de acceder a indulto, de conmutación de pena, de beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, de semi-libertad, de liberación condicional para los delitos de violación sexual de menores de edad se encuentran debidamente justificados¹¹⁴.

Ahora bien, el fundamento de la incriminación de la violación sexual de menores estipulado en el artículo 173° del Código Penal peruano es la inmadurez de los menores de catorce años, motivo por el cual presentan incapacidad de llevar a cabo una conducta sexual de manera racional, por ende, se pretende resguardar el desarrollo de su personalidad y sexualidad; a pesar de que, el menor consienta el acto sexual, este consentimiento es nulo para el derecho, razón por la cual se prohíbe todo tipo de práctica sexual con los menores tutelados¹¹⁵.

2016, p. 94. [ubicado el 9.III 2019]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/la%20justicia%20penal%20frente%20a%20los%20delitos%20sexual.pdf>

¹¹⁴ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional peruano N° 12-2010, de fecha 11 de noviembre de 2011. Fundamento diecisiete, dieciocho, treinta, cuarenta. [ubicado el 29.IV 2019]. Obtenido en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00012-2010-AI.html>

¹¹⁵ Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl. *Curso elemental de derecho penal parte especial*, 5 ed., Lima, Editora y distribuidora ediciones legales E.I.R.L, 2015, pp. 584-585.

1.4. Antecedentes legislativos del delito de violación sexual en el ordenamiento penal peruano

1.4.1. Código Penal de 1924

En la reforma del código de 1924 se adopta una influencia del derecho penal suizo, abandonando el modelo hispano. Este código abarca los llamados delitos contra la libertad y el honor sexuales clasificados como delitos contra las buenas costumbres¹¹⁶.

Esta reforma contiene, la distinción entre la violación y seducción ya que según el artículo 196° la violación se produce mediante violencia o grave amenaza, mientras que, el artículo 201° señala que el autor debe seducir a la víctima, la cual debería ostentar entre 16 a 21 años, con una conducta intachable¹¹⁷.

Además abarca la imposibilidad de que el sujeto pasivo de violación sea el hombre o a la mujer casada establecida mediante el artículo 196°; es así que, este Código tenía como característica una criminalización moralista y discriminatoria, convalidada doctrinalmente, dando lugar a una extensa jurisprudencia¹¹⁸.

1.4.2. Código Penal de 1991

El Código de 1991 presentó pequeños cambios, de manera que los delitos sexuales optan por una definición mediante la noción de agresión sexual. Por otro lado, en virtud de que los delitos sexuales aumentaron, se incorporó la cadena perpetua así como la pena de muerte; así también, se determinó un círculo cerrado de autores para el delito¹¹⁹.

¹¹⁶ Cfr. CASTILLO ALVA, José. *Tratado de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales*, Lima, Gaceta Jurídica S.A, 2002, p. 13.

¹¹⁷ Cfr. HURTADO POZO, José. *El sistema de control penal*, lima, Instituto Pacifico SAC, 2016, p. 508.

¹¹⁸ Cfr. PEÑA LABRIN, Ernesto. *Perspectiva Sociológica: El Nuevo Derecho Penal Sexual/Informático*, 2011[ubicado el 9.III.2019]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/PPERSPECTIVA%20SOCIOLOGICA%20el%20nuevo%20de%20penal%20sexual.pdf>

¹¹⁹ Cfr. HURTADO POZO, José. *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*, lima, Defensora del Pueblo, 2000, p. 40.

Incluso, se pasó a considerar como sujeto pasivo a cualquier persona sea hombre o mujer, independientemente del estado civil. Asimismo, se suprimió la expresión mujer de "conducta irreprochable" adoptada en el código de 1924. Mientras que el tipo de actos contra el pudor señalaba que el sujeto activo no debe tener el propósito de practicar el acto sexual, aunque no se agregó otras maneras de vejaciones sexuales¹²⁰.

1.4.3. Ley 27055

La Ley número 27055, del 24 de enero de 1999, dispone que tratándose de niños y adolescentes víctimas de delitos de violencia sexual la pericia médica también podrá realizarse en los establecimientos de salud del estado y en los centros médicos autorizados, y por un solo perito médico. Con ello se evitaba la confrontación y reconstrucción de los hechos.¹²¹

Así también, señala que salvo expresa decisión del Juez, se tomará en cuenta la declaración del menor y del adolescente rendida ante el Fiscal de Familia; para evitar se realicen actos de investigación como la confrontación, el reconocimiento y la reconstrucción de los hechos¹²².

1.4.4. Ley 27115

La Ley 27115, se promulgó el 15 de mayo de 1999, con su entrada en vigencia se establecía la acción penal pública en los delitos contra la libertad sexual; es decir, le da un nuevo enfoque de persecución; ya que, pasaron a ser de oficio. Ello en razón del gran significado del bien jurídico y la severidad de la pena, pues antes de su entrada en vigencia todos los delitos que formaban parte del capítulo IX eran de acción privada ¹²³ .

También a través del artículo 178° se suprimió totalmente la exención de pena por matrimonio; es decir, si anteriormente se liberaba de responsabilidad penal al sujeto agresor mediante la celebración del matrimonio con la víctima, con la

¹²⁰ Cfr. PEÑA LABRIN, Daniel. *Pluricausalidad criminógena en los delitos contra la libertad sexual: violación de menor*, 2009 [ubicado el 9.III 2019]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/leer%20importante.pdf>

¹²¹ ARCE GALLEGOS, Miguel. óp. cit., p. 39.

¹²² Cfr. PEÑA LABRIN, Ernesto, óp. cit., p.5.

¹²³ Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl. óp. cit., pp. 37-38.

modificación ello quedó sin efecto, y por consiguiente, no existía modo de eximir la pena¹²⁴.

Asimismo se modificó los artículos 178°, 302° del Código Penal peruano, así como la derogación de los artículos 312° y 313° del Código de Procedimientos Penales¹²⁵.

1.4.5. Ley N° 28251

Ley N° 28251, denominada ley contra el abuso y la explotación sexual comercial infantil, publicada el 8 de junio del 2004. Mediante la cual se modificó la redacción de conductas y quantum de las penas de los artículos: 170°, 171°, 172°, 173°, 174°, 175°, 176°, 176°-A, 179°, 180°, 181°, 182°, 183°, 183°-A. Así como la incorporación de los artículos 179°-A, 181°-A, 182°-A. Y la derogación de los artículos que contradigan con la ley¹²⁶.

Por otra parte, lo relevante e innovador de esta reforma es la incorporación de los términos el “acceso carnal” por “vía vaginal”, “anal” o “bucal” o el que realiza otros “actos análogos” “introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías”, con lo cual se logró subsanar un vacío legal que era necesario absolver en virtud de luchar contra la impunidad en los delitos sexuales; siendo ello un cambio significativo para el derecho penal peruano¹²⁷.

1.4.5.1. Del “acto sexual” al “acceso carnal”

a. El acto sexual o análogo

En el Código Penal de 1991, se estructuraron los tipos penales bajo la idea del “acto sexual o análogo”, lo cual se entendió como la conjugación del órgano sexual masculino con el femenino; de manera que, solo se regulaba y protegía la esfera genital de la mujer, así que dicho concepto no se extendía a las

¹²⁴ Cfr. PEÑA LABRIN, Ernesto. *Tratamiento legislativo de los delitos de violación de la libertad sexual en el Perú*, 2010 [ubicado el 2.XI 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/TRATAMIENTO%20LEGISLATIVO%20DE%20LOS%20DELITOS%20DE%20VIOLACION%20DE%20LA.pdf>

¹²⁵ Cfr. Ley 27115, [ubicado el 2.XI 2018]. Obtenido en <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/27115-may-15-1999.pdf>

¹²⁶ Cfr. Ley N° 28251, 2004 [ubicado el 9.XI 2018]. Obtenido en <https://peru.justia.com/federales/leyes/28251-jun-7-2004/gdoc/>

¹²⁷ Cfr. PEÑA LABRIN, Daniel, óp. cit., p.7.

relaciones de tipo oral como boca-pene y boca-vagina, por lo tanto, la consumación de dichos tipos penales consistía en la penetración total o parcial del miembro sexual masculino en la vagina¹²⁸.

b. El acceso carnal

Mediante la expresión “acceso carnal”, se logró una interpretación extensiva la cual comprendía la introducción de objetos o partes del cuerpo a la vagina como al ano. Sin embargo se generó cierta interpretación restrictiva sosteniendo que “acceso carnal” se refería a conductas invasivas, no haciendo posible que la mujer sea considerada como sujeto activo¹²⁹.

Otros en cambio, consideran una interpretación amplia del contenido de la definición de “acceso carnal” señalando que el acceso carnal es la relación sexual de la mujer, al hacerse invadir por sus cavidades o al disponer sexualmente de otra persona del mismo género; con ello se dispuso no limitar la expresión “acceso carnal”, haciendo posible que se califique como autor tanto a la mujer como al hombre que ejecuten el acceso carnal a otro sin el consentimiento de éste¹³⁰.

1.5. Descripción del tipo penal de violación sexual de menores, artículo 173 del Código Penal peruano

1.5.1. Bien jurídico

Es importante saber que por bien jurídico se entiende “al bien que es amparado dentro de todos los aspectos del derecho”¹³¹; es decir, es el bien jurídico que se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico y en concordancia con ello, el bien jurídico tutelado en el artículo 173° del Código Penal peruano es la indemnidad sexual.

¹²⁸ Cfr. REYNA ALFARO, Luis. óp. cit., pp133-135.

¹²⁹ ibídem

¹³⁰ Cfr. CARRASCO JIMÉNEZ, Edison. *El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales*, 2007, p. 140. [ubicado el 9.XI 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/EL%20PROBLEMA%20DEL%20SUJETO%20ACTIVO%20EL%20DELITO%20DE.pdf>

¹³¹ OSSORIO, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2010, p. 128.

Por indemnidad sexual se entiende como el libre desenvolvimiento de la sexualidad de los menores o incapaces, es así que la doctrina argumenta que no se protege propiamente la libertad sexual, ya que, carecen de esa facultad. No obstante, la necesidad de protección radica en evitar influencias negativas en el desarrollo futuro de su personalidad y sexualidad¹³².

De igual modo, PEÑA CABRERA, manifiesta que *“con intangibilidad sexual o indemnidad sexual, se protege a los menores de edad o incapaces, pues son sujetos que no pueden determinarse sexualmente porque aún no tienen libertad sexual. Lo que se trata de resguardar es el desarrollo normal de la sexualidad manteniéndola libre de la intromisión de terceros”*¹³³. Dicho en otras palabras, la indemnidad sexual como bien jurídico es propio de los menores de 14 años a razón de que por su minoría de edad se encuentran impedidos de realizar una libre autodeterminación de la libertad sexual, puesto que, aún no poseen dicha facultad.

Asimismo, SALAS señala que el bien jurídico tutelado lo conforma la indemnidad sexual o también denominada intangibilidad sexual de los menores, la cual pretende resguardar y proteger su derecho del libre desenvolvimiento sexual a una la libertad sexual hacia el futuro, cuando tenga las condiciones necesarias, que no son posibles cuando aún se es menor de edad¹³⁴.

En ese mismo sentido, CASTILLO ALVA refiere que con *“la figura penal parte de la necesidad de proteger la incapacidad para comprender y valorar los actos o comportamientos sexuales que se practican con él o contra él, la enorme posibilidad de manipulación, la ausencia de un carácter formado, la indefensión*

¹³² Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Delitos sexuales en agravio de menores (aspectos materiales y procesales)*, 2010 [ubicado el 9.XI 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/Delitos%20sexuales%20en%20agravio%20de%20menores.pdf>

¹³³ Citado por MUJICA, Jaris. *Violaciones sexuales en el Perú 2000-2009 Un informe sobre el estado de la situación*, 2011 [ubicado el 9.XI 2017]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/violaciones%20sexuales%20en%20el%20Per%C3%BA%20000.pdf>

¹³⁴ Cfr. NAVARRA VEGA, Edwin & SANTOS Y QUISPE NUÑEZ. *Factores socioeconómicos que influyeron en la violación sexual de menores de edad en el Distrito Judicial de La Libertad, 2012* [ubicado el 9.XI 2017]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/Factores%20socioeconómicos%20que%20influyeron%20en%20la%20violación%20sexual.pdf>

(total o parcial) a la que están expuestos por su escaso desarrollo corporal y que es aprovechado por el autor para lograr el acceso carnal”¹³⁵; esto es, que en virtud de la indemnidad sexual se protege al menor, ya que, por su menoría de edad aún no tiene la suficiente capacidad y madurez para discernir acerca de los actos sexuales, lo cual hace posible que terceros maliciosamente se aprovechen de ello para acceder carnalmente con el menor, afectando así su integridad física y psíquica.

Es así que, en el delito de violación sexual de menores la irrelevancia del consentimiento del menor se fundamenta al considerarlo inmaduro psicológicamente y biológicamente lo cual impide la configuración de la comprensión del hecho y autodeterminación conforme a este, haciendo imposible un consentimiento jurídicamente válido para realizar actos sexuales con terceros; en consecuencia, el estado debe proteger al menor¹³⁶.

1.5.2. Acción típica

A) Acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal

En cuanto a la modalidad “acceso carnal”, FONTAN BALESTRA, señala que “el delito de violación se configura en todos los casos con el acceso carnal. Por acceso carnal se entiende la penetración del órgano genital masculino en orificio natural de otra persona, sea por vía normal o anormal, de modo que dé lugar al coito o a un equivalente anormal de él”¹³⁷. En otras palabras, el acceso carnal es la introducción del miembro masculino por vía vaginal, anal o bucal; de manera que, se logre la cópula sexual o una satisfacción sexual.

Es así que, acceso carnal “tiene sus equivalentes en el de copula, coito, concúbiteo, conjunción o unión sexual”¹³⁸, por consiguiente, la conducta del

¹³⁵ Citado por ISIQUE MONTALVO, Luis. *El estudio de la validez jurídica del consentimiento del menor en las relaciones sexuales consentidas, con respecto a los acuerdos plenarios pertinentes*, Tesis para optar el grado de abogado, Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, 2018. [ubicado el 12.III. 2019]. Obtenido en http://tesis.usat.edu.pe/bitstream/usat/1549/1/TL_IsiqueMontalvoLuis.pdf

¹³⁶ Cfr. LLAJA VILLENA, Jeannette & SILVA TICLLACURI, Cynthia, óp. Cit., p. 21.

¹³⁷ Citado por ZAVALA EGAS, Xavier. *El delito de violación sexual*, p. 28. [ubicado el 9.III 2019]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/EI%20delito%20de%20violaci%C3%B3n%20sexual.pdf>

¹³⁸ TENCA, Adrián. *Delitos Sexuales*, Buenos Aires, Editorial Astrea De Alfredo y Depalma, 2001, p.65.

agente agresor tiene que subsumirse en esta modalidad que fundamentalmente se basa en tres supuestos: introducción del pene en el órgano femenino, introducción del pene en el recto e introducción del pene en la cavidad bucal, con la finalidad de que se produzca el placer sexual.

Por otro lado, la legislación colombiana señala que en cuanto al acceso carnal, este comprende dos aspectos. Por un lado, desde un concepto natural el acceso carnal propio con la interpretación de que el acceso carnal se propicia mediante la penetración del miembro viril por vía anal o vaginal. Y por otro lado, el acceso carnal impropio, ello abarca la penetración del miembro viril por vía oral conocido como el sexo oral, la penetración con cualquier parte del cuerpo a la vía anal o vaginal y la penetración utilizando cualquier objeto a la vía anal o vaginal¹³⁹.

Además, dentro de esta modalidad existe la posibilidad de considerar los supuestos en los cuales la víctima es obligada a realizar el acceso carnal al agresor. Tal es así que, DÍAZ RIPOLLÉS, señala que el termino sexual acceso carnal o penetración sexual no requieren que sea el sujeto activo el que realice la introducción del miembro viril por cualquiera de las dos cavidades¹⁴⁰.

B) Actos análogos

Considerando que se suscitaron numerosos cuestionamientos con respecto a la conjunción pene - ano como acto análogo, se incluyó la “fellatio in ore”, al ser esta una manifestación oral de la sexualidad; por ende, cualquier conducta que se encuentre dentro de este contexto, lesionará la indemnidad sexual¹⁴¹

Además, bajo esta modalidad se incluye “*el acto bucogenital se considera como ‘acto análogo’, así como la utilización de la lengua, en tanto que también el tipo legal abarca el sexo realizado entre mujeres*”¹⁴²; esto es, el acto sexual basado en el uso de la lengua o bucogenital se consideran como actos análogos; por lo

¹³⁹ Cfr. BOTERO BERNAL, José. *La noción de violencia para los delitos sexuales contenida en la ley 1719 de 2014: sentido y alcance* [ubicado el 9.III 2019]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/LA%20NOCION%20DE%20VIOLENCIA%20PARA%20LOS%20DELITOS%20SEXUALES%20CONTENIDA.pdf>

¹⁴⁰ Cfr. Citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomas & DELGADO TOVAR, Walther. *Derecho penal parte especial*, Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2012, p. 395.

¹⁴¹ Cfr. SALAS ARENAS, Jorge. óp. cit., p. 44.

¹⁴² SAN MARTIN CASTRO, César. óp. cit., p. 216.

que, con la realización de cualquiera de ellos se configurará la modalidad y consumación de la violación sexual.

C) Introducir objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

Indiscutiblemente la violación sexual no solo se ejecuta cuando se ha introducido el miembro viril en vagina, ano u boca; sino que se ha ampliado la configuración de este tipo, incorporando la introducción de objetos o partes del cuerpo¹⁴³.

Tal es así que esta modalidad advierte *“de un lado, la introducción de objetos, sucedáneos del órgano sexual masculino —que sean capaces de ser utilizados con propósitos sexuales—; y, de otro lado, de partes del cuerpo —aquellos que tienen posibilidades anatómicas de ser introducidas, de modo penetrante, dentro de las cavidades vaginal o anal (dedos, manos, pies, codos, rodillas)”*¹⁴⁴; dicho de otra manera, se infiere que existen dos formas de ejecución. En cuanto a la primera, se trata de objetos con características de ser inertes e inanimados, las cuales son usadas para fines de satisfacción sexual. Por otra parte, en relación a las partes del cuerpo, se refiere a aquellas que puedan introducirse por cualquiera de las dos primeras vías.

Cabe precisar que la modalidad de introducir partes del cuerpo u objetos por cualquiera de las dos vías debe hacerse con la intención de simular una penetración por el miembro viril así como contener una connotación sexual; por lo que, las caricias y roces simples no se configuran en esta modalidad, descartando también las introducciones realizadas por fines médicos con el requisito de que no contengan un sentido sexual¹⁴⁵.

1.5.4 Tipo objetivo

A) Elementos referentes al sujeto:

Sujeto activo:

Es un delito común, ya que, en la descripción del tipo penal empieza con el pronombre impersonal “el que”, tampoco hace mención del requerimiento de un

¹⁴³ Ibídem.

¹⁴⁴ Ibídem

¹⁴⁵ Cfr. GALVEZ VILLEGAS, Tomas & DELGADO TOVAR, Walther, óp. cit., p. 398.

sujeto con alguna cualidad especial, por lo tanto, cualquier persona puede ser el sujeto activo¹⁴⁶.

Anteriormente, se consideró solo al hombre como sujeto activo; sin embargo, para evitar vacíos de impunidad dicho razonamiento cambió. Tal es así que, GARRIDO MONTT, señala que el sujeto activo puede ser tanto una mujer como un hombre, en virtud de que el sentido del término “acceso carnal” engloba la posibilidad de acceder carnalmente con los órganos biológicos que hacen posible una satisfacción sexual, y en ese sentido, tanto hombre como mujer poseen dichos órganos biológicos, por lo tanto, una mujer puede ser considerada como sujeto activo del delito de violación sexual¹⁴⁷.

Es así que, no se considera relevante la opción sexual del agresor sexual sea heterosexual u homosexual; por lo tanto, con la realización del tipo penal se atribuirá la responsabilidad penal, ya que, lo que se incrimina no es la relación sexual sino el abuso sexual y el aprovechamiento del menor de edad; razón por la cual el sujeto activo puede ser varón o mujer¹⁴⁸.

Sujeto pasivo:

En cuanto al sujeto pasivo, de igual manera puede ser hombre o mujer; con el requisito de que sea un menor de catorce años¹⁴⁹.

B) Elementos referentes a la conducta:

Clase de delito:

Anteriormente eran denominados como delitos de propia mano, en los cuales solo la realización de propia mano del tipo puede llevar a la autoría, lo que suponía un círculo cerrado de autores¹⁵⁰. Sin embargo, ello cambio en razón de la modificación mediante Ley N° 28251, lo que originó que se configure como un delito de resultado, haciendo posible la ampliación del círculo de autores y partícipes.

¹⁴⁶ Cfr. ARISMEDI AMAYA, Eliu. *Como probar el delito de violación sexual de menores*, Lima, Gaceta Jurídica, 2017, p. 208.

¹⁴⁷ Cfr. CARRASCO JIMENES, Edison, óp. cit., p. 141.

¹⁴⁸ Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl, óp. cit., pp. 585-586.

¹⁴⁹ Cfr. ARISMENDI AMAYA, Eliu, óp. cit., p.210.

¹⁵⁰ Cfr. ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal*, Perú, IDEMSA, 1998, p. 364.

Forma de ejecución:

Con respecto a la forma de ejecución el delito de violación sexual en agravio de menores se comete por acción, cuando el sujeto activo realice cualquiera de las modalidades descritas en el supuesto de hecho. Por otro lado, ARISMENDI AMAYA, señala que es posible que se ejecuten por omisión impropia establecida en el artículo 13° del código penal peruano, además, se debe tener en cuenta la fuente generadora de deber, dependiendo de cada caso en concreto¹⁵¹.

1.5.4. Tipo subjetivo

En cuanto al aspecto subjetivo, SALAS sostiene que el delito de violación sexual regulado en el artículo 173° del C. P., es cometido por dolo y de manera específica, requiere un dolo directo, por ende, no es posible que se cometa por culpa¹⁵².

Así que, considerando que el dolo directo es *“el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto”*¹⁵³, entonces, para que se configure el delito, el sujeto activo debe tener conocimiento de que al acceder carnalmente o realizar cualquier modalidad descrita en el supuesto de hecho en agravio del sujeto pasivo, esto es, al menor de edad; estará cometiendo un ilícito penal. Así también es necesario que tenga la voluntad de realizar la violación sexual.

Además, conforme lo señala la jurisprudencia este delito *“es eminentemente doloso y, por tanto, se tiene que determinar si el agente estaba en condiciones de conocer el carácter ilícito de su conducta desde sus circunstancias concretas. Uno de los elementos del tipo penal del cual debe estar consciente el sujeto es la edad de la víctima, pues si no pudo conocer que tenía menos de catorce años o no lo supo por imprudencia, estaríamos ante un caso de atipicidad subjetiva”*, entendiéndose, que al ser un delito doloso el sujeto debe tener conocimiento de

¹⁵¹ Cfr. ARISMEDI AMAYA, Eliu, óp. cit., pp. 210-211.

¹⁵² Cfr. NAVARRA VEGA, Edwin & SANTOS Y QUISPE NUÑEZ, óp. cit., p. 91.

¹⁵³ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Teoría general del delito: tipo penal. [ubicado el 18.III 2019]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/teoria%20general%20del%20delito%20el%20tipo%20penal.pdf>

la ilicitud del acto sexual así como la edad, ya que, de lo contrario se estaría ante un error de tipo.

1.5.4.1 Error de tipo

El error de tipo vencible se manifiesta cuando el autor pudiendo realizar las diligencias debidas para evitar el error, no las realizó entonces se elimina el dolo y el delito se sanciona como culposo. Así por ejemplo: en la violación sexual, con respecto a la edad del sujeto pasivo si este error se originó por dicho sujeto así como por la negligencia del autor al asumirlo como cierto ello sin actuar diligentemente, en consecuencia estaremos frente a un error vencible¹⁵⁴.

En cambio, el error de tipo invencible se manifiesta cuando el sujeto a pesar de actuar diligentemente no pudo advertir el error, por ende, se elimina el dolo y la culpa; por consiguiente se elimina la responsabilidad penal. Tal es así que en este tipo de delitos, en referencia a la edad del sujeto pasivo, el autor debe de tener la certeza de que realizó el acceso carnal con una persona mayor de 14 años, además de probarlo en juicio¹⁵⁵.

1.5.5. Consumación

En el delito de violación sexual, la consumación se ha de producir cuando el sujeto activo realizó el acceso carnal, ya sea mediante la penetración del miembro masculino en la vagina, ano o boca, actos análogos así como la introducción de objetos o partes del cuerpo, es decir, cuando realice cualquiera de acciones típicas señaladas en el artículo 173° del Código Penal Peruano.

Ahora bien, la jurisprudencia señala *“no se requiere para la consumación del delito de violación sexual una penetración íntegra o que haya traspasado ciertos límites anatómicos. La cavidad vaginal no comienza en la vagina. La penetración debe haber superado el umbral del labio menor y llegado hasta el himen –sin que se requiera su perforación o ingreso del pene más allá del mismo-”*¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl, óp. cit., pp. 589-590.

¹⁵⁵ Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro, óp. cit., pp. 844-846.

¹⁵⁶ Recurso de Nulidad N° 28-2016 Ayacucho. Fundamento Jurídico Cuarto, [ubicado el 18.III 2019]. Obtenido en https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/09/RN.28-2016-Ayacucho-Legis.pe_.pdf

De igual manera, se admite la penetración incompleta, ya que, si bien es cierto la consumación solo exige la penetración; sin embargo, no hace falta que sea completa, pues solo basta que haya existido independientemente si se terminó de ejecutar la penetración, así se ha señalado en la Ejecución Suprema del 20 de agosto de 1997, recaída en el R.N. número 4737–97/Lima¹⁵⁷.

1.5.6. Tentativa

Cabe señalar, que en el delito de violación sexual se admite la tentativa al ser un delito de resultado donde media el baremo espacio y tiempo. A su vez, considerando que en cuanto al grado de tentativa *“la norma es clara en señalar que se presenta cuando el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo¹⁵⁸*, por consiguiente, la tentativa se configura cuando el agresor inicia los actos vejatorios al menor; sin embargo, por causas ajenas a su voluntad, no pudo concretar el hecho en su totalidad.

En ese mismo sentido, la Corte Suprema establece que *“la tentativa no solo comprende los actos propiamente ejecutivos, es decir, la exteriorización de los actos tendientes a producir el resultado típico, sino también requiere que el agente quiera los actos que objetivamente despliega con conocimiento de su peligrosidad y, además, con la intención de proseguir en la ejecución de los actos necesarios para la consumación del delito. En esa línea, consideró como tentativa de delito de violación sexual cuando el agente no pudo terminar el acto sexual por falta de erección del miembro viril (Ejecución Suprema del 4.12.2000, R.N. número 3877–2000/Lima)”¹⁵⁹*. De ahí que, en la tentativa se valora que el agresor exteriorice comportamientos para llevar a cabo la violación sexual, además, el deseo de continuar; a pesar que, por motivos ajenos a él, no pudo continuar con los actos vejatorios.

1.5.7. Autoría y participación

En el delito de violación sexual de menores se admite la posibilidad de imputar a título de autor al sujeto que ejecuta el acceso carnal, actos análogos o la

¹⁵⁷ Cfr. SAN MARTIN CASTRO, César, óp. cit., p. 220.

¹⁵⁸ Sentencia de Casación Nro. 14 – 2009 La Libertad. Fundamento Jurídico Decimotercero, [ubicado el 18.III 2019]. Obtenido en https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/06/Cas.14-2009-La-Libertad-Legis.pe_.pdf

¹⁵⁹ SAN MARTIN CASTRO, César, óp. cit., p. 220.

introducción de objetos o partes del cuerpo por cualquiera de las dos vías, considerando que por autor se entiende al sujeto que realizó el hecho y asimismo se le puede atribuir como suyo¹⁶⁰.

También es perfectamente posible admitir imputar a título de coautor, al sujeto que “*tiene dominio del hecho común*”¹⁶¹; esto es, cuando para la ejecución del acceso carnal, acto análogo o introducción de objetos o partes del cuerpo; se produce la misma voluntad criminal en más de dos personas.

Por otro lado, con respecto a la configuración de la participación a título de cómplice o instigador serán imputados los sujetos que con su comportamiento contribuyeron con la ejecución del delito, ello de conformidad con lo señalado por los artículos 24° y 25 ° del Código Penal peruano.

Finalmente, es preciso acotar que si bien en concordancia con lo establecido por el Código Penal peruano existen criterios para la configuración del autor, coautor, cómplice primario y secundario por el delito de violación sexual de menores. No obstante, son pocas las sentencias que admiten la posibilidad de configurar como autor o cómplice al garante que permite la violación sexual de un menor de edad bajo los criterios de la teoría de la omisión impropia.

¹⁶⁰ Cfr. Mir Puig citado por VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal Parte General*, Lima, Editorial Grijley, 2008, p. 308.

¹⁶¹ CERESO CARLDERON, A. & CHOCLAN, J.A. *Derecho Penal Parte general*, Barcelona, Editorial Bosch, 2001, p. 391.

CAPÍTULO III

FUNDAMENTOS PARA ATRIBUIR RESPONSABILIDAD PENAL AL GARANTE EN RAZÓN DEL VÍNCULO FAMILIAR QUE PERMITE LA EJECUCIÓN DE LA VIOLACIÓN SEXUAL DE UN MENOR DE EDAD

“¿Puede una madre olvidar a su niño de pecho, y dejar de amar al hijo que ha dado a luz? Aun cuando ella lo olvidara, ¡yo no te olvidaré! Grabada te llevo en las palmas de mis manos; tus muros siempre los tengo presentes”

Isaías 49:15-16

CAPÍTULO III

FUNDAMENTOS PARA ATRIBUIR RESPONSABILIDAD PENAL AL GARANTE EN RAZÓN DEL VÍNCULO FAMILIAR QUE PERMITE LA EJECUCIÓN DE LA VIOLACIÓN SEXUAL DE UN MENOR DE EDAD

3.1. El derecho penal sexual

Luego de haber explicado la posición de garantía en razón de la vinculación familiar y descrito el delito de violación sexual del menor, ha llegado el momento de desarrollar los fundamentos identificados que sustentan la atribución de responsabilidad penal al garante, no sin antes precisar ciertos puntos relevantes que conllevan desarrollar el objetivo de la presente investigación.

Tal es así, precisaremos con respecto al derecho penal sexual, éste trata el tema de los delitos que atentan contra los bienes jurídicos libertad e indemnidad sexual; por lo que, también son denominados delitos sexuales. Encontrándose éste conformado por las normas del derecho procesal penal, derecho de familia, derecho penal material y derecho de ejecución penal¹⁶².

Es así que, al tratarse del derecho penal sexual peruano referido a los menores de edad, en encontramos a los diferentes comportamientos delictivos que menoscaban de manera directa y periférica la integridad de la esfera sexual del niño y adolescente; tales como los delitos de violación sexual de menor de edad, actos contra el pudor, proxenetismo, etc. Además, contiene su evolución legislativa lo cual supone los nuevos tipos penales, normas derogadas, normas modificadas. Así por ejemplo: Ley 28704 que priva de los derechos de gracia,

¹⁶² Cfr. SAN MARTIN CASTRO, César. óp. cit., p. 1-2.

indulto, conmutación de pena y beneficios penitenciarios a los sentenciados por el delito de violación sexual de menores¹⁶³.

3.2. Diferencia entre los delitos de omisión y los delitos de comisión

Es necesario resaltar los conceptos básicos de la diferencia entre los delitos de omisión y comisión para aseverar que ambos cohabitan en el ámbito del derecho penal si bien con criterios normativos diferentes pero con un cierto grado de igualdad en cuanto a responsabilidad y sanción penal.

Anteriormente señalamos que MUÑOZ CONDE alega la existencia de normas prohibitivas como normas imperativas en el ordenamiento penal; de modo que, en relación a las normas prohibitivas estas contienen la privación de determinadas conductas, mientras que las normas imperativas ordenan acciones cuya omisión producen resultados socialmente nocivos¹⁶⁴.

Es así que apreciamos claramente que en los delitos de omisión se imputa la no realización de acción de salvaguardia necesaria para la protección de determinados bienes jurídicos, siendo ello el fundamento de la atribución de responsabilidad penal; ya que, la lesión a un bien jurídico tutelado justifica la intervención punitiva¹⁶⁵.

Por otro lado, se tiene conocimiento que “*en los delitos comisivos de acción se infringen una norma que prohíbe la realización de una determinada conducta*”¹⁶⁶; es decir, el sujeto realiza una conducta la cual está prohibida en la ley penal.

Ahora bien, una diferencia delimitadora entre ambas consiste: en cómo la doctrina dominante asume el criterio de la causalidad mediante el cual se puede determinar anticipadamente si la conducta del agente ha causado o no el resultado delictivo; por ende, será un delito comisivo cuando la conducta del sujeto causó el resultado ya sea de lesión o la puesta en peligro del bien jurídico. Y será un delito de omisión cuando la conducta del sujeto no es causal en

¹⁶³ *Ibíd*em

¹⁶⁴ Cfr. citado por GARCIA ARAN, Mercedes. *óp. cit.*, p.237.

¹⁶⁵ Cfr. REATEGUI SANCHEZ, James. *Manual del Derecho Penal*, Lima, Instituto Pacifico, 2014, p. 1091.

¹⁶⁶ ARUZ ULLOA, Manuel. *óp. cit.*

proporción al resultado, pero el sujeto tenía el deber de evitarlo en función de su condición de garante¹⁶⁷.

Así también, otra diferencia importante es en cuanto a la configuración del injusto; es así que, “*a diferencia de la comisión activa, la comisión por omisión requiere la preexistencia de una situación de compromiso de protección para la conformación del comportamiento típicamente relevante*”¹⁶⁸, esto significa que la comisión activa no requiere de la existencia de una fuente generadora de un deber para configurar el injusto penal.

En consecuencia, podemos concluir que a pesar de las diferencias mencionadas tanto la omisión como la acción tienen consecuencias jurídicas las cuales resultan ser la atribución de una responsabilidad como una sanción penal. Es así que, los delitos de comisión son las acciones que el sujeto realiza, las cuales se encuentran prohibidas por ley, por ende, al realizar lo que la ley prohíbe se genera cierta responsabilidad que el derecho penal sanciona con una pena. Ahora bien, en los delitos de omisión impropia, el sujeto al no realizar cierta conducta omite el cumplimiento de su deber consistente en evitar un resultado perjudicial para el bien jurídico de otro; por lo que dicha negligencia generaría también una sanción penal.

3.3. Protección de los menores de edad en el marco normativo internacional y nacional.

Los menores de edad, es decir, niños y adolescentes se encuentran protegidos por normas de internacionales como nacionales; puesto que, dentro de la sociedad pertenecen al grupo más vulnerable y propenso a una serie de transgresiones. En este sentido, se comprende que estas normas buscan garantizar, promover y asegurar el respeto de sus derechos; de manera que, se les brinde los cuidados propios de su edad. Tal es así que, lo regulado origina como tarea prioritaria que el estado y los adultos de la sociedad cumplan con su deber de amparar, defender, auxiliar y resguardar al menor de edad.

¹⁶⁷ *Ibíd.*

¹⁶⁸ SILVA SANCHEZ, Jesús. *Estudios sobre los delitos de omisión*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2004, p.23.

En cuanto al marco normativo internacional, resulta claro que con la **Convención sobre los Derechos del Niño**, se estableció un catálogo de derechos específicamente relacionados a potenciar el desarrollo y desenvolvimiento a plenitud de la infancia bajo el criterio de promover así como de garantizar estabilidad, cuidados, solvencia de índole moral, física, económica, y emocional al niño y adolescente; considerando su minoría de edad como la razón del trato especial de protección. Además, mediante este tratado se reconoce como objeto de protección a la familia, ya que, ahí se desarrolla el ser humano; por lo que, se determina la responsabilidad de los adultos integrantes del grupo familiar.

Por otro lado, dentro del marco nacional encontramos a la **Constitución Política del Perú** como principal norma que regula los derechos de los niños y adolescentes, promoviendo y exhortando tanto al Estado como a la sociedad el cumplimiento de ellos, por ende, sus líneas se regula el derecho a la vida, educación, alimentación, entre otros.

También debemos mencionar que **El Código Civil peruano**, mediante el artículo 423° referido a la Patria Potestad, revela la existencia de una serie de derechos y deberes que tienen padres para con los hijos; por lo que, de no cumplir con ello es probable que se genere la pérdida, privación y suspensión de la patria potestad tal y como lo señalan los artículos 462°, 463° y 466° correspondientemente, por consiguiente:

- ✓ *“La patria potestad se pierde por condena a pena que la produzca o por abandonar al hijo durante seis meses continuos o cuando la duración sumada del abandono exceda de este plazo”¹⁶⁹.*
- ✓ La privación de la patria potestad se producirá cuando se cumplan estos supuestos:
 - “1. Por dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos;*
 - 2. Por tratarlos con dureza excesiva;*
 - 3. Por negarse a prestarles alimento¹⁷⁰”.*
- ✓ La suspensión de la patria potestad se propicia:

¹⁶⁹ Código Civil peruano

¹⁷⁰ *Ibidem*

1. Cuando el padre o la madre tenga capacidad de ejercicio restringida según el artículo 44 numeral 9;
2. Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre;
3. Cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla;
4. En el caso del artículo 340¹⁷¹.

Del mismo modo, el **Nuevo Código de los Niños y Adolescentes**, manifiesta el reconocimiento del niño y adolescente como un sujeto de derechos y deberes sin distinción lo que hace posible y justificable su especial protección. De ahí que, en sus líneas regula el Interés Superior del Niño señalando que *“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”*¹⁷².

Asimismo, en su artículo VI del Título Preliminar señala que *“El presente Código reconoce que la obligación de atención al niño y al adolescente se extiende a la madre y a la familia del mismo”*¹⁷³; esto significa que, mediante el Código de Niños y Adolescentes se reconoce a los padres e integrantes de la familia como los principales protectores, vigilantes y aseguradores de la integridad e intereses de los menores de edad.

3.4. Intervención del derecho de familia frente a los comportamientos omisivos del garante que permitió la violación sexual del menor de edad

En atención a la problemática de la presente investigación, esto es, cuando el garante en razón de vínculo familiar mediante su comportamiento omisivo permite la ejecución de la violación sexual del menor que está bajo sus cuidados y protección; resulta importante precisar la intervención del derecho de familia frente a estos supuestos, ya que, entendemos que con dichos comportamientos

¹⁷¹ Ibídem

¹⁷² Nuevo Código del Niño y Adolescente.

¹⁷³ Ibídem

omisivos se quebrantan las instituciones y principios acogidos en esta rama jurídica.

Por una parte, el derecho de familia *“es aquella rama del Derecho que se encarga de normar las relaciones existentes entre aquellas personas que se encuentran unidas por medio de vínculos sanguíneos, de afinidad, afectivos o creados por ley. Está representado por el conjunto de normas multidisciplinarias que regulan la sociedad conyugal, la sociedad paterno-filial y las instituciones de amparo familiar”*¹⁷⁴. En otras palabras, esta rama jurídica contiene las normas que regulan las relaciones entre cónyuges, convivientes, padres e hijos, y por lo tanto, todas las obligaciones y consecuencias jurídicas que deriven de ellas.

Es así que, el Código Civil peruano así como también el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes acogen los deberes y obligaciones que tienen los padres sobre los hijos; por lo tanto, a través de mandato legal y moral existe el deber de asistir y proteger a los hijos menores de edad, de ahí que, el no cumplir con ello se generará la privación, pérdida y suspensión de la patria potestad dependiendo de cuales sean los hechos de cada caso en concreto.

Ahora bien, cuando el niño o adolescente fue violado sexualmente mientras que el garante no hizo nada para evitar la comisión de dicho delito, debido a la magnitud del daño ocasionado al menor y la vulneración de los deberes; el legislador brinda como solución que después de existir una sentencia que declare su responsabilidad, aquel comportamiento se subsumirá en el supuesto de la extinción o pérdida de la patria potestad, en concordancia y cumplimiento de la causal que señala el inciso d) del artículo 77° del nuevo Código de los Niños y Adolescentes, que a la letra señala lo siguiente: **“Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos”**.

No obstante, el problema radica en que el inciso d) del artículo 77° del Nuevo Código del Niño y Adolescente señala como requisito la existencia de una sentencia firme; es decir, la pérdida de la patria potestad procederá si en la vía penal se ha obtenido una sentencia que declare la responsabilidad del garante

¹⁷⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. óp. cit., p.100.

por el delito de violación sexual como consecuencia de no haber actuado y evitado la vejación sexual sufrida por el menor. Lo cual en la realidad de la casuística peruana es inusual, debido a la falta de fundamentos para atribuir responsabilidad penal al garante por comportamientos omisivos en los delitos sexuales, por consiguiente no procederá la pérdida de la patria potestad.

De esta manera, si no existe una sentencia firme no procede la pérdida de la patria potestad; en consecuencia, tampoco procederá la pérdida de la tenencia del menor, ya que, se necesitan medios de prueba suficientes que corroboren como una opción idónea y correcta que la tenencia del menor sea trasladada a otra persona capaz de brindarle cuidados. De allí que ante la imposibilidad de variación de tenencia el menor continuará bajo los cuidados del garante lo cual supone una exposición a sufrir otra vez una serie de vejaciones en su integridad física y psíquica.

En efecto, concluimos dos aspectos importantes. El primero, que la sanción al garante por su comportamiento omisivo no solo se agota con la aplicación de las normas del derecho de familia, pues, también es posible una sanción en la vía penal; dado que, el inciso d) del artículo 77° del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes señala como requisito la existencia de una condena. El segundo, se refiere a que primero es necesario una condena, esto supone, acudir al derecho penal para luego acudir a la normas del derecho de familia.

3.5. Análisis del comportamiento omisivo del garante en el delito de abuso sexual en el derecho comparado.

En el derecho comparado, tal es el caso de España y Argentina, desde hace algunos años mediante sentencias ya se han logrado atribuir responsabilidad penal al garante quién con su comportamiento omisivo permitió la realización de la violación al menor que está bajo su custodia, por lo que, de cierta manera se contribuyó a desligarse de la idea que el comportamiento del garante en los delitos sexuales solo son sancionables si éste se manifiesta mediante un hacer; es por ello, que analizaremos brevemente cada uno de estos ordenamientos jurídicos.

3.5.1. España

El ordenamiento penal español en el artículo 11 del Código Penal Español, reconoce a la comisión por omisión o también denominada omisión impropia como una manera de cometer un delito y la equipara como un hacer delictivo. En virtud a ello señala lo siguiente:

“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 equipará 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”.*

Este artículo tiene como criterio rector el criterio de equivalencia, razón por la cual considera que no evitar el resultado es proporcional a realizarlo; de modo que, el comportamiento omisivo solo tiene incriminación cuando se pueda conjugar con una acción. A su vez se establece como requisito que la acción omitida hubiera impedido la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico¹⁷⁵.

Es así que, la omisión se equipara con una acción si de acuerdo al primer inciso el autor posee una posición de garantía de la cual derivan deberes como el deber de evitar un resultado lesivo. Y con respecto al segundo inciso, al sujeto se le atribuye el resultado lesivo cuando ocasiona un daño cuyo desarrollo pudo evitarlo, ya que, solo él tenía el control de evitar que un peligro se convierta en daño¹⁷⁶.

Asimismo, la jurisprudencia determina que del artículo 11 del Código Penal Español se desglosa lo siguiente:

FUNDAMENTO CUARTO: *Ciertamente, conforme al artículo 11 del vigente Código Penal español, la estructura del tipo objetivo de un delito*

¹⁷⁵ Cfr. QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; VALLE MUÑIS, José & Otros. *Comentario al Nuevo Código Penal Español*, Navarra, 3ª ed., Editorial Aranzandi, 2004, p.95.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

de comisión por omisión, fundado en la omisión de evitar el resultado, precisa de los siguientes elementos:

a. La producción de un resultado perteneciente al tipo penal de un delito de comisión tipificado en una ley penal.

b. La capacidad del omitente de realizar voluntariamente la acción que hubiera podido evitar la producción del resultado.

c. La causalidad hipotética de la acción omitida respecto de la evitación del resultado.

d. La posición de garante del omitente

e. La equivalencia de la ilicitud omisiva con la del delito de comisión.

Y El tipo subjetivo en los delitos dolosos de comisión por omisión o impropios de omisión requiere el conocimiento de la situación generadora del deber de actuar (lo que aquí significa básicamente conocimiento de la amenaza de producción del resultado), conocimiento de las circunstancias que fundamentan la posición de garante y de las que fundamentan la posibilidad de actuar¹⁷⁷.

Por otra parte, en cuanto a la participación omisiva, el fundamento cuatro del *Recurso de Casación 10694/2011*, citando la *STS 1480/1995* del 13 de octubre, manifiesta lo siguiente:

"La participación omisiva en un delito de resultado ha sido generalmente admitida por la doctrina, incluso con anterioridad a la promulgación del Código de 1995, cuyo art. 11 regula la comisión por omisión. La jurisprudencia a partir de la década de los ochenta (cfr. SSTS 18-3-1982 ; 26-1-1984 ; 31-1-1986 ; 13-12- 1988 ; 22-11-1991 ; 24-10-1991 ; 6-4-1992 y 18-12-1996) también la ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico, de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias. Más discutible resulta determinar si

¹⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo del 12 de enero de 1988, *Recurso de Casación 68/1997*, fundamento cuatro [Ubicado el 29.X.2018]. Obtenido en: <file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/sentencia%201%20complicidad%20de%20garante.pdf>

esa omisión del deber jurídico de actuar ha de ser subsumida en la autoría o en la participación, necesaria o no (...). La participación omisiva encuadrable en la complicidad parte de unos presupuestos: a) favorecimiento de la ejecución, que se integra como presupuesto objetivo; b) un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de facilitar la ejecución; y c) un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante"¹⁷⁸.

De lo anterior se infiere que el comportamiento omisivo desde antes de la promulgación del Código Penal español de 1995 y la consignación de la omisión impropia en el artículo 11º es admitido en la doctrina y la resolución de casos como una manera de cometer un delito y más aún en los delitos de resultado, de ahí que, se determinó una serie de presupuestos para configurar el comportamiento omisivo del garante como participación o autoría.

Es así que, con respecto a las formas de participación por omisión mediante el *fundamento séptimo del Recurso de Casación N° 992/2016*, se desarrolla lo siguiente:

“Un sector doctrinal sostiene que en estos casos, el omitente es siempre partícipe, pues el dominio del hecho sólo se transmite al omitente en caso de que el que actúa deje de dominar el curso del hecho. Un segundo sector de la doctrina mantiene que es preciso distinguir en función de cuál sea la fuente de la posición de garante, pues si él omitente tiene una función de protección de un bien jurídico deberá ser considerado autor, mientras que si lo que le corresponde es una función de control del peligro procedente de un tercero, deberá ser considerado partícipe, pues en tales casos también, un interviniente activo solamente podría ser considerado partícipe. Finalmente desde una tercera posición, se argumenta que el garante que no evite la producción del resultado es siempre autor, si bien esta última posición admite como excepciones los delitos especiales propios, los delitos de propia mano y los delitos como elementos subjetivos especiales,

¹⁷⁸ Ídem.

en los que el comitente partícipe no puede ser autor y, por consiguiente, debe ser considerado partícipe (STS. 1061/2009 de 26.10)¹⁷⁹

En síntesis, pese a que en España no existe un criterio unificador al que se puedan adherir los magistrados para determinar de manera clara y concreta los presupuestos de autoría y participación por comisión por omisión, ya que, existen diferentes posturas en cuanto a la configuración del grado de participación del garante. Sin embargo, no es menester de la presente investigación analizar dicha incongruencia, ello sin perjuicio a desvirtuar el análisis elaborado por el derecho comparado, pues, a comparación de nuestro ordenamiento nacional, el ordenamiento penal español a través de la omisión impropia logra atribuir responsabilidad penal al garante que teniendo conocimiento de los abusos sexuales no hace nada por evitarlos y los permite.

Ahora bien, las sentencias expedidas por el Tribunal Supremo español admiten la postura de atribuir responsabilidad penal así como fijar una sanción penal al garante por su comportamiento omisivo en los delitos sexuales, aplicando la teoría de la omisión impropia en casos concretos, por ende, se supera el estigma de que los comportamientos omisivos carecen de relevancia jurídica, siendo solo reprochable social y moralmente. Por el contrario, la conducta omisiva del garante es objeto de sanción penal porque facilitó o contribuyó a la lesión de ciertos bienes jurídicos, incumpliendo así con los deberes que ostenta en virtud de su posición de garante.

En virtud a ello citaremos las siguientes sentencias:

A. Sentencia del Tribunal supremo del 1 de diciembre del 2005 en relación con la cooperación necesaria por comisión por omisión en el delito de agresiones sexuales

La sentencia relata que dos personas del sexo femenino se encontraban en un centro nocturno en el que coincidieron con el tío de una de ellas, quién estaba con dos amigos, entonces el tío las invitó a tomar una copa y luego ir a otros clubes. Finalmente una de ella se marchó pero quedó la sobrina y le propuso ir

¹⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo del 20 de enero 1017, Recurso de Casación N° 992/2016, fundamento séptimo [ubicado el 29.IX. 2018]. Obtenido en: <file:///C:/Users/User/Downloads/documento.pdf>

a otro lugar, donde los amigos del tío la violaron mientras que el tío no hizo nada para evitarlo sino que permaneció sentado en el interior del coche fumando, no amenazó, no intimidó, no jaló solo vio como los otros dos realizaban el acceso carnal a su sobrina¹⁸⁰.

Frente a esta problemática de considerar como partícipes a los sujetos que no realizan ni contribuyen mediante una acción o de manera verbal el acto sexual, el Tribunal Supremo español optó por subsumir estos comportamientos omisivos en el tipo penal de cooperación necesaria por comisión por omisión. Es así que en este caso en concreto el fallo se debió al considerar con connotación penal el comportamiento del tío porque no evitó ni impidió la consumación de la agresión sexual lo cual suponía incumplir con su deber de garante; puesto que, la sobrina declaró en juicio haberse sentido confiada y segura con la presencia del tío razón por la cual ante la insistencia de éste para ir a otro lugar accedió a irse con ellos, ya que, de no estar presente el tío ella no hubiera aceptado¹⁸¹.

B. Sentencia del Tribunal Supremo, Número de Recurso 68/1997, Número de resolución 19/1998; en relación a la complicidad por omisión en el delito de agresión sexual:

La sentencia manifiesta que de acuerdo a los hechos probados se sabe lo siguiente: en 1994 a causa del descubrimiento de la relación amorosa de Lourdes con un hombre mayor y de su conducta sexual promiscua; la menor denunció que cuando tenía 7 años sufrió de agresión sexual por su hermano y que desde 1992 hasta 1993 fue víctima de agresión sexual por parte de su padre, siendo estos últimos hechos contados a su madre, quién le respondió que no se acerque a él y sí sucedía otra vez tomarían medidas. Después en diciembre los tocamientos se repitieron y le volvió a decir a su madre, quien le contestó que eso le sucedía por acercarse a su padre y que la dejase pasar tranquila las Navidades pues ya verían lo que hacían. Entonces fue internada en Centro Materno infantil, aunque luego intento cambiar su versión alegando que fue amenazada e inducida por su pareja; sin embargo, no se consideró válida dicha rectificación y se condenó al padre como autor y a la madre como cómplice del

¹⁸⁰ Cfr. S/A. Agresiones Sexuales. [ubicado el 29.IX. 2018]. Obtenido en: http://www.policiacanaria.com/sites/default/files/agresiones_sexuales_0.pdf

¹⁸¹ Ídem

delito del delito continuado de abuso sexual. Por otro lado, se absolvió a los demás implicados como el hermano, la pareja de la menor, entre otros¹⁸².

De ahí que, el Recurso de Casación interpuesto con respecto a la recurrente Carla, madre de la menor agraviada, se basó en una supuesta infracción por aplicación indebida de los artículos 181.3 y 29 del Código Penal Español; dado que, no concurre ninguno de los requisitos de la complicidad ni la madre ha obrado con dejación de su postura de garante. Y Por otro lado, supuestamente se vulnera el derecho a la presunción de inocencia señalado en el artículo 24.2 de la Constitución española; debido a que, se niega la existencia de datos o elementos de convicción que prueben que la recurrente toleraba o favorecía la conducta libidinosa del marido¹⁸³.

Con respecto a ello, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación; por lo tanto, la madre de la menor es cómplice del delito continuado de abuso sexual por comisión por omisión. Es así que, el Tribunal desestima los motivos de la casación sustentando que la complicidad omisiva se configura cuando a través del comportamiento omisivo del garante – en este caso en concreto la madre de la menor- se facilita o permite la producción del abuso sexual, ya que, si el garante hubiese actuado de acuerdo a su rol por lo menos hubiera dificultado la ejecución de las vejaciones sexuales. Así también, el tribunal señala que mediante el cumplimiento de los elementos del tipo subjetivo y objetivo del artículo 11 del Código Penal español se corrobora como ciertas las declaraciones de la menor con respecto a que la madre conocía de los abusos sexuales que fue víctima, por lo tanto, no es posible admitir que el garante ha sido sentenciado sin elementos de prueba suficientes¹⁸⁴.

Frente al análisis realizado por el Tribunal Supremo, comprendemos dos aportes: el primero relacionado a la complicidad omisiva del garante como la no evitación del resultado lesivo, y además, como el no realizar alguna acción que dificulte la realización del delito, aunque no siempre será probable que mediante

¹⁸² Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo del 12 de enero de 1968, Número de Recurso 68/1997, pp. 1-3, [ubicado el 2.XI. 2018]. Obtenido en: <file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/sentencia%201%20complicidad%20de%20garante.pdf>

¹⁸³ *Ibíd.*

¹⁸⁴ *Ibíd.*

una acción el garante podrá evitar los comportamientos del que tiene dominio otro sujeto – esto es, el sujeto activo- pero mediante una acción si mínimamente podrá dificultarlos. Y el segundo relacionado con los elementos de convicción con respecto a la responsabilidad de la acusada, entendiéndose que mediante cumplimiento de los presupuestos del elemento subjetivo y objetivo del tipo penal, se tendrá como declarará como hecho probado las declaraciones de una víctima.

C. Sentencia del Tribunal Supremo, Número de Recurso 10694/2011, Número de Resolución 19/2013:

La sentencia desarrolla que de los hechos probados de la sentencia anterior se señala lo siguiente: por la temporada del inicio escolar del 2006-2007 y hasta marzo del 2008, Eusebio –hijo adoptivo del procesado Luis Carlos e hijo biológico de la procesada Adelaida- fue víctima de abusos sexuales cometidos por su supuesto padre Luis Carlos. Estos abusos fueron comunicados en reiteradas ocasiones a la madre pero ella no tomó medidas frente a tales hechos sino que le pidió al menor que no contará lo sucedido¹⁸⁵.

En cuanto al tercer motivo del Recurso de Casación con respecto a la recurrente Adelaida, la defensa manifiesta infracción de ley e indebida aplicación de los arts. 11 y 29 del CP y correlativa inaplicación indebida de los arts. 452 y 454 del mismo CP. Así como la errónea inaplicación del art. 450 del CP, ya que, el hecho probado no permite afirmar la complicidad por omisión de Adelaida¹⁸⁶.

Frente a ello, el Tribunal supremo desestima dicho motivo y declara no haber lugar al recurso de casación, señalando que se cumplió con los presupuestos de la complicidad por omisión; estos son: presupuesto objetivo basado en el favorecimiento de la ejecución, un presupuesto subjetivo concerniente la voluntad de facilitar la ejecución, y c) presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito. En razón de que si bien tomó conocimientos de los hechos después de cometidos por Luis Carlos, sin conocer cuántas veces antes se había suscitado, pero una vez que le fueron comunicados no tomó ninguna medida para evitar la reiteración de ellos así como

¹⁸⁵ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo del 9 de enero de 2013. Número de Recurso 10694/2011, p. 1, [ubicado el 2.XI. 2018]. Obtenido en: [file:///C:/Users/User/Downloads/documento%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/documento%20(3).pdf)

¹⁸⁶ Ibídem.

denunciar los hechos, por lo tanto, favoreció a que las vejaciones sexuales se prologaron en el tiempo siendo afectado el menor Eusebio. Asimismo al incumplir con su deber de garante por no brindar protección al menor y retirarlo de ese ambiente de vulnerabilidad infringió con los deberes y derechos previstos en el artículo 154 del Código Civil español referido a la patria potestad¹⁸⁷.

En definitiva, conviene destacar que en concordancia con lo estipulado por la sentencia del Tribunal Supremo español entendemos en los supuestos donde el garante conoce los hechos luego de que fueron cometidos es claro que no se le cuestiona ni se le atribuye responsabilidad penal por no haber evitado la ejecución del delito con anterioridad sino que la complicidad por comisión por omisión se configura cuando este conoce de el y no interviene para evitar la reiteración, es decir, no denuncia ni retira al menor de ese ambiente donde es propenso a sufrir otro tipo de agresión o por último no retira al supuesto agresor del ambiente familiar.

3.5.2. Argentina

Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional SALA 1 CCC 32713/2011/CA1 M. L., A. M. y otra.

El 22 de abril del 2013 mediante la *Causa 32713 – "M. L., A. M. y otra"* emitida por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo criminal y correccional, se logró establecer un precedente al atribuir responsabilidad penal a una madre de iniciales A. M. M. L., por su comportamiento omisivo al no evitar y permitir las vejaciones sexuales a las que eran sometidas sus menores hijas de iniciales A. B. D. (nacida el 26/04/93) desde que tenía 11 años; A. R. D. (nacida el 17/01/97) desde que tenía 7 años y L. S. D. (nacida el 05/10/90) desde que tenía 12 años, y cometidas por su conviviente C. J. A., si bien la madre nunca presencié los hechos, estos se suscitaron en el interior del hogar familiar cuando ella estaba fuera de él o en él asimismo las menores le comunicaron en reiteradas oportunidades de manera directa e indirectas sobre ellos pero optaba por ignorarlas. Incluso una de las menores en presencia de la directora de su colegio le comunicó de las diferentes aberraciones sexuales a las era sometida; Sin

¹⁸⁷ *Ibidem*.

embargo, la madre la escucho pero al finalizar el relato le reclamó por haber contado lo sucedido. Es así que, mediante la presente causa se rectificó lo decido en la sentencia de grado, por lo tanto, A. M. M. L. es *particpe necesaria en comisión por omisión del delito de abuso sexual agravado por su condición de ascendiente*¹⁸⁸.

La sentencia de causa rectifica las siguientes consideraciones que sustentan la colaboración prestada:

- “1) omitir cuidar a sus hijas, pese a que por su carácter de progenitora le correspondía hacerlo, eludiendo observar la victimización de violencia física y abuso sexual a la que eran sometidas habitualmente por C. J. Á.;*
- 2) una vez que tomó conocimiento concreto de la violencia física y abuso sexual no evitó que dichos actos continuaran pasando;*
- 3) no auxilió a sus hijas, brindándoles contención, cobijo y tranquilidad cuando éstas le relataron concretamente los actos de violencia física y de abuso sexual que sufrían por parte de Á.;*
- 4) simuló ante las autoridades de la escuela atender el relato de su hija A. R. D., y luego, una vez solas, la reprendió por lo que había contado amenazándola con que la iba a echar de la casa si Á. se iba;*
- 5) le contó a Á. lo que sus hijas le habían referido, generando en consecuencia que el nombrado las golpeará, avalando dicha conducta;*
- 6) no les brindó a sus hijas la confianza necesaria que éstas necesitaban para que le narraran los episodios de los cuales eran víctimas;*
- 7) hizo caso omiso a las recomendaciones que los especialistas de la escuela de las niñas le dieron al enterarse de lo que estaba padeciendo A. R. D. por parte de Á., quien había sido excluido del hogar; permitiendo que el nombrado regrese y exponiendo nuevamente a las niñas a las conductas abusivas de aquel;*
- 8) avaló la violencia física que Á. ejercía para con sus hijos en tanto presenció, en varias oportunidades que éste les propinó palizas varias,*

¹⁸⁸ Cfr. Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional SALA 1 CCC 32713/2011/CA1 M. L., A. M. y otra., [ubicado el 2.XI. 2018]. Obtenido en: <file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/sentencia%20Argentina.pdf>

golpes con ojotas, palo de la escoba, patadas, tiradas de cabello, etc., como que rompiera sus cosas personales; y

9) accedió ella misma a golpear a sus hijos cada vez que le era requerido por Á. En definitiva, A. M. M. L. tuvo la posibilidad de evitar lo que estaba ocurriendo pero no lo hizo, ello, habida cuenta que pese a haber podido recurrir a la justicia para continuar con la exclusión del hogar de C. Á., o pudiendo haber acudido a profesionales idóneos para que escucharan y revisaran a sus hijas cuando éstas y las autoridades educativas le contaron lo que estaban sufriendo y padeciendo por parte de Á., eligió no hacerlo”¹⁸⁹.

También manifiesta lo siguiente: “en efecto, se encuentra acreditado con el grado de provisoriedad requerido en esta etapa preliminar -art. 306, CPPN- que la imputada, madre de A. B., L. S. y de A. R. D. conocía de las situaciones de abuso sexual a la que eran sometidas por su pareja conviviente, C. J. Á., y pese a ello no llevó a cabo ninguna conducta activa para evitarlas.-.....La indiferencia y despreocupación demostrada por la nombrada en el bienestar de sus hijas, quien para la época en que se perpetraron los hechos de abuso sexual priorizaba su relación de pareja con Á., acreditan con el grado de provisoriedad necesario -art. 306, CPPN- en este estadio su colaboración necesaria para que los mismos pudieran perpetrarse”¹⁹⁰.

En síntesis, la presente sentencia representa un precedente en la jurisprudencia argentina al admitir la participación del garante en un delito sexual por comisión por omisión, esto significa, que se reconoce el comportamiento omisivo como una manera de contribuir a la perpetración del delito, más aún si se trata del comportamiento omisivo del garante quien incumple su rol al no realizar acciones propias a su deber como garantizar el bienestar y protección al menor así como reaccionar si integridad es amenazado de sufrir una lesión.

¹⁸⁹ *Ibídem.*

¹⁹⁰ *Ibídem.*

3.6. El comportamiento omisivo del garante en el delito de violación sexual de menores de edad en la jurisprudencia del ordenamiento Penal Peruano.

Uno de los componentes más importantes de la presente investigación es exponer como la administración de justicia ha resuelto los casos donde el garante mediante su comportamiento omisivo permite la ejecución de la violación sexual del menor de edad que está bajo su cuidado. Así también, pretendemos plasmar que no es aislada la existencia de estos casos en la realidad peruana. Por el contrario, es una realidad que carece de estadísticas, ya sea porque están en la clandestinidad o porque no se logró atribución penal al garante que permite la violación sexual a un menor de edad.

EXPEDIENTE N° 06134-2016

De la sentencia, se coligen como hechos que:

En mayo del 2014 la acusada M. M. S. Z. acudió a la tienda a comprar dejando a la menor agraviada de iniciales L. M. C. Z. en casa porque estaba con fiebre, cuando regreso a casa la encontró llorando y le dijo que su papa se había echado sobre ella metiendo sus manos y su pene en su vagina; por lo que, según manifestó el 13 de mayo del mismo año fue a denunciar a su conviviente a una dependencia policial sin obtener algún resultado. No obstante, si bien realizó la denuncia es falso que las autoridades no actuarán lo cual se acreditó con la copia certificada de la carpeta fiscal n° 1220-2014 en la cual obran: el oficio 1029-2014 de fecha 18 de noviembre del 2014 Acta de Intervención Policial realizada a J. M. C. S., Declaración Preliminar de la acusada, Apertura de Investigación Preliminar de Disposición N° 1- Lambayeque del 28 de noviembre del 2014, Providencia N° 1-Lambayeque del 6 de enero del 2015, Disposición de Ampliación de la Investigación Preliminar del 30 de enero del 2015, Formalización de la Investigación Preparatoria, Cédula de Notificación 2193-2015 en donde se cita a la acusada con fecha 16 de marzo del 2015 para que acuda con sus menores hijas asimismo consta que recibió los respectivos oficios para que acudan al médico legista y Requerimiento de sobreseimiento. Después, en el 2016 los actos vejatorios vuelven a suscitarse; por lo que, el 13 de mayo del mismo año interpone una denuncia por actos contra el pudor contra su conviviente; es así que, se le entrega el oficio n° 481-2006-RECPOL-LAM para

que lleve a la menor a realizarse el Reconocimiento Médico Legal lo cual no hizo porque según alega no tenía dinero y nadie quería prestarle. Así también con la cédula de notificación N° 2595-2016 de la carpeta fiscal 642-2016 y recibida el 22 de julio del 2016 se acreditó que se le citó para que rinda su declaración a la cual no acudió; por lo que, con fecha 5 de agosto del 2016 mientras ella estaba en su chacra el Ministerio Público acude a su casa y se lleva a la menor. El mismo día mediante Oficio 967- 2016 remitido por la División Médico Legal se acreditó que la acusada no concurrió con la menor el 19 de julio del 2016 para que se le realizará el examen. Luego el 10 de agosto se realizó el acta de constatación fiscal y muestra fotográfica con lo que se acreditó que la acusada vivía junto a sus menores hijos y su conviviente –agresor de la menor- en la misma vivienda; es decir, a pesar de la violación a su hija y de la violencia física que sufría ambos seguían teniendo vida marital. Finalmente, a raíz de que la menor fue retirada del hogar familiar, la acusada en un acto de desesperación dejó su casa y se trasladó a vivir a la casa de su hermana en Lambayeque, y recién a partir del 23 de noviembre del 2016 concurrió a fiscalía a colaborar con la investigación. Por otra parte, de las pericias psicológicas así como lo señalado por la psicóloga Sandra se tiene en conocimiento que la menor manifestó: No recordar desde cuando su papa la tocaba, haberle dicho a su mamá sobre los abusos que sufría, estar cansada de los abusos de su padre así como de su mamá que solo le llamaba la atención a su papá, cuando su papá le metía su uña en su vaginita no gritaba porque su mamá le había dicho que no grité cuando su papa la tocaba ya que ella se encargaría de gritarlo y llamarle la atención, entre otras situaciones; las cuales hacen referencia al conocimiento de la mamá sobre los abusos sexuales que sufría la menor y el ambiente de violencia doméstica que sufrían la acusada y sus hermanos¹⁹¹.

De la parte considerativa de la sentencia se colige que:

Frente a los hechos, el Ministerio Público tipificó los hechos en el artículo 173° del Código Penal peruano, considerando que cumple con los supuestos señalado en la descripción del tipo penal, pues, la acusada M. M. S. Z. tenía pleno conocimiento de la violación sexual de su hija desde el año 2014 hasta

¹⁹¹ Sentencia del Poder Judicial del 9 de febrero del 2018 (EXPEDIENTE N° 06134-2016).

2016. De manera que, en concordancia con los oficios de la carpeta fiscal 1220-2014 y con la carpeta fiscal 642-2016 se acreditó los oficios que se le curso para que colaborase con la investigación lo cual no hizo, adoptando una posición pasiva y renunciando a su rol de madre, ya que, seguía viviendo bajo el mismo techo con el acusado así como durmiendo con él haciendo vida de pareja –tal como lo señala la acusada en el acta de constatación-; y si bien abandonó la casa donde residían, lo hizo después de que la fiscalía retire a la menor de ahí como un acto desesperado y temeroso. Por otro lado, si bien la situación de la agraviada es de bajos recursos, sus hijos le proporcionaban 50 soles semanales los cuales pudo haber utilizado para llevar a su hija a las diligencias. Además precisa que este caso no es de una omisión por denuncia sino de violación sexual por comisión por omisión. Por consiguiente, considera que tales hechos configuran el delito señalado en el artículo 173 inciso 1) del código penal concordante con el artículo 13 ° y 25 ° del mismo cuerpo legal, esto es, considerar como cómplice primario del delito de violación sexual por comisión por omisión y se le imponga 25 años de pena privativa de libertad y una reparación de 3 mil soles en favor de la agraviada¹⁹².

No obstante, el colegiado absolvió a la acusada M. M. S. Z., señalado lo siguiente: Que el principio de Presunción de Inocencia no fue enervado por el delito de violación sexual. Por otro lado, su comportamiento no se subsume en el tipo penal de cómplice primaria, ya que, el representante del Ministerio Público no especifica cual habría sido el aporte esencial de la acusada que haya facilitado la ejecución del delito de violación por parte del sentenciado J. M. C. S. A su vez, no se cumplió con los elementos distintivos para la configuración del tipo del injusto del delito impropio de omisión, puesto que, la situación típica generadora del deber no pudo ser superada, debido a que no existe un tipo penal como el no concurrir con la menor agraviada a recoger. Es así que, no existiendo la situación generadora del deber, tampoco, existe el elemento de la realización de la conducta ordenada. Y con respecto a la posibilidad psico-física de realizar la conducta ordenada, la acusada pese a su grado cultural y estar sometida a violencia física, denunció el hecho. Por otra parte, no existe relación causal entre la omisión y el resultado producido, es decir, si la acusada M. M. S. Z., hubiera

¹⁹² *Ibidem*.

concurrido conjuntamente con su menor hija agraviada ante el Ministerio Público a recoger los oficios y brindar su declaración, no desaparecería los actos perpetrados por el sentenciado J. M. C. S. en contra de la menor, por el contrario, las autoridades policiales y el Ministerio Público no tuvieron un actuar más dinámico ante esta clase de delitos. Asimismo, en cuanto a la posición de garante, no se demostró razonablemente que la acusada presencié los hechos perpetrados en contra de la menor y no haya hecho nada. Por otro lado, el comportamiento de la acusada no constituye una conducta dolosa de querer esconder los hechos sino que no recibió el apoyo correspondiente de las autoridades competentes. Asimismo, la acusada desconocía que su comportamiento configuraba un hecho injusto, por lo que, la cooperación ocasionalmente sin voluntad no configura complicidad. Finalmente, aunque la conducta de la acusada sea reprochable moral y socialmente, a causa del abuso psicológico, físico y sexual que sufrió por el sentenciado J. M. C. S.; no puede ser susceptible de sanción penal alguna, pues, es una conducta atípica¹⁹³.

3.7. Fundamentos para atribuir responsabilidad penal al garante en razón del vínculo familiar que permite la ejecución de la violación sexual de un menor de edad

Sucede que en la mayoría de casos donde el garante con su comportamiento omisivo permite la ejecución de la violación sexual, el fiscal como representante del Ministerio Público al cumplir con su función de “conducir desde un inicio la investigación del delito”¹⁹⁴ y el Juez de juzgamiento al “conducir el Juicio Oral y dictar sentencia”¹⁹⁵; no han podido atribuir responsabilidad penal al garante debido a causas externas, por deficiencias dentro del proceso o por desconocimiento de la normas; generando con ello el incumplimiento de una correcta administración de justicia.

De ahí que, mediante la observación del caso recaído en las sentencias 6134-2016, queda claro que los supuestos de hecho en los que se fundamente la

¹⁹³ *Ibíd.*

¹⁹⁴ Constitución Política del Perú, Artículo 159 Atribuciones del Ministerio Público. [ubicado el 28.X. 2018]. Obtenido en: https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf

¹⁹⁵ ¿Cuál es el rol del Juez según el Nuevo Código Procesal Penal? [ubicado el 28.X. 2018]. Obtenido en: <http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/ncpp/index.asp?opcion=b>

presente investigación, si existen. No obstante la jurisprudencia peruana no resuelve con exactitud ni se ha establecido un criterio que otorgue solución a los mismos. En cambio, el derecho comparado español aún con sus deficiencias, si ha logrado atribuir responsabilidad penal al garante que no cumplió con su deber de proteger al bien jurídico lo cual se observa mediante las sentencias de Recurso de Casación 10694/2011, Recurso de Casación 68/1997. Por consiguiente, se entiende que el no cumplir con el deber de protección que ostenta el garante va más allá de un acción moralmente reprochable; por lo que, merecen una sanción penal. Y a este criterio se ciñe la presente investigación.

En consecuencia, consideramos que frente a la argumentación débil de los operadores jurisdiccionales para desestimar responsabilidad penal al garante a manera de solución con ayuda de la doctrina y la jurisprudencia hemos elaborado tres fundamentos que sustentan la atribución de responsabilidad penal al garante por su contribución omisivo en el delito de violación sexual a un menor de edad; los cuales pasaremos a detallar:

PRIMER FUNDAMENTO: QUEBRANTAMIENTO DEL ROL DEL GARANTE

Este fundamento se sustenta bajo la connotación de que, cuando el garante en razón del vínculo familiar permite la violación sexual de un menor de edad, aunque no realice una acción que contribuya a su realización, quebranta su rol; puesto que, incumple con los deberes que derivan de ese rol al no realizar alguna acción que evite o dificulte el intento del tercero por lesionar dicho bien jurídico.

En ese contexto, el quebrantamiento del rol justifica la atribución de responsabilidad penal al garante, pues, tiene connotación jurídica penal; debido a que, el rol de garante contiene un deber de garantía, el cual como señala HURTADO POZO *“se trata de un deber jurídico y no solo moral... ni tampoco es basado en la simple buena fe. Se trata, pues, de una obligación jurídica particular, estrechamente vinculada al status específico del autor”*¹⁹⁶. Y dado que, *“varios han sido los esfuerzos hechos para determinar un principio único que fundamente el deber de garante. Por esto, se tienen, más bien, en cuenta las fuentes de las que se considera que surge la obligación de una persona de*

¹⁹⁶ HURTADO POZO, José. óp. cit., p.46.

*intervenir para evitar un perjuicio respecto a bienes de terceros*¹⁹⁷, por lo tanto, el quebrantamiento del rol supone incumplir con una obligación pero no cualquiera sino aquella que surge de una fuente; por lo que, tratándose de la fuente de posición de garante en razón del vínculo familiar, se ha incumplido con deberes producto de relaciones paterno filiales, las cuales están reconocidas por el derecho penal tal como señala ALBRECHT citado por Perdomo al referir que *“la ciencia del Derecho Penal a afirmado de forma intensa y decidida la existencia de vinculación normativa”*¹⁹⁸.

Asimismo, éste quebrantamiento del rol se manifiesta mediante un comportamiento omisivo, el cual se configura como delito de omisión tal como señala CERESO cuando refiere que *“el derecho penal reconoce trascendencia jurídica a supuestos en donde sin mediar una acción en sentido óntico, ontológicamente la falta de acción resulta ser sancionable, y en tales supuestos la falta consiste en la no realización de una acción por parte del sujeto pudiendo y debiendo realizarla”*¹⁹⁹; es decir, no es cualquier comportamiento omisivo sino aquel realizado por un sujeto denominado garante que teniendo el deber y la capacidad de evitar la lesión del bien jurídico, no lo hace. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que para REATEGUI, si bien *“puede haber un evidente comportamiento de omisión, pero, si este no está asociado o vinculado a ningún objeto de protección penal, este se tomará irrelevante”*²⁰⁰, pero este no es el caso; dado que, el comportamiento omisivo con el cual el garante quebrantó su rol, si está asociado a un objeto de protección penal como es el bien jurídico indemnidad sexual, por ende, sería erróneo considerarlo como una conducta omisiva irrelevante e inocua para los parámetros de incriminación. Asimismo en relación a la responsabilidad jurídico-penal a título de omisión impropia, REATEGUI afirma *“el bien jurídico que debe salvar el garante debe ser aquel que el Derecho Penal pretende proteger”*²⁰¹; es así que, en este supuesto la responsabilidad jurídico-penal se encuentra justificada en razón a que la indemnidad sexual es el bien jurídico que el garante omitió resguardar y proteger,

¹⁹⁷ Ídem.

¹⁹⁸ PERDOMO TORRES, Fernando. *Posición de garante en virtud de la confianza legítima especial*, Colombia, Universidad externado de Colombia, 2008, p.241.

¹⁹⁹ Citado por SALAZAR RODRIGUEZ, Alfonso. óp. cit.

²⁰⁰ REATEGUI SANCHEZ, James. óp. cit., p.1096.

²⁰¹ Ibídem.

el cual el Derecho penal pretende proteger. Aunado a ello, se debe considerar que *“su posición de garantía encontró fundamento en la asunción del dominio del riesgo que se materializa en el resultado lesivo”*²⁰²; por eso, a éste no se le imputa la causación del resultado, pues, no realiza algún tipo de acción que ocasione la lesión del bien jurídico; es decir, no tiene el dominio del hecho. Por el contrario, teniendo en cuenta su asunción del dominio de evitar el resultado o por lo menos dificultarlo, la imputación de su omisión versa por no intervenir y evitar la lesión. De esta manera, se refuerza la idea de que quebrantamiento del garante es relevante para el derecho penal.

Ahora bien, MUÑOZ CONDE citado por AGUIDO, menciona que con el principio de intervención mínima *“el Derecho Penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes”*²⁰³; es decir, este principio persigue que la actuación del derecho penal sea exclusivamente cuando exista la vulneración a los bienes jurídicos tutelados más importantes. Y a su vez, la característica de este principio se rige por el principio de subsidiaridad y el principio de fragmentación, en virtud del primero *“se entiende por tal la característica que tiene el derecho penal, en cuanto sólo es posible que éste intervenga en la libertad de actuar que tienen los coasociados del Estado, cuando se han agotado todos los mecanismos aptos e idóneos para conjurar la lesividad que se produce con una conducta a determinado bien jurídico. Por lo tanto, no es legítimo que se utilice el derecho penal en primera instancia, pues siempre el legislador debe auscultar sobre la aplicación de los demás mecanismos disuasorios de la conducta por reprimir”*²⁰⁴; esto significa, que la actuación del derecho penal se sitúa solo cuando otros mecanismos de control social han fracasado, haciendo posible la intervención de *IUS PUNIENDI*. Por otro lado, en lo que concierne al segundo, este *“significa que el Derecho Penal no lo castiga todo y que todo lo que castiga, no lo castiga frente a cualquier ataque;*

²⁰² GARCIA CAVERO, Percy. óp. cit., p. 555.

²⁰³ Citado por TAYO CUBAS, Elier. El síndrome de alienación parental en el ordenamiento penal peruano. Tesis para optar el grado de Abogado, Lambayeque, universidad de Santo Toribio de Mogrovejo. 2018. [ubicado el 5.VIII. 2019]. Obtenido en http://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/1539/1/TL_TayoCubasElier.pdf

²⁰⁴ MONROY RODRIGUEZ, Principio de mínima intervención, ¿retórica o realidad?, P.4, 2013. ubicado el 12.VII. 2019]. Obtenido en <file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/principio%20de%20subsidiaridad%202.pdf>

*por ello, solo una parte de bienes jurídicos son merecedores de su protección con penas y medidas*²⁰⁵; dicho de otra manera, el derecho penal solo sanciona los más comportamientos ilícitos contra determinados bienes jurídicos.

En este sentido, consideramos que en el planteamiento del quebrantamiento del rol de garante como fundamento para atribuirle responsabilidad penal no vulnera el principio de intervención mínima; considerando lo manifestado por SALINAS SICCHA que justifica el uso del derecho punitivo para proteger a la familia y sancionar conductas que puedan afectarlo así como garantizar el efectivo cumplimiento de la obligaciones y deberes familiares²⁰⁶. Asimismo lo referido por JAKOBS, él manifiesta que *“los contenidos relevantes para el derecho penal en el marco de la función de la socialización primaria del sujeto pueden concretarse en aquellas contribuciones que garantizan protección y cuidado, y que resultan irremplazables en el desarrollo físico y espiritual del menor hasta la mayoría de edad y cuya negación debe tenerse como una falta grave*²⁰⁷; de tal manera se entiende que, el quebrantamiento del rol del garante constituye un ataque grave a la indemnidad sexual, por ende, el derecho penal interviene justificadamente para sancionar dicha omisión. Además, a esta rama jurídica no le interesan todas las contribuciones en el proceso de socialización primaria del menor sino solo las concernientes a su protección y cuidado.

De esta manera, este primer fundamento se sustenta que ante el hecho donde el garante en razón del vínculo familiar mediante su comportamiento omisivo permitió la violación sexual del menor; se advierte el quebrantamiento de su rol de garante, el cual es relevante para el derecho penal; debido a que, las obligaciones vulneradas emanan de su posición de garante, y en este caso en particular, de una posición de garantía derivada de la fuente de vinculación familiar, la misma que tiene vinculación normativa en el ámbito penal. Asimismo, el quebrantamiento de su rol se propició mediante un comportamiento omisivo, el cual el Derecho Penal a reconocido como una manera de delinquir;

²⁰⁵ GARCIA PLANAS, Gabriel. *El principio de intervención mínima en derecho penal: “realidad o ficción*, p.4. [ubicado el 12.VII. 2019]. Obtenido en <file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/principio%20de%20subsidiaridad.pdf>

²⁰⁶ SALINAS SICCHA, óp. cit., p. 495.

²⁰⁷ PERDOMO TORRES, óp. cit., p. 244.

considerando que la punibilidad de su omisión versa sobre su condición de garante, pues, teniendo el deber y la capacidad de evitar la realización del delito en perjuicio de un bien jurídico del menor, no lo hizo. Y si bien al tratarse del incumplimiento de deberes u obligaciones del garante con el menor – específicamente un padre con su hijo-, equivocadamente podría aludirse que la solución está en sancionarlo con las normas del derecho de familia; sin embargo, es necesario una sentencia que declare la responsabilidad del garante para luego aplicar la pérdida de la patria potestad previsto en el inciso d) artículo 77° del Nuevo Código del Niño y Adolescente. En tanto, el fundamento de la atribución de responsabilidad penal del garante, no se basa en reproches morales sino jurídicos, generando así una sanción para éste.

SEGUNDO FUNDAMENTO: AFECTACIÓN DEL MENOR DE EDAD POR LA VULNERACIÓN DE SU INDEMNIDAD SEXUAL

Este segundo fundamento fortalece el sustento de la atribución de responsabilidad penal del garante; partiendo del concepto que la protección de la indemnidad sexual como bien jurídico, según el tratadista DÍEZ RIPOLLÉS, existen sujetos que de manera momentánea o definitiva no poseen libertad sexual, pues, carecen de libertad valorativa en cuanto al conocimiento sobre los actos de connotación sexual. Es así que, el derecho penal frente a esta incapacidad valorativa de ciertos sujetos, tiene como obligación protegerlos de las intromisiones de terceros en su ámbito sexual para prevenirlos de algún daño²⁰⁸. Asimismo, REYNA ALFARO, dice que Indemnidad sexual es “*entendida como presupuesto garantizador de la libertad sexual futura del individuo*”²⁰⁹, por ende, al vulnerarla se dañaría la libertad sexual futura del menor de edad.

Hay sin embargo, una razón más importante por la cual el derecho penal protege el bien jurídico indemnidad sexual, así pues, MUÑOZ CONDE refiere “*en el caso de los menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida que pueda afectar el desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro*”²¹⁰. A su vez, MERCADO SÁNCHEZ manifiesta “*la ley penal no permite los actos*

²⁰⁸ Cfr. REYNA ALFARO, Luis. óp. cit., p.132.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ PEÑA CABRERA, Raúl. óp. cit., p. 583.

*sexuales con menores en base a la indemnidad sexual, sosteniéndose que las relaciones sexuales a edad temprana condenan a una vida infeliz, destruye la personalidad y genera desequilibrio biopsíquico*²¹¹; es decir, los referidos autores manifiestan una protección basada en evitar afectaciones en el fuero de la salud mental del menor, por lo tanto, el derecho penal cumple el rol de proteger la indemnidad sexual del menor, lo cual supone resguardar su ámbito sexual; ya que, la vida sexual prematura produce daños en él, tanto en su libertad sexual futura como en su esfera psíquica.

En función a ello, el tipo penal de violación sexual de menor de edad estipulado en el artículo 173° del Código Penal peruano ha tenido cambios, pues, como señala la SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2018/CIJ-433 *“en tanto se entendió que estos delitos, al afectar a menores de edad, merecen un especial reproche moral y social que impone una contundente reacción penal, proporcionada (i) a su acentuada gravedad, (ii) a la especial relevancia del bien jurídico contra el que atentan y (iii) a la reforzada tutela que dichas personas requieren como víctimas de los mismos (STSE 95/2014, de veinte de febrero), y siguiendo la tendencia mundial de ampliar el ámbito de tutela penal en el marco de los delitos sexuales, se aumentó considerablemente la pena privativa de libertad*²¹²; esto significa, el intento del legislador por resguardar la indemnidad sexual referido a los niños y adolescentes; reconociendo su especial relevancia como bien jurídico y la condición de vulnerabilidad de los menores de edad, por ende, la intervención penal es severa.

Por otro lado, cuando nos referimos a la afectación del menor por la vulneración de su indemnidad sexual, ésta comprende el daño psíquico; el cual según ECHEBURÚA Y OTROS, contiene dos aspectos: las lesiones psíquicas agudas que se remiten con el pasar del tiempo, tratamiento. Y las secuelas emocionales, que perduran de forma crónica; por lo que, interfieren de manera negativa en la vida cotidiana de la persona. En ambos, el daño psíquico es originado por un

²¹¹ REATEGUI SANCHEZ, James. óp. cit., p. 168.

²¹² Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/Cij-433, Considerando ocho [ubicado el 28.VIII. 2019].
Obtenido en:
<file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/importante%203.pdf>

acontecimiento negativo como un delito²¹³. También, la GUÍA PARA LA VALORACIÓN DEL DAÑO PSÍQUICO EN VÍCTIMAS ADULTAS DE VIOLENCIA FAMILIAR, SEXUAL, TORTURA Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA INTENCIONAL; precisa que *“La definición de daño psíquico como la afectación y/o alteración de algunas de las funciones mentales o capacidades de la persona, producida por un hecho o un conjunto de situaciones de violencia, que determina un menoscabo temporal o permanente, reversible o irreversible del funcionamiento integral previo, implica considerar los conceptos jurídicos contenidos en la descripción de las distintas conductas delictivas del Código Penal que afectan la integridad y salud de las personas”*²¹⁴; así pues, de ambos conceptos se deduce que el daño psíquico es a corto y largo plazo, siendo las lesiones psíquicas a corto plazo, pues, con ayuda emocional y tratamientos pueden desvanecerse al transcurrir cierto tiempo. Mientras que las secuelas psíquicas son largo plazo porque son irreversibles siendo su duración prolongada, generando consecuencias negativas en todo el desarrollo y desenvolvimiento de su vida.

También se debe agregar con respecto a la afectación del menor por la transgresión a su indemnidad, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL alega: *“De inicio, es necesario subrayar la evidente y profunda afectación a la integridad de las niñas, niños y adolescentes que esta clase de agravios produce. De un lado, se afecta irreversiblemente el ámbito espiritual y psicológico de los menores, en cuanto resultan ser víctimas de episodios traumáticos que determinaran sus personalidades y la manera en que se relacionarán con otros individuos. De otro lado, en algunos casos los menores se ven expuestos a enfermedades de transmisión sexual quedando sometidos a las graves consecuencias que estas enfermedades pueden causarles. En tal sentido, resulta evidente que el Estado actúe y legisle tomando en cuenta las particularidades de este tipo de delito,*

²¹³ Cfr. ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique & DE CORRAL, Paz. *¿Cómo evaluar las lesiones psíquicas y las secuelas emocionales en las víctimas de delitos violentos?*, 2005, p.3 [ubicado el 28.VIII. 2019]. Obtenido en:

<file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/echeverrua.pdf>

²¹⁴ GUZMÁN NEGRÓN, Eduardo & otros. *Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Guía de Valoración del Daño Psíquico en Personas Adultas Víctimas de Violencia Intencional*, 2016, p.30 [ubicado el 28.VIII. 2019]. Obtenido en:

<file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/GUIA%20DE.pdf>

como es la situación de vulnerabilidad e inmadurez de la víctima, el contexto en el que se producen, la estructura procedimental con la cual el Estado pretende castigar este tipo de delitos y las medidas de apoyo al menor agraviado”²¹⁵; es así que, dentro de esta perspectiva guiaremos nuestro análisis para señalar que la afectación surge al estar expuestos a situaciones degradantes para su integridad causando grave daño en su psiquis, lo cual repercute en su personalidad y desenvolvimiento en la sociedad.

Sumado a ello, resulta importante precisar que, según DINO CARO, mediante el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se garantiza la aplicación de una sanción por la lesión o puesta en peligro de un interés social que hace posible el desarrollo del individuo²¹⁶. Y en virtud del principio de lesividad se establece que una conducta será ilícita si dicho comportamiento lesionó o colocó en peligro un determinado bien jurídico²¹⁷, por tanto, si un bien jurídico como la indemnidad sexual es vulnerado, el derecho penal tiene facultad de intervenir aplicando a una sanción a los que resulten responsables de dicha lesión.

Ahora bien, siguiendo la lógica de los tratadistas citados podemos concluir que este fundamento encuentra justificación en que el garante con su comportamiento omisivo contribuyó a la lesión de un bien jurídico, y por lo que se aprecia la transgresión al bien jurídico indemnidad sexual; el cual es reconocido por el ordenamiento penal peruano como bien jurídico con especial relevancia y propio de los menores; esto es, de lo más vulnerables y débiles dentro de la sociedad; por eso, su vulneración generaría daños en la esfera psíquica del menor. En ese sentido, en el supuesto planteado su vulneración ha ocasionado un daño psíquico al menor de edad, pues, se quebrantó lo que en un inicio significó una garantía para que a futuro goce de su sexualidad con la suficiente capacidad, de manera libre y sin intromisiones de terceros. Por

²¹⁵ Resolución del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 05692-2008-PHC/TC, considerando dos. [ubicado el 28.VIII. 2019]. Obtenido en: <file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/Sentencia%20interes.pdf>

²¹⁶ Cfr. CARO CORIA, Dino. *Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, p.8 [ubicado el 28.VIII. 2019]. Obtenido en: <file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/dino%20caro%20ji.pdf>

²¹⁷ Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Límites a la función punitiva estatal*, p.5 [ubicado el 28.VIII. 2019]. Obtenido en: <file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/limites%20a%20la%20funcion%20punitiva.pdf>

consiguiente, de acuerdo a la potestad sancionadora que faculta al derecho penal a imponer una sanción cuando determinados bienes jurídicos son gravemente lesionados, y ante el detrimento de la indemnidad sexual del menor; bien jurídico de especial relevancia por tratarse de la condición de vulnerabilidad del menor, es por ello que se hace necesario aplicar una drástica sanción al garante.

TERCER FUNDAMENTO: EL ESTADO DE VULNERABILIDAD DEL MENOR AL SEGUIR BAJO LA CUSTODIA DEL GARANTE NEGLIGENTE POR NO EXISTIR SENTENCIA CODENATORIA

Este tercer fundamento se sustenta teniendo en cuenta que, mediante la jurisprudencia observamos cómo han absuelto a los garantes que con su comportamiento omisivo permitieron la comisión del delito de violación sexual al menor de edad; haciendo imposible la aplicación de una sanción con las normas del derecho de familia como es la pérdida de la patria potestad y en consecuencia la tenencia, ya que, para ello es necesario obtener una sentencia declarando la responsabilidad penal del garante. Entonces, el menor debe seguir bajo el cuidado de este garante, por lo tanto, entra en un estado de vulnerabilidad.

En vista de ello, es importante precisar que los niños y adolescentes se encuentran en una pirámide invertida en cuanto a la protección de sus derechos, por ende, es necesario una tercera persona para que puedan ejercerlos. De ahí que, en la búsqueda de la defensa de sus derechos surge el Interés Superior del Niño; el cual contiene acciones políticas, protección estatal y deberes de vinculación de los padres²¹⁸. Por tal motivo, el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; menciona que toda medida adoptada por el estado a través de los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos locales y demás Instituciones, así como en la acción de la sociedad; priorizarán el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos; por lo tanto, *“el Interés superior del niño se constituye en un mandato dirigido al Estado para privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones*

²¹⁸ Cfr. BERMUDEZ TAPIA, Manuel. *La Constitucionalización del Derecho de Familia*, Ediciones Caballero Bustamante, 2011, p. 29.

*conflictivas, en las que el Estado deba restringir o limitar derechos individuales o interés colectivos. De este modo, el principio tendría contenido normativo específico implicando que determinados derechos de los niños son de un interés superior al contraponerse con otros derechos individuales y ciertos intereses colectivos*²¹⁹, es decir, el estado debe garantizar y priorizar el bienestar del menor; a pesar de que exista una colisión con los derechos de otros como es la patria potestad y la tenencia del garante, si es que el garante fuese padre o madre del menor.

En efecto, el interés superior del niño es el instrumento jurídico que pretende asegurar el bienestar del niño en su ámbito físico, psíquico y social. Supone un deber de las instancias y organizaciones públicas o privadas a analizar si este criterio está realizado cuando se toma una decisión con respecto a un niño, por ende, representa una garantía para el niño en el cual su interés a largo plazo será tomado en cuenta²²⁰,

Conforme a ello, este tercer fundamento se basa en aplicar *EL PRINCIPIO DEL INTERÉS DEL NIÑO* para evitar que el menor siga bajo los cuidados del garante negligente, pues, en virtud de este principio se garantiza y prioriza el bienestar del menor, entonces, cuando se presente una situación donde sus derechos e integridad están en una condición de peligro, exposición o amenazados; los operadores de justicia están habilitados para trasladar al menor a un ambiente sano y seguro, el cual garantice su bienestar futuro psíquico y físico. Así pues, se debe valorar que frente a los hechos, es imposible la preservación del entorno familiar, aunque, ello signifique adoptar otra medida de figura jurídica de protección. Es así que, considerando relevante que los menores por su minoría de edad tienen mayor riesgo a sufrir vejaciones, vulneraciones y todo tipo de ataque a su integridad, más aún, si están bajo el cuidado del garante; dado que, anteriormente éste no evitó la lesión de la indemnidad sexual del menor, ni siquiera por tratarse de un bien jurídico con alta importancia por formar parte de su esfera más íntima; por ende, cabe la probabilidad de que frente a una nueva

²¹⁹ *Ibíd.*

²²⁰ Cfr. ZERMATTEN, Jean. *El interés Superior del Niño Del Análisis literal al Alcance Filosófico*, Institut International Des Droits De L`enfant, 2003, p.4. [Ubicado el 12.IX.2018]. Obtenido en: https://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf

amenaza en la cual peligre la integridad del menor, no adopte alguna medida de protección e incumpla con sus deberes impuestos por su posición de garantía. Por consiguiente, se hace urgente y necesario emitir una sentencia declarando responsabilidad penal al garante, cuando éste fuese el padre o madre del menor; para qué consecuentemente se declare la pérdida de la patria potestad, en concordancia y cumplimiento de la causal señalado en el inciso d) del artículo 77° del Nuevo Código del Niño y Adolescente, que a la letra señala : **“por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos”**; pues, de lo contrario el menor seguirá bajo los cuidados del garante negligente, continuándose con las vejaciones; situación que, con los fundamentos propuestos, se pretende proteger al menor, otorgándole seguridad en integridad y respeto a su dignidad.

CONCLUSIONES

1. La posición de garante en razón del vínculo familiar nace de las relaciones de parentesco por consanguineidad, afinidad, legal. Estas tienen vinculación normativa, por ende, genera una serie de obligaciones y deberes para con el menor; que por su minoría de edad se encuentra en un estado de vulneración e indefensión. Es así que, cuando se incumple con estos deberes el derecho penal los reconoce regula como delitos de omisión, entonces, el garante deberá responder penalmente si por su actuar omisivo se lesionó bienes jurídicos.
2. En cuanto al delito de violación sexual, mediante la Ley N° 28251 publicada en el 2004, se incorporó el término acceso carnal, con lo cual el delito pasó de ser un delito de propia mano a un delito de resultado, con ello, se amplió el círculo de autores y partícipes, por lo que, también hizo posible la realización mediante una omisión impropia.
3. Producto de la presente investigación se concluye que son tres fundamentos que sustentan la atribución de la responsabilidad penal del garante. El primero es el quebrantamiento del rol de garante, el segundo fundamento, y el tercer fundamento, es el estado de vulnerabilidad del menor al seguir bajo la custodia del garante negligente por no existir sentencia condenatoria.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. ARCE GALLEGOS, Miguel. *El delito de violación sexual*, Arequipa, Editorial Adrus S.R.L, 2010.
2. ARISMEDI AMAYA, Eliu. *Como probar el delito de violación sexual de menores*, Lima, Gaceta Jurídica, 2017.
3. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La Familia en el Código Civil Peruano*, 2^a reimpresión, Lima, Ediciones Legales, 2010.
4. AGUILAR LLANOS, Benjamín, *Derecho de Familia*, Lima, Editora y Distribuidora Legales E. I. R. L., 2013.
5. ARIAS SACHEREIBER PEZET, Max. *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984*, Lima, 3ed, Gaceta Jurídica S.A., 2002.
6. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal parte general*, Lima, Ara Editores E.I.R.L., 2004.
7. BACIGALUPO, Enrique. *Delitos Impropios de Omisión*, Madrid, Editorial Dikinson, 2005.
8. BERMUDEZ TAPIA, Manuel. *La Constitucionalización del Derecho de Familia*, Ediciones Caballero Bustamante, 2011.
9. BRAMONT ARIAS TORRES, Luis. *Manual de Derecho Penal*, Lima, 4 ed., Editorial y Distribuidora de Libros S.A, 2008.
10. CAMPANA VALDERRAMA, Manuel. *El delito de omisión a la Asistencia Familiar*, Lima, Fondo Editorial, 2002.
11. CARRIZO, Omar. *Ilícitos penales como producto de las relaciones familiares*, Buenos Aires, La ley, 2000
12. CASTILLO ALVA, José. *Tratado de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales*, Lima, Gaceta Jurídica S.A, 2002.

13. CEREZO CARLDERON, A. & CHOCLAN, J.A. *Derecho Penal Parte general*, Barcelona, Editorial Bosch, 2001.
14. CHIARA DIAZ, Carlos, OBLIGADO, Daniel & GRISSETTI, Alberto. *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, 2011.
15. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, 10ª ed., Lima, Librería Studium, 1987.
16. DONNA, Alberto. *Delitos contra la integridad sexual*, 2ed., Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2002.
17. FERNANDEZ REVOREDO, Marisol & ALCANTARA FRANCIA, Olga. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2003.
18. GALLEGOS CANALES, Yolanda & JARA QUISPE, Rebeca. *Manual de Derecho de Familia*, Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2011.
19. GALVEZ VILLEGAS, Tomas & DELGADO TOVAR, Walther. *Derecho penal parte especial*, Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2012.
20. GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*, Valencia, Tirant La Blanca, 2002.
21. GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Lima, Editorial Jurista Editores E. I. R. L, 2012.
22. GIL GIL, Alicia; LACRUZ LOPEZ, Juan & otros. *Curso de Derecho Penal Parte General*, Madrid, Editorial DYKINSON S.L., 2011.
23. HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal parte general*, 3ª ed., Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2005.
24. HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal parte general*, 4ª ed., Lima, Idemsa, 2011.
25. HURTADO POZO, José. *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*, lima, Defensora del Pueblo, 2000.
26. HURTADO POZO, José. *El sistema de control penal*, lima, Instituto Pacifico SAC, 2016, p. 508
27. MEINI, Iván. *Lecciones de Derecho Penal parte general*, Teoría Jurídica del Delito, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.
28. MENDEZ COSTA, María & D ANTONIO, Daniel. *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, S/A.
29. OSSORIO, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2010.
30. PLACIDO VILCACBAGUA, Alex. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, Lima, Gaceta Jurídica S.A, 2003.
31. PARRA BENITEZ, Jorge. *Manual de Derecho Civil, personas, familia y derechos de menores*, Bogotá, Editorial Temis S.A, 2002.
32. PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal estudio pragmático de la parte general*, 3ª ed., Lima, Editora Jurídica Grijley, 1997.

33. PEÑA CABRERA, Raúl. *Derecho Penal Parte General*, 4ª ed., Lima, IDEMSA, 2013.
34. PLACIDO, Alex. *Derecho de Familia*, 2 ed., Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2002.
35. PEÑA CABRERA, Raúl. *Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual*, Lima, Ediciones Guerreros, 2003.
36. PEÑA CABRERA, Raúl. *Curso elemental de derecho penal parte especial*, 5 ed., Lima, Editora y distribuidora ediciones legales E.I.R.L, 2015.
37. PERDOMO TORRES, Fernando. *Posición de garante en virtud de la confianza legítima especial*, Colombia, Universidad externado de Colombia, 2008
38. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal*, Navarra, Editorial Aranzadi SA, 2000.
39. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho*, 2ª ed., Navarra, editorial Aranzi, 2007.
40. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2004.
41. QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; VALLE MUÑIS, José & Otros. *Comentario al Nuevo Código Penal Español*, Navarra, 3ª ed., Editorial Aranzandi, 2004.
42. RAGUES I VALLES, Ramón. *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Barcelona, 2011.
43. REATEGUI SANCHEZ, James. *Derecho Penal parte general*, Lima, Gaceta Jurídica, 2009
44. REATEGUI SANCHEZ, Jame. *Manual del Derecho Penal*, Lima, Instituto Pacifico, 2014.
45. REYNA ALFARO, Luis. *Delitos contra la Familia*, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2004.
46. REYNA ALFARO, Luis. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual enfoque dogmático y jurisprudencial*, Lima, Jurista Editores, 2005.
47. ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal*, Perú, IDEMSA, 1998.
48. SANTIAGO, Javier. *Manual de Derecho Penal Parte General*, Lima, Editorial San Marcos E. I. R. L, 2016.
49. SALAS ARENAS, Jorge. *Indemnidad Sexual Tratamiento jurídico de las relaciones sexuales con menores de 14 a 18 años de edad*, Lima, Idemsa, 2013.
50. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal parte especial*, 6ª ed., Lima, Editora y librería Jurídica Grijley E.R.L., 2015.
51. SALINAS SICCHA, Derecho PENAL Parte Especial, 7 ed., Lima, Editorial Iustitia, 2018.
52. SILVA SANCHEZ, Jesús. *Estudios sobre los delitos de omisión*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2004.

53. SUAREZ MIRA RODRIGUEZ, Carlos. *Manual de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 2002.
54. SPROVIERO, Juan. *Delito de violación*, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1996.
55. TENCA, Adrián. *Delitos Sexuales*, Buenos Aires, Editorial Astrea De Alfredo y Depalma, 2001
56. VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal Parte general*, 3ª ed., Lima, Editora y Librería Jurídica Grijley, 2008.
57. VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal Parte General*, Lima, Ara Editores E.I.R.L, 2014.
58. VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal Parte General*, Lima, Editorial Grijley, 2008.
59. VILLA VICENCIO, Felipe. *Derecho Penal Parte General*, Lima, Editora Jurídica Griley E.I.R.L, 2006.
60. WEIGEND, Thomas & JESCHECK, Hans. *Tratado de Derecho Penal*, 5ª ed., Granada, Editorial Colmares S.L, S/A
61. ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR Alejandro. *Manual de Derecho Penal parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2007.
62. ZANNONI, Eduardo. *Derecho Civil, Derecho De Familia*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma, 2006.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

1. ARCILA ARENAS, Darío. *Los delitos contra la familia en el nuevo código penal colombiano*, S/A [ubicado el 14.V. 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/los%20delitos%20contra%20la%20familia%20en%20el%20nuevo%20codigo%20penal%20colombiano.pdf>
2. ARAUZ ULLOA, Manuel. *La omisión, la comisión por omisión y la posición de garante*, 2000, [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/la%20omision,%20la%20comision%20por%20omision%20y%20posicion%20de%20garante.pdf>
3. ARMENDÁRIZ LEÓN, Carmen. “*Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el Código Penal español*”, *Revista Penal México*, N° 06, marzo - agosto 2014, [ubicado el 14.V. 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/delitos%20contra%20los%20derechos%20y%20deberes%20familiares.pdf>
4. BOTERO BERNAL, José. *La noción de violencia para los delitos sexuales contenida en la ley 1719 de 2014: sentido y alcance* [ubicado el 9.III 2019]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/LA%20NOCION%20DE%20VIOL>

[ENCIA%20PARA%20LOS%20DELITOS%20SEXUALES%20CONTENIDA.pdf](#)

5. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Teoría general del delito: tipo penal. [ubicado el 18.III 2019]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/teoria%20general%20del%20delito%20el%20tipo%20penal.pdf>
6. CARRASCO JIMÉNEZ, Edison. *El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales*, 2007, p. 140. [ubicado el 9.XI 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/EL%20PROBLEMA%20DEL%20SUJETO%20ACTIVO%20DEL%20DELITO%20DE.pdf>
7. CARO CORIA, Dino. *Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, p.8 [ubicado el 28.VIII. 2019]. Obtenido en: <file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/dino%20caro%20jj.pdf>
8. *¿Cuál es el rol del Juez según el Nuevo Código Procesal Penal?* [ubicado el 28.X. 2018]. Obtenido en: <http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/ncpp/index.asp?opcion=b>
9. CRUZ LOPEZ, Emilio. *Los problemas de la posición de garante derivada del art. 28 del COIP para su aplicación en la práctica*, Tesis para optar el grado de abogado, Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2016. [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/los%20problemas%20de%20la%20posicion%20de%20garante%20tesis.pdf>
10. DÍEZ RIPOLLÉS, José. *El Objeto de Protección del Nuevo Derecho Penal Sexual*, [ubicado el 9.III.2018]. <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/el%20objeto%20del%20nuevo%20derecho%20penal%20sexual.pdf>
11. ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina. *Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. examen del artículo 183*, p.6. [ubicado el 29.IV. 2019]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/LOS%20DELITOS%20SEXUALES%20A%20MENORES%20ART%3%8DCULO%20183.pdf>
12. ECHEBURUA ODRIOZOLA, Enrique & DE CORRAL, Paz. *¿Cómo evaluar las lesiones psíquicas y las secuelas emocionales en las víctimas de delitos violentos?*, 2005, p.3 [ubicado el 28.VIII. 2019]. Obtenido en: <file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/echeverrua.pdf>
13. FERRER SAMA, Antonio. *El delito de abandono de familia*, S/A [ubicado el 14.V. 2018]. Obtenido en

<file:///E:/citas%20de%20capitulo1/El%20delito%20de%20abandono%20de%20familia.pdf>

14. GAMARRA HERRERA, Ronald. *Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual: Guía de Orientación El Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia del Perú*, 2013, p. 25. [ubicado el 9.III.2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/Apreciaci%C3%B3n%20de%20la%20prueba%20en%20los%20delitos%20de%20violaci%C3%B3n%20sexual%20acuerdo%20plenario.pdf>
15. GARCIA PLANAS, Gabriel. *El principio de intervención mínima en derecho penal: "realidad o ficción, p.4*. [ubicado el 12.VII. 2019]. Obtenido en <file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/principio%20de%20subsidiaridad.pdf>
16. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La Omisión Impropia en la dogmática Penal Alemana. una exposición*, S/A [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/La%20omisi%C3%B3n%20impropia%20en%20la%20dogmatica%20penal%20alemana.pdf>
17. GIORDANO ROSAS, Emilia. *Abuso sexual infantil intrafamiliar*, pp. 2-3. [ubicado el 22.IV. 2019]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/abuso%20sexual%20infantil%20intrafamiliar.pdf>
18. GUZMÁN NEGRÓN, Eduardo & otros. *Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Guía de Valoración del Daño Psíquico en Personas Adultas Víctimas de Violencia Intencional*, 2016, p.30 [ubicado el 28.VIII. 2019]. Obtenido en: <file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/GUIA%20DE.pdf>
19. HURTADO POZO, José. *Manual De Derecho Penal*, S/A [ubicado el 14.V. 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/manual%20del%20derecho%20penal%200hurtado.pdf>
20. ISLAS DE GONZALES MARISCAL, Olga. *Responsabilidad Penal de Omisión Bases Doctrinarias*, S/A [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3064/13.pdf> .
21. ISIQUE MONTALVO, Luis. *El estudio de la validez jurídica del consentimiento del menor en las relaciones sexuales consentidas, con respecto a los acuerdos plenarios pertinentes*, Tesis para optar el grado de abogado, Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, 2018. [ubicado el 12.III. 2019]. Obtenido en http://tesis.usat.edu.pe/bitstream/usat/1549/1/TL_IsiqueMontalvoLuis.pdf

22. LORING GARCIA, Isabel . *Sistema de parentesco y estructuras familiares en la edad media*, S/A [ubicado el 14.V. 2018]. Obtenido en <file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-SistemasDeParentescoYEstructurasFamiliaresEnLaEdad-595373.pdf> .
23. LUZON PEÑA, Luis. *Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación*, [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/Luzón%20P,%20Omisi%20improp%203.2%20Comis%20xOmisi%20CuestNucleares.%20Libertas%206%202017.pdf>
24. LLAJA VILLENA, Jeannette & SILVA TICLLACURI, Cynthia. *La justicia penal frente a los delitos sexuales: Aplicación del Nuevo Código Procesal Penal en el distrito judicial de San Martín*, 2016, p. 94. [ubicado el 9.III 2019]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/la%20justicia%20penal%20frente%20a%20los%20delitos%20sexual.pdf>
25. MENÉNDEZ VILA, Beatriz. *¿Cómo influye el parentesco en el Derecho Penal?*, S/A [ubicado el 14.V. 2018]. Obtenido en <http://portaley.com/2016/09/influye-parentesco-derecho-penal/> .
26. MENDOZA CALDERÓN, Silvia. *Algunas consideraciones sobre las formas de autoría y participación en los delitos sexuales como crímenes de lesa humanidad. la importancia de los presupuestos subjetivos como criterio delimitador de la responsabilidad penal*, [ubicado el 9.XI 2017]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/Algunas%20consideraciones%20sobre%20las%20formas%20de%20autor%20y%20participaci%20n%20en%20los%20delitos%20sexuales%20como%20cr%20menes%20de%20lesa%20humanidad.%20la%20importancia%20de%20los%20presupuestos%20subjetivos%20como%20criterio%20delimitador%20de%20la%20responsabilidad%20pena.pdf>
27. MUGA GONZALES, Rossana. “*La protección estatal de la familia como institución jurídica natural*”, IUS, N° 07, enero - julio 2014 [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en http://repositorio.usat.edu.pe/bitstream/usat/1287/1/lus_2014-I_RossanaMugaTeresaFlores.pdf
28. MONROY RODRIGUEZ, *Principio de mínima intervención, ¿retórica o realidad?*, P.4, 2013. [ubicado el 12.VII. 2019]. Obtenido en <file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/principio%20de%20subsidiaridad%202.pdf>
29. MUJICA, Jaris. *Violaciones sexuales en el Perú 2000-2009 Un informe sobre el estado de la situación*, 2011 [ubicado el 9.XI 2017]. Obtenido en

<file:///E:/citas%20de%20capitulo1/violaciones%20sexuales%20en%20el%20Per%C3%BA%202000.pdf>

30. NAVARRA VEGA, Edwin & SANTOS Y QUISPE NUÑEZ. *Factores socioeconómicos que influyeron en la violación sexual de menores de edad en el Distrito Judicial de La Libertad, 2012* [ubicado el 9.XI 2017]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/Factores%20socioeconómicos%20que%20influyeron%20en%20la%20violación%20sexual.pdf>
31. ORTEGA, Julio. *El delito de omisión impropia en la ley contra la corrupción*. S/A [ubicado el 12.III. 2019]. Obtenido en http://www.derechopenalened.com/libros/figueroa_omision_impropia_corupcion.pdf
32. PACHECO ROJAS, Diana. *Jurisprudencia relevante y actual sobre el delito de violación sexual, 2018* [ubicado el 9.X.2018]. Obtenido en <https://legis.pe/jurisprudencia-delito-violacion-sexual/>
33. PERDOMO TORRES, Jorge. *¿Las relaciones familiares y análogas como límites al Derecho de legítima defensa?*, 2008 [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/Las%20relaciones%20familiares%20y%20análogas%20como%20límites%20al%20Derecho%20de%20legítima%20defensa.pdf>
34. PEÑA LABRIN, Ernesto. *Aproximación Criminógena: Delitos Informáticos contra la Indemnidad y Libertades Sexuales Ley N°30096, 2014* [ubicado el 9.III.2019]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/APROXIMACIÓN%20CRIMINÓGENA%20delitos%20informaticos%20contra%20la%20libertad%20e%20indemnidad.pdf>
35. PEÑA LABRIN, Daniel. *El delito de violación sexual de menor Especial referencia a sus elementos criminógenos*, p.185. [ubicado el 29.IV. 2019]. Obtenido en <file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/el%20delito%20de%20violación%20sexual%20de%20menor%20especial%20referencia>
36. PEÑA LABRIN, Ernesto. *Perspectiva Sociológica: El Nuevo Derecho Penal Sexual/Informático, 2011*[ubicado el 9.III.2019]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/PPERPECTIVA%20SOCIOLOGICA%20el%20nuevo%20derecho%20penal%20sexual.pdf>
37. PEÑA LABRIN, Daniel. *Pluricausalidad criminógena en los delitos contra la libertad sexual: violación de menor*, 2009 [ubicado el 9.III 2019]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/leer%20importante.pdf>
38. PEÑA LABRIN, Ernesto. *Tratamiento legislativo de los delitos de violación de la libertad sexual en el Perú*, 2010 [ubicado el 2.XI 2018]. Obtenido en

<file:///E:/citas%20de%20capitulo1/TRATAMIENTO%20LEGISLATIVO%20E%20LOS%20DELITOS%20DE%20VIOLACION%20DE%20LA.pdf>

39. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del código penal*, S/A [ubicado el 14.V. 2018]. Obtenido en <file:///C:/Users/User/Downloads/15579-61844-1-PB.pdf>
40. REZZONICO, Daniela. *La posición de garante por injerencia*, S/A [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en http://urbeetius.org/wp-content/uploads/2016/04/REZZONICO_Posicion_Garante_Injerencia.pdf.
41. ROSAS TORRICO, Marcia. *Sanciones penales en el sistema jurídico peruano*, S/A [ubicado el 14.V. 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/sanciones%20penales%20en%20el%20sistema.pdf>
42. ROJAS, Luis. *Delitos de omisión entre libertad y solidaridad*, S/A [ubicado el 12.III. 2019]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/Delitos%20de%20omisión%20entre%20libertad%20y%20solidaridad.pdf>
43. ROJAS, Luis. *La comisión por error*, S/A [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12126/Comisi%C3%B3n.pdf?sequence=2> .
44. RONDON GARCIA, Luis. *Nuevas formas de familia y perspectivas para la mediación: el tránsito de la familia modelo a los distintos modelos familiares*, S/A [ubicado el 13.V. 2018]. Obtenido en <http://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/1691/4Rondon.pdf?sequence=3>
45. RUIZ PÉREZ, Adelceinda. *El delito de omisión a la asistencia familiar, reflexiones, y propuesta para la mejor aplicación de la normatividad que la regula*, S/A [ubicado el 14.V. 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/el%20delito%20de%20omision%20a%20la%20asistencia%20familiar.pdf>
46. S/A. *Introducción al Derecho de Familia*, S/A [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3270/3.pdf> .
47. S/A. *Agresiones Sexuales*. [ubicado el 29.IX. 2018]. Obtenido en: http://www.policia.canaria.com/sites/default/files/agresiones_sexuales_0.pdf
48. SALAZAR RODRIGUEZ, Alfonso. *La imputación de resultados de lesión y/o peligro a supuestos de delitos de omisión en materia penal. especial referencia a la hipótesis denominada "delitos de omisión impropia". un análisis a la luz de la legislación penal costarricense*, S/A [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/9702/9148>

49. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Delitos sexuales en agravio de menores (aspectos materiales y procesales)*, 2010 [ubicado el 9.XI 2018]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/Delitos%20sexuales%20en%20agravio%20de%20menores.pdf>
50. SERRANO ALONSO, Eduardo. *Manuel De Derecho De Familia*, Madrid, Edisoper S.L, S/A.
51. TELLEZ AGUILERA, Abel & FIGUEROA NAVARRO, María. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, S/A [ubicado el 12.V. 2018]. Obtenido en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2009-10066100695 ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Jurisprudencia del Tribunal Supremo.
52. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia La nueva teoría institucional y jurídica de familia*, Lima, 2011 [ubicado el 14.V. 2018]. Obtenido en file:///E:/citas%20de%20capitulo1/Tratado-de-derecho-de-familia.-La-nueva-teoría-institucional-y-jurídica-de-la-familia-Enrique-Varsi-Legis.pe_.pdf
53. VALLE, Rubén; BERNABÉ-ORTIZ, Antonio; GÁLVEZ-BUCCOLLINI, Juan & otros. *sexual intrafamiliar y extrafamiliar y su asociación con el consumo de alcohol*, 2018, p. 2. [ubicado el 22. IV.2019 2019]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/agresion%20sexual%20intrafamiliar.pdf>
54. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Límites a la función punitiva estatal*, p.5 [ubicado el 28.VIII. 2019]. Obtenido en: <file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/limites%20a%20la%20funcion%20punitiva.pdf>
55. VIVIANO LLAVE, Teresa. *Abuso sexual estadísticas para la reflexión y pautas para la prevención*, 2012, p. 36. [ubicado el 22. IV.2019 2019]. Obtenido en https://www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pncvfs/libro_abusosexual.pdf
56. WELSCH PANIAGUA, Francisco. *Los delitos contra la indemnidad y libertad sexual: el tipo subjetivo, la omisión y la culpa; análisis práctico*, 2014 [ubicado el 9.XI.2017]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/Los%20delitos%20contra%20la%20indemnidad%20y%20libertad%20sexual.pdf>
57. ZAVALA EGAS, Xavier. *El delito de violación sexual*, p. 28. [ubicado el 9.III 2019]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/EI%20delito%20de%20violaci%C3%B3n%20sexual.pdf>

58. ZERMATTEN, Jean. *El interés Superior del Niño Del Análisis literal al Alcance Filosófico*, Institut International Des Droits De L`enfant, 2003, p.4. [Ubicado el 12.IX.2018]. Obtenido en: https://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf

REFERENCIA A UNA JURISPRUDENCIA

1. Resolución del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 05692-2008-PHC/TC, considerando dos. [ubicado el 28.VIII. 2019]. Obtenido en: <file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/Sentencia%200interes.pdf>
2. Sentencia del Tribunal Constitucional peruano. Exp. N.º 0012-2010-PI/TC. Fundamento cuarenta y ocho. [ubicado el 29.IV. 2019]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00012-2010-AI.html>
3. Sentencia del Tribunal Constitucional peruano N.º 12-2010, de fecha 11 de noviembre de 2011. Fundamento diecisiete, dieciocho, treinta, cuarenta. [ubicado el 29.IV 2019]. Obtenido en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00012-2010-AI.html>
4. Sentencia de Casación Nro. 14 – 2009 La Libertad. Fundamento Jurídico Decimotercero, [ubicado el 18.III 2019]. Obtenido en <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/06/Cas.14-2009-La-Libertad-Legis.pe .pdf>
5. Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2018/Cij-433, Considerando ocho [ubicado el 28.VIII. 2019]. Obtenido en: <file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/importante%2003.pdf>
6. Recurso de Nulidad N.º 1007-2018 Ayacucho. fundamento cuatro. [ubicado el 29.IV. 2019]. Obtenido en <file:///E:/citas%20de%20capitulo1/R.N.-1007-2018-Ayacucho-Legis.pe .pdf>
7. Recurso de Nulidad N.º 28-2016 Ayacucho. Fundamento Jurídico Cuarto, [ubicado el 18.III 2019]. Obtenido en <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/09/RN.28-2016-Ayacucho-Legis.pe .pdf>
8. Sentencia del Tribunal Supremo, Recurso de Casación N.º 992/2016, fundamento séptimo [ubicado el 29.IX. 2018] obtenido en: <file:///C:/Users/User/Downloads/documento.pdf>
9. Sentencia del Tribunal Supremo, Número de Recurso 68/1997, pp. 1-3, [ubicado el 2.XI. 2018]. Obtenido en: <file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/sentencia%201%20complicidad%20de%20garante.pdf>
10. Sentencia del Tribunal Supremo Número de Recurso 10694/2011, p. 1, [ubicado el 2.XI. 2018]. Obtenido en: [file:///C:/Users/User/Downloads/documento%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/documento%20(3).pdf)
11. Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional SALA 1 CCC 32713/2011/CA1 M. L., A. M. y otra., [ubicado el

2.XI. 2018]. Obtenido en:
<file:///E:/TESIS%20FINAL%202019/citas%20de%20capitulo1/sentencia%20Argentina.pdf>

12. Sentencia del Poder Judicial del 9 de febrero del 2018, (EXPEDIENTE N° 06134-2016)

TESIS

1. TAYO CUBAS, Elier. El síndrome de alienación parental en el ordenamiento penal peruano. Tesis para optar el grado de Abogado, Lambayeque, universidad de Santo Toribio de Mogrovejo. 2018. [ubicado el 5.VIII. 2019]http://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/1539/1/TL_TayoCubasElier.pdf

LEGISLACIÓN

1. Código Civil Peruano.
2. Código Penal Español
3. Nuevo Código del Niño y Adolescente
4. Ley 27115, [ubicado el 2.XI 2018]. Obtenido en <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/27115-may-15-1999.pdf>
5. Ley N° 28251, 2004 [ubicado el 9.XI 2018]. Obtenido en <https://peru.justia.com/federales/leyes/28251-jun-7-2004/gdoc/>