

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 18, n.º 25, enero-junio, 2026, 537-571

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v18i25.1272>

La omisión impropia en el delito de violación sexual

Omission by Commission in the Crime of Sexual Rape

A omissão imprópria no delito de violação sexual

ELIAN MAURICIO CAMERE FIGUEROA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: elian.camere@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0009-0003-1570-1440>

LUIS FERNANDO ARMENDARIZ OCHOA
Universidad Científica del Sur
(Lima, Perú)

Contacto: larmendariz@cientifica.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-9125-9779>

RESUMEN

El artículo aborda la posibilidad de imputar responsabilidad penal por omisión impropia en casos de violación sexual, centrándose en la posición de garante que ostentan los padres. A partir del artículo 13 del Código Penal peruano, se analiza cómo ciertas omisiones pueden ser equiparadas a conductas activas si existe una obligación jurídica de actuar. El texto critica la insuficiencia de las explicaciones tradicionales sobre la cláusula de correspondencia y plantea una comprensión normativista, centrada en la competencia institucional del garante.

Se sostiene que la relación materno/paterno filial impone deberes positivos derivados de la prestación de socialización primaria, lo cual

obliga a los progenitores no solo a no lesionar, sino a proteger activamente a sus hijos frente a riesgos como los delitos sexuales. Esta posición no se funda meramente en la biología, sino en la realización de prestaciones concretas en favor del menor.

El artículo se apoya en la doctrina de Jakobs y Pawlik, y analiza los casos jurisprudenciales peruanos Casación n.º 725-2018-Junín y n.º 671-2023-Cajamarca. En ambos, la Corte Suprema imputó responsabilidad penal a madres que, con conocimiento de los abusos sexuales sufridos por sus hijas, omitieron actuar para impedirlos, configurando así omisiones relevantes penalmente. Se defiende que el incumplimiento del deber positivo materno/paterno constituye un delito autónomo por infracción de deber, y que el derecho penal debe garantizar la protección efectiva de los menores cuando esta protección no ha sido realizada por quienes están jurídicamente obligados a hacerlo.

Palabras clave: violación sexual; omisión impropia; deber negativo; deber positivo; competencias del ciudadano.

ABSTRACT

This article addresses the possibility of attributing criminal liability for omission by commission in cases of sexual rape, focusing on the guarantor position held by parents. Based on Article 13 of the Peruvian Criminal Code, it analyzes how certain omissions may be equated with active conduct when there is a legal duty to act. The paper criticizes the inadequacy of traditional explanations regarding the equivalence clause and proposes a normativist understanding centered on the guarantor's institutional competence.

It argues that the parent-child relationship imposes positive duties arising from the provision of primary socialization, obliging parents not only to refrain from causing harm but also to actively protect their children from risks such as sexual crimes. This position is grounded not merely in biology but in the performance of specific duties toward the child.

The article draws on the doctrines of Jakobs and Pawlik and analyzes the Peruvian cases Cassation No. 725-2018-Junín and Cassation

No. 671-2023-Cajamarca. In both cases, the Supreme Court attributed criminal liability to mothers who, despite being aware of the sexual abuse suffered by their daughters, failed to act to prevent it, thereby committing omissions of criminal relevance. The paper argues that the breach of the parental positive duty constitutes an autonomous offense based on the violation of duty and that criminal law must ensure the effective protection of minors when such protection has not been provided by those who are legally obliged to do so.

Keywords: sexual rape; omission by commission; negative duty; positive duty; citizen competencies.

RESUMO

O artigo aborda a possibilidade de imputar responsabilidade penal por omissão imprópria em casos de violação sexual, concentrando-se na posição de garante ostentada pelos pais. Com base no artigo 13 do Código Penal peruano, analisa-se como determinadas omissões podem ser equiparadas a condutas ativas quando existe um dever jurídico de agir. O texto critica a insuficiência das explicações tradicionais acerca da cláusula de correspondência e propõe uma compreensão normativista, centrada na competência institucional do garante.

Sustenta-se que a relação materno-filial e paterno-filial impõe deveres positivos decorrentes da prestação de socialização primária, o que obriga os genitores não apenas a não lesar, mas também a proteger ativamente seus filhos contra riscos como os crimes sexuais. Essa posição não se fundamenta meramente na biologia, mas na realização de prestações concretas em favor do menor.

O artigo apoia-se na doutrina de Jakobs e Pawlik e analisa os casos jurisprudenciais peruanos Casação n.º 725-2018-Junín e n.º 671-2023-Cajamarca. Em ambos os casos, a Suprema Corte imputou responsabilidade penal a mães que, tendo conhecimento dos abusos sexuais sofridos por suas filhas, omitiram-se de agir para impedi-los, configurando, assim, omissões penalmente relevantes. Defende-se que o descumprimento do dever positivo materno-filial e paterno-filial constitui um delito autônomo por infração de dever e que o direito penal

deve assegurar a proteção efetiva dos menores quando essa proteção não tiver sido realizada por aqueles que estão juridicamente obrigados a fazê-lo.

Palavras-chave: violação sexual; omissão imprópria; dever negativo; dever positivo; competências do cidadão.

Recibido: 1/6/2025

Revisado: 19/11/2025

Aceptado: 26/5/2026

Publicado en línea: 30/6/2026

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 13 del Código Penal regula la figura de la comisión por omisión, también denominada omisión impropia, la cual permite equiparar penalmente una conducta omisiva con una activa, siempre que se cumplan ciertos requisitos esenciales. Entre los más relevantes destacan la existencia de una posición de garante —es decir, la obligación jurídica de actuar para evitar un resultado lesivo— y la llamada «cláusula de correspondencia»¹ (también denominada cláusula de «equivalencia» o de «equiparación»), que —según la doctrina mayoritaria— exige una equivalencia valorativa entre la omisión y la acción. Sin embargo, a lo largo de la evolución de la dogmática penal, tales elementos han sido objeto de debates y cuestionamientos. En este contexto, se han planteado distintas posturas en torno a las fuentes que pueden dar origen a una posición de garantía, así como sobre la necesidad de establecer una equivalencia entre el acto omitido y el hacer positivo exigido por el tipo penal y, además, de descifrar el contenido de esa equivalencia. Otras cuestiones no pueden ser obviadas, por ejemplo, sobre la necesidad de la atenuación facultativa² y en qué casos se aplica. Estas discusiones también han

1 Exhaustivamente al respecto y con referencias actuales, Wagner (2024, pp. 8-ss.).

2 Por todos, Lerman (2013, pp. 169-197). Este autor concluye —luego de un análisis crítico y exhaustivo de las propuestas justificadoras de la atenuación facultativa— que no existen razones jurídicas que fundamenten la atenuación facultativa en supuestos omisivos debido a que entre acción y omisión no hay una diferencia

tenido eco en la jurisprudencia, la cual, mediante diversos pronunciamientos, ha contribuido a delimitar los alcances de la omisión propia y sus elementos.

Los casos más relevantes en esta materia son, sin lugar a duda, aquellos concernientes al delito de violación sexual. Es así como la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ) ha desarrollado una línea jurisprudencial para analizar y valorar los elementos de este delito cuando es cometido no directamente por el agente, sino por un tercero que está jurídicamente obligado a impedirlo. Valiéndose de pronunciamientos del Tribunal Supremo Español (en adelante TSE), la CSJ ha perfilado diversos requisitos que se deben cumplir para considerar, en términos valorativos, el hacer activo con uno omisivo. No obstante, esta postura no resulta del todo convincente, ya que no logra asumir completamente la equivalencia entre la conducta activa y la omisiva como manifestaciones de igual entidad en términos de injusto penal. En realidad, lo determinante debería ser la existencia de una posición de garante por parte del sujeto obligado, ya sea derivada de un acto organizativo previo o de una relación establecida con una determinada institución, que le imponga el deber jurídico de actuar. Esta postura de índole normativa es a nuestro entender la más coherente con la naturaleza de la figura de la omisión impropia y, en especial, con los delitos sexuales.

En esa línea, el objetivo del presente artículo es examinar la doctrina jurisprudencial desarrollada por la CSJ en torno a la imputación omisiva en los delitos sexuales, tomando como base los criterios establecidos en los Recursos de Casación n.º 725-2018-Junín y n.º 671-2023-Cajamarca. Particularmente, la cuestión principal que se desarrollará es el fundamento de la posición de garante paterno/materno filial y la viabilidad de imputar el delito de violación sexual en la modalidad omisiva. Para ello, se abordarán inicialmente los fundamentos teóricos sobre la omisión impropia en la dogmática penal —más específicamente

valorativa. En este sentido, nos posicionamos al sostener que la atenuación facultativa prevista en el artículo 13 del Código Penal no tiene fundamentación teórica alguna, por lo que su regulación solo conduce a arbitrariedades e inseguridad jurídica en su aplicabilidad.

del fundamento de la posición de garante—, así como su incorporación al ordenamiento jurídico peruano a través del artículo 13 del Código Penal. Luego, se llevará a cabo un análisis normativo de los delitos sexuales, con el propósito de ofrecer una interpretación conforme con los principios de un Estado de derecho que garantiza la libertad individual, especialmente en lo relativo a la autodeterminación sexual. Finalmente, se expondrán y examinarán los fallos emitidos por la CSJ en los casos mencionados, con el fin de plantear una postura personal que sea consistente con los argumentos previamente desarrollados.

2. LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO DESDE UN ENFOQUE NORMATIVO

2.1. Irrelevancia normativa en la distinción entre delitos de acción y delitos de omisión

El punto de partida inicial para aquellos que defienden una distinción entre delitos de acción y de omisión es la regulación del artículo 11 del Código Penal (en adelante, CP), que establece: «son delitos las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley». Sumado a ello, se toma como referencia la regulación explícita de la omisión impropia (o comisión por omisión), en la cual se establecen los requisitos legales para la punibilidad de las omisiones (artículo 13 del Código Penal). Desde un análisis comparado, la legislación peruana sigue a la regulación española y alemana, que también regulan las reglas de punibilidad de las omisiones en sus artículos 11 y 13, respectivamente. Sin embargo, de lo establecido en el artículo 11 del CP no se extraen consecuencias jurídicas para mantener una distinción entre acción y omisión. Desde el punto de vista penal, «para la definición del comportamiento prohibido no es relevante la distinción entre acciones y omisiones» (Weezel, 2023, p. 328). No es que esa distinción no exista desde una perspectiva fenomenológica o pedagógica, pero a fin de concretar la imputación penal es irrelevante. La referencia al derecho positivo no es *per se* una razón jurídica para distinguir entre acciones y omisiones, tal es el caso, por ejemplo, de la regulación chilena que no cuenta en su Código Penal con una regulación

explícita de la punibilidad de las omisiones y pese a ello ningún sector de la doctrina chilena concluye que en el derecho vigente no se sancionan las omisiones (siquiera en omisiones impropias).

En este contexto, la doctrina mayoritaria también suele distinguir entre delitos de omisión propia (omisión pura) e impropia (comisión por omisión). Según Kindhäuser y Zimmermann (2024, p. 531), en el primero, se sanciona aquellas omisiones que se encuentran tipificadas en la respectiva ley, bastando para su punibilidad la no ejecución de la acción exigida por el tipo penal individual (por ejemplo: la omisión de auxilio del artículo 126 del CP peruano); en cambio, en el segundo se trata de la punibilidad de aquellas omisiones que, en tanto se cumplan las exigencias del artículo 13 del CP, se equiparan con la realización activa del tipo penal. «En estos delitos la responsabilidad recae en aquel que es “garante” de la evitación de un determinado resultado, en otras palabras, en aquel que está obligado al cumplimiento de un deber» (Perdomo, 2001, p. 10). De ahí que se suele afirmar que esta disposición legal (comisión por omisión) cumple la función de ampliar la punibilidad de los tipos penales de la parte especial. Vale decir, la cuestión de «en qué casos la omisión puede ser considerada, a efectos penales, una forma de realización de un tipo penal contenido en la Parte Especial» (García, 2019, p. 571) ha sido la más discutida a lo largo de la evolución dogmática de los delitos de omisión, particularmente de la mano de la denominada «posición de garante». Si bien la distinción entre delitos de omisión propia e impropia es poco útil sistemáticamente, hay que tener en cuenta que al determinar el comportamiento prohibido en la omisión impropia «es necesario imputar a la conducta el resultado típico, lo que no es necesario en los delitos de omisión simple, pues son de mera conducta» (Weezel, 2023, p. 329). En este primer ámbito —la omisión impropia— se ubica el problema de la posición de garante paterno/materno filial.

Ahora bien, así como no existen razones legales para distinguir entre acción y omisión, tampoco existen razones jurídicas para mantener esa distinción. Desde el punto de vista jurídico-penal, es irrelevante la manera fenomenológica de la realización del tipo penal en cuestión, pues lo determinante es la defraudación de una expectativa jurídico-penalmente garantizada, más aún: lo decisivo es la lesión de una *institución*

negativa o positiva. Por ejemplo, tan garante es la persona que mata a otro ciudadano mediante una puñalada en el corazón (un hacer) como aquel que omite frenar su Porsche deportivo y, como consecuencia del impacto, mata a un peatón. Lo determinante es «si una persona se encuentra unida con un determinado bien jurídico de forma positiva (para su fomento) o se encuentra vinculado, en cambio, de manera simplemente negativa (solo como persona)» (Sánchez-Vera, 2002, p. 105). La persona en derecho ostenta una esfera de organización que sirve de medio para realizar su libertad. El ordenamiento jurídico reconoce la autonomía del ciudadano y por ello le permite que él sea gestor de administrar su esfera de libertad. Como resultado del reconocimiento de su autodeterminación, el ciudadano es «garante» de las consecuencias del uso de su libertad (sea para bien o para mal). En este caso, el Estado le exige al ciudadano —que administra su libertad— únicamente que «no lesione a los demás». Esto es, que no sea un obstáculo de la libertad de un conciudadano como consecuencia de la incorrecta administración de su esfera de organización. Para lograr la coexistencia social es necesario, en un primer momento, que las esferas de libertad entre los ciudadanos se encuentren separadas de manera tal que ninguno de ellos usurpe la libertad ajena; de incumplirse con esta obligación —originaria, según Feuerbach—, entonces responderá por dicha usurpación lesiva. Por tanto, la obligación —originaria *neminem laede*— que «tiene como contenido negativo que el otro no deba ser perturbado en su existencia» (Jakobs, 1996, p. 48) se fundamenta en el sinalagma libertad-responsabilidad: «la responsabilidad por las consecuencias es condición de la libertad de comportamiento. Esta es la razón de la existencia de responsabilidad tanto por un hacer como por un omitir en el ámbito de los deberes negativos» (Jakobs, 2003, p. 108).

Así, un delito de la parte especial puede cometerse fenomenológicamente por un hacer o una omisión. Mientras se comprenda a la persona como titular de una esfera de organización, que está conformada por la suma de derechos y deberes, entonces el titular de esa esfera es responsable de que no se generen *outputs* lesivos para los demás. El deber negativo le exige que configure su esfera de organización compatible con las esferas de organización de los demás, procurando no perturbarlos o

usurpar su libertad. Estos *outputs* lesivos podrán configurar delitos de la parte especial de diversa clase, pues el deber general de «no lesionar a los demás» se concreta en el caso en particular: no mates, no lesiones, no viones, no robes, etc. Sea que el tipo penal esté redactado como un mandato o una prohibición, lo determinante será la lesión de una institución negativa y positiva que, en el caso en particular, se determinará por la posición jurídica del ciudadano en el contexto social de su comportamiento. En el caso de la lesión de una institución negativa, el fundamento de la responsabilidad será el uso contrario al deber de su libertad. De ahí que se suele hablar de «competencia por organización», en la cual se incluyen fenomenológicamente comportamientos activos u omisivos, y se generan deberes de actuación —derivados de la obligación originaria *neminen laede*— en supuestos de aseguramiento, injerencia, asunción o salvamento.

En esta clase de delitos —competencia por organización, terminología elaborada por Jakobs—, el sistema de intervención delictiva se determina en dos pasos: (i) «debe preguntarse en general siempre, quién debe responder, a quién le incumbe pues la ejecución, en definitiva, quién es miembro del colectivo», y (ii) «debe determinarse en virtud de qué responde cada componente del colectivo» (Lesch, 1995, p. 64). Desde este enfoque —a diferencia de lo postulado por la doctrina clásica—, la distinción entre autores y partícipes es *cuantitativa*, en función del *quantum* del aporte al hecho típico del que todos los intervinientes son competentes. Vale decir, «la graduación del injusto de los intervinientes depende de la magnitud de los actos de organización de cada uno para la concreta realización típica» (Robles, 2012, p. 5). En el primer nivel se trata de determinar la competencia de todos los intervinientes por el hecho típico a la luz de los criterios de la teoría de la imputación objetiva —o teoría del comportamiento prohibido—; mientras que en el segundo nivel corresponde graduar los aportes de cada interviniente a partir de la magnitud de la «influencia sobre el suceso típico», el cual está conformado por dos dimensiones: «influencia sobre el suceso típico» e «influencia sobre los co-intervinientes» (Orozco, 2021, pp. 168-ss.).

La perspectiva expuesta tiene consecuencias de gran calado en la clásica comprensión de la comisión por omisión (u omisión impropia).

Tradicionalmente, la denominada posición de garante fue desarrollada en el marco de la discusión de la comisión por omisión, por lo que —según doctrina mayoritaria— esta teoría serviría exclusivamente a los delitos omisivos. No obstante, esta comprensión clásica pierde su fuerza persuasiva cuando advertimos que existen deberes de actuación que se fundamentan en la obligación originaria de no lesionar a los demás. Por lo que garante no solo es quien se encuentra obligado a impedir un resultado lesivo, sino, además, en los delitos comisivos porque «quien actúa de manera activa es, por regla general, también garante de que no se inflija mediante su actuación un daño a un sujeto alguno» (Jakobs, 2012a, p. 13).

Si al derecho penal le incumben aquellas conductas que se apartan de las expectativas garantizadas penalmente, lo determinante es la defraudación de esas expectativas sin importar la forma de su defraudación (sea por acción u omisión). En este sentido, «la posición de garante, que tradicionalmente ha servido para caracterizar al delito omisivo frente al de acción, debe ser aplicable a toda conducta ilícita» (Reyes, 2005, p. 72). Así las cosas, garante no solo es quien no evita que su conducta genere ilícitamente un daño a un tercero, sino toda persona que se desenvuelve e interactúa en sociedad. Esto es, toda persona en derecho ostenta una posición de garante frente a las expectativas de comportamiento que esperan de él, «en una sociedad todos somos garantes en relación con determinadas actividades» (Reyes, 2005, p. 66). Corresponde, entonces, el abandono de la distinción clásica y una concreción de la mano de la doctrina normativista que permita un tratamiento unitario a los clásicos delitos de acción y omisión.

2.2. La posición de garante como teoría de la competencia

Lo cierto es que la teoría de la posición de garante fue empleada para determinar los deberes penales relevantes en los delitos de comisión por omisión. Esta visión reducida debe superarse, el verdadero alcance de esta teoría «se remonta a una discusión general de la teoría de los deberes y del Estado, esto es, a la distinción entre los deberes negativos y positivos» (Pawlik, 2023, p. 196). Estos deberes son objeto de normas penales que se encuentran en la parte especial del derecho penal.

En este sentido, la teoría de la posición de garante cumple la función de «identificar, en primer lugar, todas las manifestaciones obligaciones, esto es, los deberes que existen en una sociedad y, en segundo lugar, buscar que ellos sean interpretados en forma correcta para el derecho penal» (Perdomo, 2021, p. 58). Los deberes relevantes que son identificados por esta teoría han sido perfilados líneas arriba y estos surgen de la realidad institucional donde se desenvuelven las personas. Las manifestaciones obligaciones relevantes para el derecho penal, en general, son dos: (i) deberes negativos y (ii) deberes positivos, que más adelante esbozaremos detenidamente.

Esta comprensión de los deberes jurídico-penales le hace justicia a la dogmática de la omisión al otorgarle bases teóricas sólidas para su comprensión contemporánea. De esta manera, el viejo deber jurídico de actuar juega un papel importante en el derecho penal moderno, pues «eleva la problemática de la posición de garante a presupuestos de la interacción social pacífica, de tal manera que el concepto de deber jurídico sirve para reproducir la identidad normativa del grupo y así para dirigir *todas* las relaciones sociales» (Perdomo, 2008, pp. 185-186).

Para determinar cuándo un hecho pasa a ser relevante para el derecho penal, el análisis jurídico-penal no se limita al suceso fáctico *per se*, sino que ese hecho debe tener un significado como quebrantamiento de una norma. El sentido de un comportamiento penalmente relevante se establece a partir del contexto social y teniendo en consideración la calidad de las personas en conflicto, quienes son portadores de derechos y deberes. La relevancia penal de un comportamiento no se determina por el destino, la causalidad o la intención, sino a partir del sentido jurídico del acto. Uno responde penalmente en tanto que es «competente» por el hecho socialmente perturbador. Por tanto, «*la competencia por la realización típica es el concepto jurídicamente determinante [énfasis añadido]*» (Jakobs, 2012a, pp. 11-12). Este concepto clave «determina aquí el alcance de la responsabilidad del autor», esto es, «sí y en qué medida la afectación de la esfera de libertad de una persona en Derecho es reconducible en abstracto a otra persona en Derecho» (Falcone, 2024, p. 134).

El sistema de competencia al cual nos adherimos fue desarrollado inicialmente por Jakobs y ulteriormente por Pawlik³. La bipartición relevante no es delito de acción y omisión, sino competencia de respeto (competencia organizacional en el lenguaje de Jakobs) y competencia de fomento (competencia institucional en el lenguaje de Jakobs). En el primero, como lo hemos desarrollado *supra*, se trata de los deberes de respeto frente a las demás personas; en el segundo, son deberes que garantizan condiciones reales para la existencia de las personas y del Estado. Todo orden social, como mínimo, requiere la garantía de ambas clases de deberes al formar parte de la configuración social. Solamente de esta manera el Estado puede garantizar una libertad verdadera a sus ciudadanos, misión que, por supuesto, le corresponde al derecho penal en sus aspectos fundamentales.

2.3. Requisitos legales de la comisión por omisión

Desde el enfoque clásico, la doctrina exige como requisito para imputar un resultado a un omitente que se cumplan los presupuestos legales del artículo 13 del CP. La existencia de una cláusula general de la comisión por omisión ha sido fuertemente discutida. En la doctrina peruana, por ejemplo, García (2019, pp. 575-576) sostiene que si bien para la punibilidad de las omisiones no es necesaria una cláusula legal de la omisión impropia, ello no impide que el legislador peruano opte por establecer los requisitos específicos para una equiparación de una omisión a una acción a fin de garantizar la seguridad jurídica. En cambio, en la doctrina colombiana, Perdomo (2001, pp. 15-ss.) sostiene que un derecho penal moderno no debe regular una cláusula general debido a que la distinción entre acción y omisión «carece de cualquier importancia en el momento de determinar el fundamento de la responsabilidad penal». Sea como fuera, lo cierto es que la cláusula existe en la legislación peruana, por lo que corresponderá especificar sus requisitos esenciales a grandes rasgos.

El alcance de la cláusula legal no se limita a los delitos de resultado, como por lo general se suele afirmar, sino que se extiende a cualquier

3 Vale decir que también fue desarrollado y difundido por otros discípulos alemanes, españoles y latinoamericanos del profesor Jakobs.

hecho punible. Esta interpretación también es compatible en aquellos países —por ejemplo, España— en donde la regulación legal hace referencia expresa a los delitos de resultado, pues en tanto no se comprenda el resultado en un sentido naturalístico, sino en su sentido normativo como «infracción de la norma» (Reyes, 2022b, p. 48), entonces el resultado estará presente en delitos consumados como intentados, así como delitos de mera actividad, peligro abstracto, entre otros.

La disposición legal de la omisión impropia (artículo 13 del CP) exige básicamente dos requisitos: (i) la posición de garante; y (ii) la cláusula de correspondencia. Si estos requisitos se cumplen en el supuesto omisivo objeto de análisis jurídico-penal, podrá imputarse la comisión de dicho delito en modalidad omisiva. En la doctrina alemana, según Kindhäuser y Zimmermann (2024, p. 539), estos requisitos son denominados como «la equivalencia de acción» y «la equivalencia de las modalidades». El primero se configura cuando el autor es garante en tanto ostenta un deber de impedir el resultado y lo incumple de forma imputable; el segundo se refiere al análisis de la denominada «correspondencia», mediante el cual se busca comprobar que la omisión se corresponde con la realización fenomenológicamente activa del tipo penal. Este análisis de correspondencia es de suma utilidad particularmente en tipos penales que establecen algún elemento especial como forma de comisión (alevosía, violencia o amenaza, etc.).

Ahora bien, el reconocimiento de ambos requisitos es ampliamente aceptado; el debate, no obstante, surge respecto a su contenido. En el caso de la posición de garante existen diversas propuestas dogmáticas que otorgan una fundamentación y establecen su alcance. Desde nuestra perspectiva, la posición de garante delimita la competencia penal del ciudadano por los deberes (negativos o positivos) que ostenta en una persona en un contexto social específico. La delimitación de la competencia penal «dependerá de si la responsabilidad penal se sustenta en una competencia por organización o en una competencia institucional» (García, 2019, p. 582).

En cuanto a la cláusula de correspondencia, la doctrina la exige porque «ha rechazado mayoritariamente la adopción de la teoría del garante como criterio exclusivo de equivalencia con la comisión activa»

(Silva, 2025, p. 789). En la doctrina local, García (2019, p. 584) sostiene que la cláusula de correspondencia exige «una identidad normativa con la realización activa del delito», lo cual implica que la omisión cumpla con las exigencias típicas objetivas y subjetivas del tipo penal. En España, la propuesta de Silva (2025, p. 790) goza de bastante aceptación, y a su entender la equivalencia debe ser estructural y material. Para ello deben satisfacerse tres dimensiones: (i) identidad axiológica-teleológica; (ii) identidad estructural de los conceptos dogmáticos; y (iii) identidad compatible con el tener de la ley. Pese a existir diversas propuestas que intentan justificar el contenido de la cláusula de correspondencia, lo cierto es que aún no queda del todo claro su significado y su alcance. Como advierte Wagner (2024):

«La ciencia del derecho penal no ha logrado desde entonces atribuir un significado a la cláusula de correspondencia». Esto no ha cambiado hasta el día de hoy. La cláusula de correspondencia sigue siendo «difícil de comprender» y «un libro con siete sellos» (p. 1)

3. LA POSICIÓN DE GARANTE PATERNO-MATERNO FILIAL

3.1. Instituciones positivas

La posición mayoritaria comprende que el derecho penal sirve a la protección de bienes jurídicos. Sistemáticamente, el dogma del bien jurídico ha sufrido críticas insalvables que sus defensores no han podido objetar con suficiencia, en este lugar no corresponde desarrollarlas, pero sí interesa proponer un punto de vista alternativo a esta visión reducida. La garantía de la institución *neminem laede* es compatible con la idea generalizada de la protección penal de bienes jurídicos. Desde este enfoque, los deberes negativos que ostentan todos los ciudadanos contribuyen a la coexistencia social porque permiten que cada uno de estos desarrolle su libertad conforme a su propia visión del mundo. La coexistencia social requiere, en primer lugar, la garantía de esta vinculación jurídica negativa: «no lesiones a los demás mientras desarrollas tu libertad». Así, cometer un homicidio representa la lesión del bien jurídico vida, lo

cual, desde el enfoque del deber negativo, significa que el ciudadano ha inobservado la obligación originaria de no lesionar a los demás, de respetarlos en tanto iguales (como personas). Los delitos de dominio o resultado son compatibles con esta visión: todos aquellos que gestionen su ámbito de libertad (esfera de organización) de forma contraria al deber negativo están usurpando la libertad ajena al arrogarse (usurpando) un derecho que no les corresponde administrar (Polaino-Orts, 2012, pp. 106-ss.). En estos casos, donde se hace uso incorrecto de la libertad, se está lesionando el deber negativo y la responsabilidad se sustenta en el uso autónomo de su libertad. De esta manera, la idea de que el derecho penal «protege» a los bienes jurídicos es plenamente coincidente porque en estos casos justamente se está lesionando un bien jurídico individual (vida, salud, patrimonio, libertad sexual, etc.). No obstante, el radio de actuación del derecho penal no se limita a aquellos supuestos en donde se lesiona un bien jurídico existente, sino, además, en aquellos casos donde dicho bien jurídico «no ha sido creado» o no se ha «fomentado». Veámoslo a más detalle.

Los denominados bienes jurídicos vida, salud o libertad (por mencionar solo algunos) no se garantizan únicamente a través de prohibiciones. Esto es, únicamente prohibiendo al ciudadano que gestione incorrectamente su esfera de organización y, como resultado, se arrogue la organización ajena. Antes bien, estos bienes jurídicos personalísimos también son garantizados por las prestaciones que realizan determinados ciudadanos que ostentan una posición o rol especial. La vida y la salud, por ejemplo, se garantizan también mediante el funcionamiento de un hospital, que diariamente salvaguarda estos bienes. Esta labor no exige «no lo lesiones», «apártate del otro», «sepárate de su esfera de libertad», sino que implica que el obligado (especial) realice actuaciones de fomento (por lo general activas) respecto a dichos bienes. El médico debe realizar actuaciones de salvamento con su paciente. Asimismo, los bienes jurídicos personalísimos también son garantizados en tanto existan condiciones reales para su realización y su desenvolvimiento. Esto sucede cuando determinadas personas materializan un *cometido estatal*, como es la seguridad interior y exterior. En el caso de los policías se exige el mantenimiento del orden interior y de la seguridad de los ciudadanos.

Estas condiciones son necesarias y no guardan relación con la idea de «no lesionar» los bienes, sino que exigen, principalmente, actuaciones por parte de estos funcionarios. Desde esta lógica, no es coherente sostener «se ha lesionado» el bien jurídico, sino que «no se ha puesto en funcionamiento». En definitiva, en el ámbito de los deberes positivos los bienes deben ser producidos o constituirse: «las instituciones deben ponerse en funcionamiento, esto es, establecerse» (Jakobs, 2020, p. 57).

Aunque algún sector minoritario no esté de acuerdo, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia suprema reconocen la existencia de deberes positivos por ser necesarios para el desarrollo de la libertad personal verdadera. Así, el derecho penal también interviene cuando no se ha realizado una prestación positiva frente a un determinado bien jurídico. En palabras de Kubiciel (2021), «la libertad personal no presupone solo la ausencia de coacción como condición *negativa*; la libertad también tiene requisitos *positivos*» (p. 249). Solo el obligado especial es competente de realizar prestaciones sociales o institucionales, y la garantía penal de su cumplimiento «suele representarse como un deber especial que fundamenta una atribución de responsabilidad —en principio— independiente de la conducta de organización individual» (Müssig, 2005, p. 211).

El Estado es garante de hacer realidad la libertad personal, lo cual es posible en la medida en que se aseguren «los presupuestos (estatales y sociales) de organización para una situación en Derecho entre personas» (Müssig, 2005, p. 212). El objeto de los vínculos jurídicos positivos se sustenta en la institucionalización social del derecho, en donde se requiere satisfacer cometidos sociales a través de personas específicas. Según Müssig (2005, p. 212), los cometidos sociales se dan en dos grandes ámbitos: (i) los presupuestos de una vigencia organizada del Estado; y (ii) la garantía de las condiciones elementales de una existencia personal en derecho. En este espacio solo nos ocuparemos de los segundos⁴ a fin de determinar la competencia institucional de los padres frente a las lesiones de los derechos garantizados penalmente de

4 Respecto a los deberes funcionariales fundamentados desde la institución positiva, véase Camere Figueroa (2023, pp. 75-ss.).

sus hijos, particularmente en casos de violación sexual. Recientemente Jakobs (2022) ha sintetizado el contenido de estos últimos:

Los deberes positivos se derivan de la condición de una asistencia, entendida como instancia de ayuda, y ello independiente de que la adquisición de esta condición haya empeorado la situación de la persona que necesita la ayuda [énfasis añadido]. Dicho estatus puede ser desmantelado, pero no rescindido a destiempo. El prototipo es el estatus de los padres en relación con sus hijos que no pueden quedarse solos, correspondientemente también el estatus recíproco en un matrimonio, en la medida en que aquel aún exista de hecho. En este sentido, el matrimonio queda absorbido por la confianza especial [énfasis añadido] que se mencionará a continuación. Además de las relaciones mencionadas, existen relaciones sustitutivas funcionalmente equivalentes, como la adopción o la familia ensamblada. Para aclarar, una niñera está obligada a proporcionar asistencia en la medida en que ha anulado a los padres cuando se declara dispuesta a cumplir con su aceptación; esto es un deber por asunción y por lo tanto un deber negativo. Pero los padres deben asistir a su hijo independientemente de si han anulado otra ayuda [énfasis añadido]. (pp. 30-31)

El contenido de los deberes positivos —siguiendo a Sánchez-Vera (2002)— le exige al obligado especial lo siguiente: «“Tienes que edificar un mundo en común con un determinado bien jurídico para su fomento y ayuda, estar a su disposición”, es decir, en ellas sí hace falta que se organice algo» (p. 115). Vale decir, el obligado especial (por ejemplo, la madre de una niña) no solo debe garantizar que su esfera de organización no afecte la esfera de libertad de su hija, sino que, además, está obligada institucionalmente a preservar sin merma esa esfera o incluso a fomentar la organización de su hija, formando en este sentido un mundo en común con ella (su hija como beneficiaria de las prestaciones). Dicho de otra forma, los padres no solo se encuentran vinculados frente a sus hijos de forma meramente negativa (¡no afectes su libertad!), sino que deben «—a diferencia del garante por injerencia— constituir además con el niño una

“comunidad de vida” que trasciende a ese acto concreto» (Jakobs, 2012b, p. 84). Queda por desarrollar aún más el fundamento de la posición de garante paterno-materno filial, lo cual se hará en el siguiente apartado.

La infracción del deber positivo genera una responsabilidad de corte institucional. Así, ampliamente la doctrina y la jurisprudencia suprema han acogido la denominación de delitos de infracción de deber. En esta clase de delitos —basados en una competencia institucional—, el obligado especial, por ejemplo, el padre (o un funcionario público en caso de un delito contra la Administración pública), responde a título de autor. La razón de ello consiste en que «el garante que lesiona su deber asegurado institucionalmente, realiza un delito *autónomo*, esto es, ejecuta por sí mismo el tipo» (Lesch, 1995, pp. 66-67); lo que no significa que no existe intervención delictiva, sino que independiente de la forma fenomenológica de realización del tipo penal (sea por división de trabajo o de propia mano), siempre se le imputa de forma inmediata el tipo penal en cuestión. Dicho de otro modo, el obligado especial no responde penalmente como resultado de la arrogación ilegítima de un ámbito de organización ajeno (la usurpación de la libertad), esto es, por la organización defectuosa de su esfera de libertad, ni tampoco por la «lesión» de un bien existente del cual dependa de él, sino «porque él ha rehusado la producción de un mundo en común, de una relación positiva con el bien» (Lesch, 1995, p. 67). En el ámbito de la competencia institucional de los padres, los siguientes ejemplos son sumamente ilustrativos:

Aún más relevante: el padre que colabora entregando veneno para asesinar a su hijo no es mero cómplice del ejecutor, sino —superando la accesoriedad— autor, tal como lo sería si no hubiera facilitado el hecho pero tampoco lo hubiera impedido. Cuando unos padres, actuando conjuntamente, matan a su hijo por considerarlo una carga, son coautores por organización común y, más decisivo, cada uno es autor paralelo de un homicidio por violación de un deber positivo; pues el acontecimiento no solo ocurre en el mundo que organizan juntos, sino también en el que les es propio. En otras palabras, *el hecho significa, por un lado, «nosotros (el colectivo parental) matamos (mata) al niño», pero también, «yo expulso al niño de mi (no: nuestro) mundo [énfasis añadido]»*. (Jakobs, 2012b, p. 85)

Finalmente, debe quedar claro que la posición de garante del padre-madre frente a sus hijos se fundamenta, esencialmente, en deberes positivos —y no deberes negativos como lo considera Robles (2012, p. 9)—. La razón de esto radica, siguiendo a Muñoz (2025, pp. 123-124), en que (i) la existencia de un niño es consecuencia de un acto posibilitador de ella, por lo que lo decisivo es que existan personas que se encarguen de desarrollar la personalidad del niño hasta alcanzar el estatus de persona en derecho; (ii) históricamente se ha asignado a los cuidadores de los niños la tarea de neutralizar los peligros que los acechan; y (iii) la procreación de un hijo no fundamenta una posición de garante por inferencia o asunción por la cual se tenga que fundamentar la responsabilidad por las consecuencias del uso de su libertad (procreación). De ahí que lo particular de esta clase de posición de garantía radica en garantizar la *libertad positiva* del niño. Esto es, «los deberes MPFs deben considerarse como deberes positivos, ya que implican una responsabilidad activa de los progenitores para garantizar el bienestar de sus hijos, más allá de la mera prohibición de causar un daño» (Muñoz, 2025, p. 124).

3.2. La posición de garante paterno-materno filial como deberes positivos fundamentados en la prestación de socialización primaria

Hasta aquí nada de lo que se ha dicho puede ser novedoso, incluso puede decirse que es ampliamente aceptado. El problema surge, particularmente, en aceptar que la sola posición de garante del padre o la madre puede fundamentar la imputación por el homicidio, las lesiones o la violación sexual de su hijo en modalidad omisiva. Ciertamente, hay quienes se muestran escépticos de que un deber amplio de protección de los padres frente a los peligros que acechan a sus hijos puede ser suficiente para la responsabilidad penal por el tipo penal en cuestión en modalidad omisiva. Sin embargo, la opinión dominante en la jurisprudencia suprema y en la doctrina es de otro parecer. El problema que se desarrollará, entonces, será el siguiente: ¿es posible la comisión de un delito (particularmente, violación sexual) mediante la omisión de un padre o una madre? Sin duda alguna, este problema trasciende a una

mera cuestión interpretativa del artículo 13 del CP, pues la cuestión de si los padres que omiten tienen que responder jurídicamente de que el resultado no se produzca es «especialmente difícil de responder cuando quien omite ha de ser incluido en la esfera del Estado» (Zaczyk, 2010, p. 325).

Debe quedar claro que la posición de garantía materno-paterno filial no se sustenta en el hecho biológico de la procreación de un hijo o la mera vinculación de parentesco por consanguinidad. Antes bien, la relación entre padres e hijos previa a la emancipación se define normativamente por la función que cumplen y desarrollan los padres, en tanto contribuyentes, como los hijos, en tanto beneficiarios de las prestaciones. El sentido de la contribución positiva de los padres frente a sus hijos consiste en la «*socialización primaria*, pues se busca que al menor “necesitado” se le ofrezca, por medio de determinados comportamientos, aquella dotación cognitiva necesaria para su existencia en verdadera libertad» (Perdomo, 2008, p. 242). En efecto, la obtención de la autonomía de los niños no se logra del mero acto de la procreación, sino que se trata de un proceso de incorporación a la sociedad (integrar ideas como bueno o malo, justo o injusto, aspectos culturales, tradiciones, normas generales, etc.). La socialización primaria por lo general se ha desarrollado en la intimidad o, mejor dicho, en «ámbitos de vida privada en común», y tradicionalmente se ha designado dicha labor a los progenitores. Estos «ámbitos de vida privada en común» son lo que anteriormente se denominaba «familia», aunque es igualmente válido utilizar el término «familia» siempre que se la defina *funcionalmente* como «todo grupo social compuesto por una persona adulta y por un niño, en cuyo contexto a este último se le provee de lo necesario para su crianza hasta la vida adulta» (Muñoz, 2025, p. 156). La importancia de las *prestaciones de socialización primaria* de los padres frente a sus hijos radica en que «es esencial para lograr su libertad positiva futura y también es imprescindible para la subsistencia y desarrollo de la sociedad» (Muñoz, 2025, p. 149).

En virtud de ello, el derecho penal garantiza el cumplimiento de la prestación de socialización primaria en su manifestación particular

de «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*» (Perdomo, 2008, p. 244). Esta delimitación es importante porque la prestación social de socialización primaria es sumamente amplia y adquiere contornos específicos en cada sociedad y familia (en su concepción funcional), por lo que existe un espectro de contenidos específicos que al derecho penal no le incumbe, pero que a otras ramas del ordenamiento jurídico sí. En consecuencia, en el contexto jurídico-penal la vinculación entre padres e hijos se define por las contribuciones de los padres respecto a los bienes concretos de sus hijos (derechos). Esta es la razón por la cual los deberes de cuidado y protección de los padres cobran gran relevancia a efectos de determinar la imputación de un delito mediante omisión.

Importa destacar que el mero acto biológico no fundamenta *per se* la posición de garante. Al contrario, la fuente de la posición de garante paterno-materno filial se fundamenta en el ejercicio autónomo de estas prestaciones. Esto es, quienes realicen las prestaciones de socialización primaria frente a sus hijos adquieren una posición de garantía institucional con relación a ellos. Generalmente coincidirá que los mismos progenitores sean quienes ostenten dicha posición de garantes, pues:

Por motivos deontológicos —la autonomía en la realización de una acción sexual que conlleva el riesgo de embarazo—, sumado a motivos de justicia en la distribución social de costos —es más justo distribuir los costos entre las personas responsables de la existencia de un niño, que entre las personas no responsables por ello—, es plausible sostener que los progenitores biológicos deben tener la responsabilidad jurídico-penal que conlleva la crianza de un hijo. (Muñoz, 2025, p. 174)

Siempre que el modelo tradicional de familia no marque la pauta para fundamentar obligaciones institucionales, sino que, por el contrario, nos centremos en el significado de la contribución de socialización primaria como fundamento obligacional, entonces se podrá «considerar muchas formas de relaciones de vida de pareja o formas de relaciones

entre padres e hijos como marco propicio para el aporte de las contribuciones que llevan a la socialización primaria» (Perdomo, 2009, p. 115). El desarrollo objetivo de esta clase de contribuciones fundamenta la competencia institucional de quien materialmente las proporciona a un beneficiario (menor de edad). De ahí que se abandone completamente la mera vinculación biológica y se abra paso a diversas relaciones entre padres e hijos que pueden abarcar a los hijos adoptivos, padrastros, hijos extramatrimoniales, etc.

Por lo general, el inicio de las obligaciones institucionales será el nacimiento del menor y culminará con la obtención de su mayoría de edad (siempre que exista un acto de autovinculación, esto es, que se ejerzan materialmente las contribuciones). A partir de esta delimitación, debe diferenciarse lo que se denomina «responsabilidad procreativa» a la responsabilidad que tiene lugar durante la etapa fetal; y «responsabilidad MPF» en sentido estricto a aquella que tiene lugar durante la etapa infantil» (Muñoz, 2025, p. 197). En consecuencia, los deberes positivos que fundamentarán una imputación del resultado lesivo son aquellos derivados de la posición institucional paterno-materno filial luego del nacimiento del niño y no durante la etapa anterior (el embarazo⁵).

5 Benavente (2005) ha cuestionado la posición de Jakobs, sostenida en su *Tratado*, en la cual niega deberes institucionales del padre frente al hijo que aún no nace (durante el embarazo). En su opinión:

si se parte que el concebido es sujeto de derecho (en todo lo que favorece) dejar su protección al exclusivo ámbito de la madre es más que discutible; es decir, cuáles serían las razones que justificarían una responsabilidad penal a la madre y un eximente de la misma al padre. (p. 106)

Sin embargo, como hemos sostenido, el fundamento de relación paterno-materno filial no es el mero hecho biológico del nacimiento, sino el significado de las contribuciones de socialización primaria, esto es, el ejercicio efectivo de estas contribuciones que buscan el desarrollo pleno de la personalidad del niño hasta adquirir autonomía. Además, debe diferenciarse estas dos etapas mencionadas, pues como advierte Muñoz (2025):

en primer lugar, por razones orgánicas: el feto se encuentra unido al cuerpo de la mujer gestante de una manera muy particular [...]. En segundo lugar, por su diverso contenido: mientras que la responsabilidad procreativa tiene por finalidad proporcionar los cuidados necesarios para que el feto pueda nacer con vida, mientras que la responsabilidad MPF tiene por objetivo criar al niño.

Finalmente, «cuando los hijos son mayores, el vínculo entre padres e hijos sufre una merma normal de intensidad como consecuencia lógica de la independencia natural y jurídica que se ha alcanzado» (Perdomo, 2009, p. 117), razón por la cual culmina el proceso de socialización y los efectos de los deberes institucionales han acabado.

Los deberes concretos de los padres frente a sus hijos antes de la emancipación en el contexto jurídico-penal se justifican porque es necesario compensar «la incapacidad natural del menor por medio de contribuciones orientadas al cuidado y protección, pues los padres están obligados a garantizar al niño todas aquellas prestaciones que contribuyan a su evolución física y espiritual» (Perdomo, 2008, p. 248). Formulando de otro modo, las expectativas que se esperan de los padres se proyectan en la realización de estas contribuciones. En este sentido, el ordenamiento jurídico-penal reclamará a los padres toda contribución necesaria y adecuada para garantizar una socialización eficiente del niño hasta que logre su autonomía. Estas prestaciones fenomenológicamente van desde el cuidado corporal, la limpieza, la alimentación hasta la defensa ante peligros, los impedimentos de ataques, etc. De ahí que

[a] los padres les son exigidas muchas y diferentes tareas, pero solamente impuestos deberes jurídico-penales cuando se trate de temas que [...] están en relación con bienes jurídicos personalísimos, pero, igualmente, con otros [...] en donde se presupone jurídicamente la incapacidad del necesitado o beneficiario para su propia administración. (Perdomo, 2009, p. 117)

Lo anterior es correcto si se toma en cuenta que

los niños son sometidos a un régimen vital especial, que da lugar a la responsabilidad MPF aquí analizada, porque son personas consideradas carentes de autonomía para manejar algunos de los aspectos de su vida y sus progenitores son los encargados de suplir ese déficit. (Muñoz, 2025, p. 220)

En tercer lugar, por su modo de cumplimiento: los cuidados hacia un niño pueden delegarse total o parcialmente, pero los cuidados al feto solo pueden canalizarse a través de la madre. (p. 271)

Además, la primera fase de desarrollo del niño es mucho más intensa para los padres por la especial condición de vulnerabilidad del menor, con lo cual resulta razonable que «entran en consideración todos aquellos bienes cuya administración esté vedada jurídicamente al sujeto, partiendo de los bienes jurídicos personalísimos hasta los [...] secundarios» (Perdomo, 2008, p. 248).

De esta manera, la garantía penal del cuidado del patrimonio también se toma en consideración⁶: «Si los padres no salvan el cuadro perteneciente al niño de que se estropee por la humedad, responden por daños mediante omisión. Sobre todo tiene importancia práctica el deber de cuidar del patrimonio en relación con la administración desleal» (Jakobs, 1997a, p. 995). Formulado en tesis: *existe responsabilidad penal de los padres por el cuidado y la protección respecto a los derechos fundamentales (vida, salud, libertad, etc.) y también frente a otros secundarios, como el patrimonio, en la medida en que el menor es incapaz de gestionarlos.*

La situación y los deberes de los padres estarán en continua modificación; mientras más crezcan los hijos, mayores son las posibilidades de percepción de la realidad y las expectativas normativas dirigidas a los padres, esto es, las normas jurídico-penales tendrían una nueva configuración como consecuencia precisamente de las contribuciones de los padres en el periodo de socialización respectivo. (Perdomo, 2008, p. 248)

6 Desde esta perspectiva, la problemática de la estafa en casos de inimputables (menores de edad o enfermos mentales) se reconduce al tratamiento normativo de la estafa de víctima estructuralmente débil, es decir, aquella víctima que no tiene las capacidades cognitivas y volitivas normales. Las soluciones son muy variadas, pero en lo que aquí respecta, Pawlik sostiene:

a la víctima, por su carencia de competencia de organización, no se le puede imputar responsabilidad alguna por las consecuencias de su acto de disposición, así que si el autor desea conducirlo a un acto de disposición patrimonial, debe adaptarse a su nivel de conocimientos —asumir la tarea de compensar su déficit cognitivo— y, si no está dispuesto a ello, debe renunciar al negocio. (Pastor, 2004, p. 252)

Por tanto, el padre que permite que estafen a su hijo responde penalmente por un delito de estafa.

Sobre la base de lo expuesto, se puede responder afirmativamente la pregunta inicial: si es posible la comisión de un delito de la parte especial (particularmente, violación sexual) mediante la omisión de un padre o una madre. La razón estriba en que, en virtud de la posición de garantía institucional que ostenta el progenitor —previamente acreditada—, el no impedir el resultado lesivo, pudiendo hacerlo, equivale normativamente a su realización activa. De acuerdo con los fundamentos esbozados, la competencia institucional fundamenta una responsabilidad por no realizar la prestación positiva de socialización primaria. En caso de existir un riesgo de afectación de un bien personalísimo del niño, el padre debe realizar toda acción necesaria para la no concreción del riesgo. Si bien el padre fenomenológicamente podría colaborar a la afectación de los bienes del niño (dar un cuchillo al asesino, contratar a un sicario, llevarlo a la habitación del violador, etc.), estos actos son, en términos organizativos, de participación de un delito ejecutado por otro; no obstante, desde el punto de vista institucional, el padre también lesiona su deber positivo de crear un mundo en común con su hijo a través de la salvaguarda de sus bienes. De ahí que, quien, por ejemplo, lleva a su hijo a la habitación del violador está vulnerando su deber negativo de no contribuir a la lesión de un tercero, pero además, en tanto padre, está vulnerando su deber positivo de realizar prestaciones de cuidado y protección de su hijo. Ante la concurrencia de la afectación de estos deberes, la vulneración del deber positivo implica también la lesión del deber negativo, que contiene un nivel de injusto mayor que absorbe la mera lesión de la prohibición de lesionar a un tercero.

4. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES RESPECTO A LA VIOLACIÓN SEXUAL EN COMISIÓN POR OMISIÓN

4.1. El caso resuelto en la Casación n.º 725-2018-Junín

Nuestra CSJ en varias ejecutorias se ha pronunciado respecto a la aplicación de la «comisión por omisión» en el delito de violación sexual. Uno de estos pronunciamientos se produjo en el Recurso de Casación n.º 725-2018-Junín, invocando la causal establecida en el inciso 3 del

artículo 429 del Código Procesal Penal (en adelante CPP), referida a la incorrecta interpretación de la ley penal. Así, en esta ejecutoria, la Corte analizó —sobre la base de los hechos declarados probados y subsumidos en el artículo 173, primer párrafo, numeral 1— los alcances de esta figura, según los términos establecidos en el artículo 13 del Código Penal.

En esa línea, resulta adecuado como punto inicial desarrollar brevemente la base fáctica que sustentó dicho razonamiento judicial. Según se advierte de la acusación fiscal, se imputó y se condenó a Ernestina Juana Porras Carhuamaca por haber omitido realizar acciones de protección a favor de su menor hija de iniciales A. V. A. P., ante los abusos sexuales cometidos por el procesado Hilder Rolán Ramírez Caballero, quien era su pareja sentimental en ese entonces. Hechos sobre los cuales tenía pleno conocimiento, al punto de que incluso promovió un encuentro entre el acusado y la agraviada, durante el cual este le ofreció disculpas a su hija y manifestó su intención de no repetir la conducta.

En relación con el sustento normativo para justificar la aplicación de la figura de la «comisión por omisión» al caso previamente expuesto, la CSJ inició su análisis con una breve exposición dogmática sobre la naturaleza jurídica de los delitos omisivos. En ese marco, la Suprema parte de la distinción entre normas jurídico-penales de carácter prohibitivo y aquellas de naturaleza preceptiva. Las primeras son aquellas que prohíben una conducta específica, mientras que las segundas imponen un deber de actuar. Bajo esta consideración, los delitos en comisión por omisión se inscribirían dentro de este segundo grupo normativo, en tanto su configuración responde a la inacción de un sujeto que, por mandato jurídico, se encontraba obligado a actuar.

Seguidamente, la CSJ desglosó las diversas posiciones que existen respecto a la distinción entre acción y omisión. En ese sentido, refirió que un sector de la doctrina sostiene que la relevancia penal de la omisión radica en la ausencia de la activación de un proceso causal, pese a que el sujeto tenía tanto la posibilidad como el deber jurídico de intervenir. Esta concepción, a nuestro entender, responde a una tesis de corte ontológico, en tanto sitúa el núcleo del problema en la dimensión causal de la conducta, considerando esta como el elemento determinante para la valoración negativa tanto de la acción como de la omisión.

De otro lado, se encuentra el sector de la doctrina que, desde una óptica normativa, sostiene que la diferenciación entre acción y omisión es meramente fenomenológica. Bajo este enfoque, no existiría ya una distinción jurídica sustancial entre ambas formas de conducta, ya que lo verdaderamente relevante es el sentido que expresan dentro del orden jurídico. En este punto, la CSJ no toma partido por alguna postura, pues solo se limita a exponerlas y declarar que, en todo caso, «conciernen a la jurisprudencia y a la literatura jurídica, según la casuística que surja progresivamente, continuar desarrollando parámetros hermeneúticos relacionados con el punto materia de debate» (Casación n.º 725-2018-Junín, fundamento de derecho tercero).

Continuando con el desarrollo de sus fundamentos, la CSJ destaca cómo se configura el elemento subjetivo en los delitos omisivos. En estos casos, señala la Suprema, el dolo se manifiesta a través de la «inacción deliberada» del sujeto frente al deber jurídico que le correspondía cumplir y cuyo riesgo de incumplimiento es plenamente consciente. Ello en contraste con los delitos de comisión, en los cuales el dolo se expresa mediante la «decisión consciente» del autor de ejecutar una conducta descrita como típica en la ley penal. Respecto al dolo eventual, la CSJ precisa que, en ambos supuestos, se requiere un conocimiento altamente probable de la realización del resultado. No obstante, desde una perspectiva normativa, el dolo no se concibe como un estado mental del agente, sino como atribución de un conocimiento penalmente relevante en función del ámbito de competencia del ciudadano, destacando que el dolo en la omisión no presenta particularidades frente al de la comisión activa (Jakobs, 2020, p. 48).

En cuanto al fundamento del deber jurídico requerido en los delitos de comisión por omisión, la CSJ señaló entre sus considerandos que este se basa en la existencia de una posición de garantía. Así, tomando una postura medianamente formalista, la Suprema opta por delimitar las fuentes de esta posición jurídica en normas extrapenales, como pueden ser las de carácter civil —por ejemplo, los deberes parentales hacia los hijos menores— o administrativo —como los compromisos que asumen los funcionarios públicos—. Sin embargo, en la última parte del fundamento cuarto también reconoce la posibilidad de que la fuente

sea material, como un actuar precedente peligroso o la presencia de relaciones estrechas interpersonales.

De otro lado, en cuanto a los deberes derivados de la posición de garantía, la CSJ distingue tres categorías según su contenido: los deberes de aseguramiento, de salvamento y de asunción. El primero, que es el más amplio, implica la obligación de controlar una fuente de riesgo para evitar que cause daño a terceros. El segundo, por su parte, se refiere a la obligación de neutralizar un peligro originado dentro del ámbito de responsabilidad y que ya ha alcanzado a un tercero y lo ha lesionado. Por último, el tercero surge cuando alguien acepta voluntariamente una responsabilidad que no tenía previamente, y genera en la víctima una expectativa de protección que impide que esta reciba ayuda de otra fuente.

Finalmente, como otro de los requisitos necesarios para configurar los delitos de omisión impropia, la CSJ enfatiza la necesidad de verificar una «correspondencia valorativa» entre la conducta omitida y la acción exigida. Ello en tanto solo aquellas acciones y/o omisiones que presenten características específicas (tal como lo establece el tipo penal) pueden ser consideradas relevantes a efectos de atribuir responsabilidad penal. Con esto, para la Suprema, la omisión impropia solo podrá ser punible si encuentra un correlato con un hacer positivo.

Es así como, sobre la base de los fundamentos previamente desarrollados, la CSJ verificó su concurrencia dentro del caso analizado. Para tal propósito, la Corte también recurrió a la jurisprudencia comparada del TSE, que ha sistematizado diversos requisitos adicionales a los ya mencionados. Entre ellos, destaca que, en relación con la posición de garante, no basta con la existencia de un vínculo jurídico entre el autor y la víctima, sino que además debe existir la capacidad y la posibilidad real de actuación por parte del sujeto obligado. Estos criterios adicionales fueron recogidos en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia y se analizaron individualmente para resolver el caso.

Así, en su fundamento jurídico octavo, en primer lugar, la CSJ constató la existencia del resultado típico, correspondiente a la violación sexual perpetrada en perjuicio de la menor identificada con las iniciales A. V. A. P. Hecho que, además, fue plenamente acreditado tanto en la primera como en la segunda instancia, sin que la parte recurrente

haya formulado objeciones sobre el respeto de las garantías procesales en la valoración probatoria. Seguidamente, se verificó la existencia de una obligación de actuar entre la encausada Ernestina Juana Porras Carhuamaca y la víctima de iniciales A. V. A. P., derivada de una relación maternofilial; así como su capacidad de ejercer las atribuciones y los deberes derivados de dicha relación, en la medida que la referida convivía junto a su menor hija y su pareja (el agresor sexual), y conocía los actos que cometía este último. Es así que incluso intentó que ambos conciliaran para evitar la denuncia de los hechos. Lo que, para la CSJ, en términos valorativos, equivalió a la «causación» de la propia violación. De lo cual concluyó que efectivamente se justificó la aplicación de la omisión impropia al caso materia de *litis*.

4.2. El caso resuelto en la Casación n.º 671-2023-Cajamarca

Otro de los pronunciamientos relevantes en esta materia fue el recaído en el Recurso de Casación n.º 671-2023-Cajamarca. En esta ejecutoria, al igual que en precedentes anteriores, se reafirmaron los alcances interpretativos de la omisión impropia; sin embargo, también se analizó su vinculación con el contenido del artículo 327 del CPP, el cual reconoce el derecho de los cónyuges a no denunciarse mutuamente.

La base fáctica del razonamiento, según se advierte de las sentencias de primera y segunda instancia, giró en torno a que quedó demostrado que la recurrente María del Pilar Canto Mercado, desde marzo de 2016 hasta agosto de 2017, tenía conocimiento de los actos de agresión sexual perpetrados por su pareja Llanos Mauricio contra su mayor hija de iniciales Y. J. A. C. De manera que, a pesar de tener la obligación jurídica de protegerla, no actuó para impedir dichos abusos. Incluso, se constató que, cuando el agresor llegaba al domicilio, la recurrente elevaba el volumen del televisor para evitar que su otra hija (hermana menor de la víctima) escuchara lo que ocurría. Asimismo, que le decía a la agraviada que «se portara bien» cada vez que el acusado venía a visitarlas.

En relación con los motivos de casación referidos a la correcta aplicación de la figura de la omisión impropia al caso concreto (vulneración de la garantía de motivación), la CSJ reafirmó su doctrina jurisprudencial previamente desarrollada, al evaluar la concurrencia de los

siguientes elementos esenciales: (i) la existencia de una posición de garante por parte de la acusada; (ii) su capacidad real para actuar en el contexto de los hechos; (iii) la verificación de un resultado lesivo —en este caso, la agresión sexual contra su hija—; y (iv) la posibilidad de evitar dicho resultado, considerando que conocía plenamente los hechos materia de imputación.

Respecto a la segunda causal, referida a la infracción de precepto material por inaplicarse lo dispuesto en el artículo 327 del CPP; la CSJ precisó que esta exoneración no puede ser utilizada para justificar la inacción en el caso *sub examine* debido a tres motivos. En primer lugar, debido a que la acusada y el agresor no tenían la condición de cónyuges, en tanto no mantenían una vida en común. En segundo lugar, que cuando se trata de proteger bienes jurídicos superiores, como la integridad sexual de una menor; el deber de garante —derivado de una relación materno filial— prevalece sobre la dispensa de denunciar al cónyuge. Y, en tercer lugar, que en todo caso el acto de omitir denunciar —al ser un garante de protección— equivale, en términos de imputación objetiva, a un acto de intervención delictiva.

En ese punto, coincidimos parcialmente con la argumentación expuesta por la Corte, pues más que un ejercicio de ponderación (derecho a la no autoincriminación versus interés superior del niño) o de verificar la condición de cónyuges de los coacusados, la irrelevancia del contenido del artículo 327 del CPP —para el caso *sub examine*— debe sustentarse en criterios de imputación objetiva. Razón que por sí sola hubiera sido suficiente para rechazar el argumento planteado por el recurrente, ya que una interpretación sistemática del artículo mencionado evidencia que su aplicación está prevista para supuestos en los que una persona tiene conocimiento de delitos cometidos por su cónyuge contra terceros y opta por no denunciarlos. Sin embargo, dicha exoneración no resultaría válida cuando la víctima del delito es una persona sobre la cual el cónyuge conocedor tiene deberes jurídicos de protección —como ocurre en el presente caso, tratándose de una menor de edad bajo su tutela—; ya que, en dicho supuesto, rige la institución de la omisión impropia y, por ende, se configura un acto con sentido delictivo.

5. CONCLUSIÓN

El presente trabajo ha buscado demostrar la viabilidad dogmática y jurisprudencial de imputar responsabilidad penal a padres, y especialmente a madres, por delitos de violación sexual cometidos en perjuicio de sus hijos menores, cuando tal resultado se produce como consecuencia de una omisión relevante. Para ello, se ha reivindicado una comprensión normativa de la omisión impropia basada en la figura del garante, superando la clásica distinción entre delitos de acción y omisión, e integrando ambas formas de conducta en un mismo marco de imputación funcional.

En primer lugar, se ha sostenido que la posición de garante paterno-materno filial no se agota en un vínculo biológico, sino que debe entenderse como una competencia institucional que impone deberes positivos de protección y cuidado derivados de la función socializadora primaria. Esta posición implica no solo la obligación de no lesionar, sino también la de generar condiciones reales para el desarrollo de la libertad del menor, constituyendo un verdadero «mundo en común» entre progenitor e hijo. En tal sentido, omitir actuar frente a un peligro que atenta contra bienes personalísimos del menor —como la libertad sexual— representa una infracción a deberes institucionales cuya omisión puede ser penalmente relevante.

En segundo lugar, se ha evidenciado que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú ha consolidado una línea interpretativa coherente con esta tesis. Los casos analizados (Casaciones n.º 725-2018-Junín y n.º 671-2023-Cajamarca) demuestran que los jueces han reconocido no solo la existencia de la posición de garante, sino también la correspondencia valorativa entre la omisión y el tipo penal de violación sexual, lo que permite imputar responsabilidad como autor directo al garante omisivo.

Finalmente, se concluye que el derecho penal, en su función de protección de las condiciones mínimas para el ejercicio de la libertad, debe considerar penalmente relevantes las omisiones de quienes ostentan una posición institucional de protección. En particular, cuando se trata de menores, el incumplimiento de los deberes de salvaguarda por parte de sus progenitores no solo representa una falla moral o social, sino una

infracción jurídica grave que puede y debe ser sancionada penalmente bajo la figura de la omisión impropia.

REFERENCIAS

- Benavente Chorres, H. (2005). *La imputación objetiva en la comisión por omisión* [Tesis de maestría]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Camere Figueroa, E. M. (2023). El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial: una revisión normativa. *Forseti. Revista de Derecho*, 12(18), 68-95.
- Falcone, A. (2024). *Competencia e imputación: un aporte para la superación de la teoría del injusto personal*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- García, P. (2019). *Derecho penal. Parte general*. Ideas.
- Jakobs, G. (1996). *La imputación penal de la acción y de la omisión*. Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (1997a). *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1997b). *Estudios de derecho penal*. Civitas.
- Jakobs, G. (2003). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Thomson-Civitas.
- Jakobs, G. (2012a). Imputación. Fundamentos y determinación de la conducta no permitida. En K. Ambos (dir.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania* (pp. 13-27). Temis.
- Jakobs, G. (2012b). *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Vittorio Klostermann.
- Jakobs, G. (2020). *Kritik des Vorsatzbegriffs*. Mohr Siebeck.
- Jakobs, G. (2022). Deberes negativos y positivos en el derecho penal. Reflexiones sobre el fundamento de la competencia jurídico-penal. *Revista de Derecho Penal. Delitos contra el orden público*, (2), 21-33.

- Kindhäuser, U., y Zimmermann, T. (2024). *Derecho penal parte general*. Tirant lo Blanch.
- Kubiciel, M. (2021). *La ciencia de la parte especial del derecho penal*. Editores del Sur.
- Lerman, M. (2013). *La omisión por comisión*. Abeledo Perrot.
- Lesch, H. (1995). *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Universidad Externado de Colombia.
- Muñoz, B. (2025). *La responsabilidad penal en la relación materno y paternofilial*. Atelier.
- Müssig, B. (2005). Aspectos teórico-jurídicos y sociológicos de la imputación objetiva en el derecho penal. En C. Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación* (pp. 225-250). Comares.
- Orozco López, H. D. (2021). La graduación de la intervención delictiva. Líneas generales del modelo tipológico de la influencia sobre el hecho [Tatprägung]. *InDret*, (2), 150-194.
- Pastor Muñoz, N. (2004). *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Marcial Pons.
- Pawlik, M. (2023). *El injusto del ciudadano: fundamentos de la teoría general del delito* (H. D. Orozco López, I. Coca Vila y M. D. Lerman, trads.). Universidad Externado de Colombia.
- Perdomo Torres, J. F. (2001). *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano*. Universidad Externado de Colombia.
- Perdomo Torres, J. F. (2008). *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*. Universidad Externado de Colombia.
- Perdomo Torres, J. F. (2009). *Estudios penales a partir de la libertad y solidaridad*. Universidad Externado de Colombia.
- Perdomo Torres, J. F. (2021). *El delito de sacrificio en el estado de necesidad justificante*. Tirant lo Blanch.

- Polaino-Orts, M. (2012). *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*. Ara Editores.
- Reyes Alvarado, Y. (2005). *Imputación objetiva*. Temis.
- Reyes Alvarado, Y. (2022a). Los delitos de propia mano. En *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* (pp. 353-361). Ediciones Universidad de Salamanca.
- Reyes Alvarado, Y. (2022b). El mito del resultado. *Revista Nuevo Foro Penal*, 18(99), 37-52.
- Robles Planas, R. (2012). Deberes negativos y positivos en derecho penal. *InDret*, (4), 1-21.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Marcial Pons.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2004). *El denominado «delito de propia mano». Respuesta a una situación jurisprudencial*. Dykinson.
- Silva Sánchez, J.-M. (2025). *Derecho penal. Parte general*. Civitas.
- Wagner, M. (2024). *Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB. Zugleich Vorarbeiten zu einer grundlegenden Rekonstruktion der Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. Mohr Siebeck.
- Weezel, A. van (2023). *Curso de Derecho Penal. Parte general*. Universidad Externado de Colombia.
- Zaczyk, R. (2010). *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Universidad Externado de Colombia.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Casación n.º 725-2018-Junín. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (31 de julio de 2019).
- Casación n.º 671-2023-Cajamarca. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (27 de noviembre de 2023).

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Elian Mauricio Camere Figueroa: concepción y diseño del trabajo; recogida y adquisición de datos; análisis e interpretación de los datos; redacción del manuscrito.

Luis Armendariz Ochoa: revisión crítica del contenido intelectual importante; interpretación de datos; aprobación final de la versión que se publicará.

Ambos autores han leído y aprobado la versión final.

Uso de herramientas de inteligencia artificial

Los autores declaran que no se utilizaron herramientas de inteligencia artificial en ninguna etapa de la elaboración del presente manuscrito.

Biografía de los autores

Elian Mauricio Camere Figueroa es maestrando por la Universidad de Sevilla en el Máster en Derecho Penal y Ciencias Criminales (2025/2026). Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Excoordinador general del Taller de Dogmática Penal (UNMSM). Miembro del Grupo de Estudio «Ius Poenale», organizado por el Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

Luis Armendariz Ochoa es profesor en la Universidad Científica del Sur. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha sido investigador visitante en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Bonn (Alemania). Máster por la Universidad de Castilla-La Mancha (España).

Correspondencia

larmendariz@cientifica.edu.pe