



Artículo original

Complicidad por omisión en el hecho punible de abuso sexual en niños **Complicity by omission in the punishable act of sexual abuse of children** **Ñeporomo'ã ha ñemokirirĩ mba'e apovai mitãnguéra jejapyhy rehegua**

*Yennifer Ivonne Marchuk Gaona
<https://orcid.org/0000-0001-9506-6026>
Ministerio Público. Itaguá, Paraguay

Resumen

En este trabajo se realiza un estudio de la complicidad por omisión del hecho punible de abuso sexual en niños, con el objeto de determinar si la modalidad delictiva es aplicable en el derecho penal paraguayo. En tal sentido, según lo establecido en el Código Penal la conducta humana penalmente relevante es de dos tipos –esencialmente– acción y omisión, a su vez la omisión tiene dos modalidades, propias e impropias. Para avanzar en el estudio, se ha realizado una descripción del hecho punible de abuso sexual en niños, para lo cual resulta importante comprender que este hecho se encuentra dentro de los denominados delitos de propia mano. Para la investigación se utilizó un enfoque cualitativo, con diseño no experimental. Responde a un estudio de tipo hermenéutico, en razón a que se realizó una revisión bibliográfica de los principales exponentes de la teoría de la omisión impropia, para luego elaborar un caso práctico basado respecto esta modalidad delictiva, conforme a la experiencia de la praxis fiscal, para elaborar la categoría de análisis de la omisión impropia en dicho hecho punible en grado de complicidad. Finalmente, se recurrió a la principal teoría de la problemática identificada, para luego interpretarla

Recibido: 28/08/22

Aprobado: 10/11/22

*Yennifer Ivonne Marchuk Gaona, agente fiscal penal de Itaguá. Email: ymarchuk@ministeriopublico.gov.py

Abogada egresada de la UNA. Doctoranda en Ciencias Penales por la Universidad Nacional de Asunción. Magister en Ciencias Penales por la Universidad Nacional de Asunción, tema de tesis “La Regulación de la Trata de personas en el Código Penal paraguayo”. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad Nacional de Asunción. Especialista en Didáctica de la Educación Superior por el Rectorado de la UNA.

ISSN 2415-5063 Versión impresa
<https://ojs.ministeriopublico.gov.py>

ISSN 2415-5071 Versión en línea
Contacto: dip.informaciones@ministeriopublico.gov.py



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0



a partir de un caso práctico y diseñar una teoría sustentada en la legislación nacional. Se concluye que sí es posible la comisión del hecho punible de abuso sexual en niños en grado de complicidad por omisión.

Palabras clave: abuso sexual en niños, omisión impropia, delito de mano propia, complicidad.

Abstract

This paper studies complicity by omission in the punishable act of sexual abuse of children, in order to determine whether this type of crime is applicable in Paraguayan criminal law. In this sense, according to the Criminal Code, the criminally relevant human behavior consists of two types -essentially- action and omission, and omission has two modalities, proper and improper. In order to advance in the study, a description of the punishable act of sexual abuse of children has been made, for which it is important to understand that this act is one of the so-called crimes committed at one's own hand. A qualitative approach with a non-experimental design was used for the research. A hermeneutic study was carried out by means of a bibliographic review of the main exponents of the theory of improper omission, to then elaborate a practical case based on this criminal modality, according to the experience of the fiscal praxis, to elaborate the category of analysis of the improper omission in this punishable act as accomplice. Finally, the main theory of the identified problem was used to interpret it from a practical case and to design a theory based on national legislation. It is concluded that it is possible to commit the punishable act of sexual abuse of children as accomplice, by omission.

Key words: child sexual abuse, improper omission, self-inflicted crime, complicity.

Ñemombyky

Ko tembiapópe ñehesa'ỹijo umi ñeporomo'ã ha ñemokirirĩ mba'e apovai mitãnguéra jejapyhy rehegua, ojekuaa porã haguã kóichagua tembiapo vaírepa ojeporukuaa pe derecho penal paraguayo. Upévore, jajesarekórõ ñande Código Penal-pe ojehaívare jajuhu pe tapicha rembiapovai ñepenalísáva ikatu mokõi hendáicha: ojejapóva ha ñemokirirĩva, pe ñemokirirĩva ikatu avei mokõi hendáicha: propia ha impropia, Ojekuaa pypukuve haguã, ñehesa'ỹijókuri umi tembiapovai mitãñ jejapyhy rehegua, upevarã iporã ojekuaa pe tembiapovai oikeha pe ñembohérava delito de propia mano-pe. Ojejapo haguã ko investigación ojeporúkuri enfoque cualitativo, diseño no experimental. Ohesa'ỹijopaite kuatiañe'ẽ ojehaiháicha, tipo hermenéutico, ojeporekapaite rupi oíva guive aranduka rehe karai aradukuéra ñe'ẽ oikuaa porãva ko omisión impropia rehegua, ha upéva ári ojejapo peteĩ káso oikova'ekue tembiapo vaite reheguáva, ojekuaápye fiscal-kuéra rembiapo tee, ojejuhu haguã umi categoría ñehesa'ỹijo haguã pe ñemokirirĩvapa impropia-hína pe tembiapo vaípe ha ojehachakuaápa oĩhague ñeporomo'ã. Ipahaitépe ñeñguahẽ pe teoría apyterépe omombe'úva ko mba'evai apo, ha upe rire ñeñe'ẽ hese umi káso kuéra áriguive ha ojehchauka peteĩ teoría ñemopy rendáva léikuéra ñane retãmegua rehe. Ha ñembyapu'ávo ikatu ja'e ha'eha tembiapo vai (hecho punible) umi oporomo'áva ha ñemokirirĩva.



Ñe'ẽ tee: mitãnguéra jejapyhy, omisión impropia, mba'evai ojejapóva pórupi, oporomo'áva.

Introducción

El trabajo de investigación realiza un análisis respecto a la complicidad por omisión en el hecho punible de abuso sexual en niños, conforme a lo previsto en el Código Penal Paraguayo, en adelante CP. Para ello se analiza el concepto de abuso sexual en niños, a partir de sus elementos objetivos y subjetivos que a su vez se pueden dar de manera activa u omisiva, caracterizando cada uno de sus presupuestos.

Por lo tanto, se explicará la calificación de conductas omisivas existentes conforme a la legislación penal, partiendo de la conceptualización de la omisión propia y luego a la omisión impropia, con el fin de describir cada uno de sus componentes, para que se de la configuración delictiva de manera omisiva y se pone énfasis en los elementos de la omisión impropia, como el deber de garante y la cláusula de equivalencia o correspondencia.

Posteriormente, mediante el análisis de la definición del hechos punible de propia mano, se ve la posibilidad de sancionar a una persona como autor en la comisión de un hecho punible de acción por omisión impropia.

Seguidamente, se determinará quienes tienen el deber legal de velar por la protección de los niños y adolescentes, de acuerdo al análisis realizado de la Constitución Nacional, en adelante CN, y el Código de la Niñez y la Adolescencia, en adelante CNyA, en concordancia con lo dispuesto en el Código Civil, en adelante CC. Finalmente, mediante un caso simulado se realiza un análisis jurídico en el que se describe una conducta de omisión impropia en calidad de complicidad, lo que ha permitido verificar que la construcción de la participación por omisión en el hecho punible de abuso sexual en niños y adolescentes es posible.

Complicidad por omisión en el hecho punible de abuso sexual en niños

Abuso sexual en niños. Concepto

Los hechos punibles cometidos contra niños y adolescentes se encuentran reguladas en el Capítulo VI, de los «Hechos punibles contra niños y adolescentes», del CP, bajo la protección del bien jurídico niños y adolescentes.

En ese entendimiento, el tipo penal de abuso sexual en niños requiere que una persona realice actos sexuales con un niño, entendiendo al acto sexual en los términos del art. 128 núm. 5 inc. 1 del CP: «Aquellos actos destinados a excitar o satisfacer los impulsos de la libido, siempre que respecto a los bienes jurídicos protegidos, el desarrollo sexual armónico de niños y adolescentes sean relevantes».

En tal sentido, en el abuso cometido contra niños se omite hablar de autonomía sexual, ya que un niño o niña aún no tiene la autodeterminación sexual, más bien se habla de desarrollo sexual armónico. Es por ello que, conforme a lo que establece el art. 135 a inc. 5 del CP: «Se entenderá por niño, a los efectos de este capítulo, la persona que no haya cumplido catorce años de edad».

Ahora bien, la mayoría de los hechos punibles tipificados en el CP pueden realizarse mediante una conducta activa y pasiva, es decir, mediante acción y omisión.

Por lo tanto, se realiza un análisis jurídico de la comisión de este hecho punible a través



de una conducta omisiva y que vulnere el desarrollo sexual armónico de niños y niñas.

Conducta. Tipos

La conducta realizada por el ser humano, –penalmente relevante– se clasifica en: acciones –conductas positivas– y omisiones –conductas negativas–. De manera que, la conducta activa, es aquella en la que: «Se intenta modificar la situación de hecho interviniendo...tiende a un resultado valorado negativamente por el derecho y por cuya razón está prohibida» (Stratenwerth, 2005, pág. 103). Dicho autor también sostiene que la omisión se verifica cuando: «Falta intervención modificatoria y, por cierto, posiblemente falte porque el acontecer ya por sí mismos desembocará en un resultado deseado...cuando está mandado actuar para impedir ese resultado» (2005, pág. 103).

Así por ejemplo, si Juan Pérez realiza actos de manoseo en las partes íntimas de una niña de 5 años, quien además es su hijastra, comete una conducta activa –de realizar actos sexuales como: tocar/manosear–, prohibida y sancionada por el ordenamiento jurídico penal, pues constituye una conducta activa que atenta contra niños o adolescentes cuya pena oscila entre los 10 a 15 años, conducta agravada por ser Juan Pérez, padrastro de la niña conforme al art. 135 a inc. 1 y 2 núm. 3. del CP.

Entonces, se puede afirmar que son hechos punibles de acción aquellos en los que la ley prohíbe la realización de una conducta que se estima nociva. Por otro lado, según Mir Puig (2016) son hechos punibles de omisión: «Aquellos en que se ordena actuar en determinado sentido que se reputa beneficioso y se castiga el no hacerlo» (pág. 233).

Omisión. Concepto

En la conducta omisiva la ley penal impone que el sujeto obligado actué de determinada forma, a fin de evitar el resultado de un tipo legal, así por ejemplo, en la omisión de auxilio el sujeto que no salva a otro de la muerte o de una lesión considerable, pudiendo hacerlo sin riesgo personal, comete el delito de omisión, siempre y cuando pudo intervenir en el hecho sin riesgo a su persona, estuviera presente en el suceso y se hubiera pedido su intervención en forma directa y personal (Congreso Nacional, 2015).

Igualmente, se encuentra una conducta omisiva en el tipo penal de abandono, cuando aquella persona que tiene bajo su guarda o cuidado a alguien, se ausenta y deja en situación de desamparo, y con ello pone en peligro la vida o integridad física del que debía o estaba obligado a proteger o amparar (Congreso Nacional, 2015).

En la conducta omisiva el omitente es penado por una omisión, es decir, en razón de que no ha ejecutado determinada acción. Dado que todos los presupuestos de la punibilidad deben referirse a la omisión de esa acción. En el delito de omisión, la acción no ejecutada– al igual que la ejecutada en el delito de comisión– tiene que estar caracterizada de modo exacto en la cuestión de subsunción (Frister, 2011).

Así, para Frister (2011) se tiene que para configurarse el delito omisivo en el primer hecho mencionado, debe mediar ciertos presupuestos como:

Posibilidad de actuar sin riesgo alguno para la persona del omitente (el omitente debe



estar en capacidad de actuar, es decir hacer lo que la ley ordena, salvar a otro de la muerte o una lesión considerable, sin riesgo alguno a su persona, sin embargo, no lo hace).

Así como en el caso de la acción, la ejecución del movimiento corporal tiene que depender de la voluntad, así también tiene que depender de ella, en la omisión, la no ejecución del movimiento corporal. Esto se suele formular diciendo que el autor tiene que haber tenido “la posibilidad física real” de ejecutar la respectiva acción de salvamento (pág. 432).

En tal sentido, se puede inferir que estar presente en el lugar del suceso o en el caso de que se le hubiera pedido su intervención de forma directa y personal, –además el omitente de la conducta activa ordenada en la ley, debe estar presente en el lugar del hecho o en el caso que de forma directa y personal se le hubiera pedido ayuda–.

Para una mejor ilustración: Una persona que presencia un accidente de tránsito en la cual una de las víctimas sufrió graves lesiones y necesita atención urgente, sin embargo, observa el suceso y se retira del lugar sin dar aviso a nadie de lo acontecido.

Este supuesto debe mediar para que se configure la omisión de auxilio en la primera alternativa, en cambio en la segunda alternativa se debe tomar como referencia el ejemplo anterior, si el accidente se produjo por el manejo imprudente del omitente, quien pudiendo ayudar a la víctima sin riesgo alguno, se retira del lugar sin prestar la ayuda requerida, lo que ocasionó lesiones considerables en la víctima.

Por lo tanto, deben darse ciertos elementos o presupuestos del hecho punible de omisión u omisión propia.

Seguidamente, se pasa a explicar la otra forma de omisión reglada en el ordenamiento jurídico –objeto de estudio del presente artículo– el cual es la omisión de evitar un resultado o la omisión impropia, reglada en el art. 15 del CP. Al respecto Stratenwerth (2005) sostiene: «El delito de omisión consiste en la inobservancia de un mandato de actuar. Por eso, desde un principio solo puede ser cometido por una persona que hubiera estado obligada a llevar a cabo la acción mandada» (pág. 381).

En los delitos de omisión propia los tipos penales se dividen según se afecte o lesione el deber de socorro o la omisión equivalga a una acción, así en la omisión de auxilio el omitente lesiona el deber de socorro o auxilio al no dar aviso a la policía o llamar a la ambulancia cuando encuentra una persona accidentada, que requiere de su ayuda.

Mientras que en el abandono, la acción de descuido o desamparo que realiza el omitente es equivalente a una conducta activa, el enfermero de un hogar de ancianos que no presta la atención necesaria a una abuelita muy enferma, a quien deja sola la mayor parte del tiempo, su conducta omisiva de descuido o desamparo que pone en peligro su vida es igualmente equiparable a una conducta activa.

Omisión Impropia. Concepto

En esa línea de razonamiento, el Diccionario panhispánico del español jurídico define a la omisión impropia de la siguiente manera:

Delito realmente comisivo que, mediante lo que en principio es omisión, o sea, incumplimiento de un deber normativo de actuación, infringe una norma prohibitiva de



determinada conducta lesiva de un modo equivalente a su realización en comisión activa. La omisión impropia o delito de omisión impropio se denomina por ello también comisión por omisión. Ello puede suceder ante todo en los tipos puros de resultado, que prohíben cualquier conducta que puede producir ese resultado, y no parece factible en los tipos de resultado, pero con modalidades limitadas de acción o ejecución si no incluyen la forma omisiva. Pero también, cabe omisión impropia en un delito de mera conducta que lesiona un bien jurídico si el tipo legal equipara expresamente la modalidad omisiva a la activa, como sucede, por ejemplo, en el allanamiento de morada, donde la ley equipara el allanamiento omisivo, no abandonar la morada ajena al ser requerido, al allanamiento activo de la entrada indebida en la morada ajena (2020).

La ley penal paraguaya prevé en su art. 15, la omisión de evitar un resultado o conocida –doctrinariamente– como omisión impropia, que castiga la conducta cuando el omitente impide evitar un resultado de un hecho punible de acción, siempre y cuando reúna en su persona los siguientes elementos: 1. Posición de garante y 2. Cláusula de equivalencia o correspondencia.

Respecto a los delitos de omisión impropia, Strantenwerth (2005), menciona:

La idea de que, partiendo del presupuesto de tal deber especial, también un delito de comisión podría ser realizado por omisión, se formula ya en el tránsito del siglo XVIII al XIX, explicada con el ejemplo didáctico habitual hasta hoy, entre otros, de los padres que dejan morir de inanición a su hijo. Pero nunca se produjo una regulación de mayor exactitud de las posibles causas-fuentes ni del alcance de los deberes de garantía. Recién en 1969 fue incluida en la ley al menos la fórmula de que el autor que omita evitar un resultado típico es punible, sólo cuando deba responder jurídicamente de que no se produzca el resultado y cuando la omisión equivalga a la realización del tipo legal por un hacer (pág. 383).

Entonces, se aplicará la sanción cuando por omisión se produzca un resultado previsto en el tipo legal de acción, siempre que:

1-Exista un mandato jurídico que obligue al omitente a impedir tal resultado –posición de garante–; y

2-Este mandato jurídico tenga la finalidad de proteger el bien jurídico amenazado de manera tan específica y, directa que la omisión resulte, generalmente tan grave como la producción activa del resultado –cláusula de equivalencia–.

Método

La investigación utilizó un enfoque cualitativo, con diseño no experimental. Para este efecto se realizó un estudio de tipo hermenéutico en razón a que, se hizo una revisión bibliográfica de los principales exponentes de la teoría de la omisión impropia para luego elaborar un caso práctico basado respecto al hecho punible de abuso sexual en niños, con base en la experiencia de la *praxis fiscal*, para finalmente construir la categoría de análisis de la omisión impropia, en el hecho punible de abuso sexual en niño en grado de complicidad.

Al respecto, la investigación hermenéutica tiene tres etapas y dos niveles. En cuanto a las etapas, se encuentra el conjunto de textos interpretados, conocidos como la interpretación de los



textos y la generación de la teoría. En lo que respecta a los niveles, se establece la identificación de un problema, así como la identificación de los textos relevantes (Red Educa, 2022).

Respecto a la técnica de recolección de datos, se utilizó el análisis documental, como instrumento fue utilizado la ficha de contenido. El alcance de la investigación es de tipo descriptivo, ya que describe las características del fenómeno estudiado, pero no realiza relación de variables.

Resultado

El trabajo de investigación relativo a la omisión en el hecho punible de abuso sexual en niños, puede cometerse a través de una complicidad por omisión, es decir, esta modalidad conductual, resulta penalmente relevante para el derecho penal paraguayo, pues dicho hecho es típico a la luz de la redacción actual del CP.

Elementos de la omisión impropia

Los deberes de garante

Según G. Stratenwerth (2005) la posición de garante debe ser analizada de acuerdo a su causa-fuente: La ley, el contrato, la acción precedente generadora de un riesgo y las relaciones de comunidad especiales y el ámbito de dominio.

También, de acuerdo a su contenido: Las dirigidas a la protección de determinados bienes jurídicos o intereses frente a todos los peligros que los amenacen –garantes de protección–, y aquellas en las que se trata de evitar todas las amenazas que provengan de una fuente de peligro determinada –garantes de control o aseguramiento–.

Posición de garante conforme a su Causa-fuente

La ley. El deber de actuar o de proteger determinado bien jurídico a fin de evitar la producción del resultado de un delito de acción, debe provenir de la ley y a esto debe sumarse según Stratenwerth (2005) la relación existente entre la ley, el obligado y el bien o interés a proteger o entre el obligado y la fuente de peligro.

Por citar un ejemplo se presente un caso: Ana, quien estaba conduciendo su vehículo, cuando en un momento dado es perseguida por desconocidos quienes empiezan a disparar a su vehículo poniendo en peligro su vida.

Con el fin de obtener ayuda, Ana, pasa frente a un control policial haciendo sonar la alarma y gritando por ayuda, sin embargo, el policía que estaba en el lugar no la ayuda, por lo que finalmente es alcanzada por los desconocidos, quienes la despojan de sus pertenencias y de su vehículo.

Se observa que el funcionario policial, tiene el deber legal y constitucional de garante –proteger la seguridad de las personas y sus bienes–, pero omitió impedir el resultado de un tipo legal de acción –no evitó la sustracción de las pertenencias de Ana–, con la obligación específica y directa de proteger la seguridad personal y de los bienes de la víctima, por lo que esa omisión resulta tan grave como la producción activa del resultado.

Por tanto, el obligado siempre tiene que ser responsable, en una medida incrementada del bien jurídico amenazado, o bien de la persona o cosa de la que parte el peligro, para que al deber legal de actuar le corresponda el rango de un deber de garante (Stratenwerth,



2005, pág. 386).

Contrato. Otra de las fuentes del deber de garante es el contrato, en virtud del cual sólo si al obligado le corresponde una posición de confianza –con especiales deberes de custodia, cuidado o supervisión– importa deber de garante; también, esto clarifica la analogía con los casos de equiparación regulados legalmente. Continúa diciendo Stratenwerth (2005), sólo en caso de que exista un vínculo especialmente intenso entre las partes contratantes –de larga duración o que se basa en una confianza incrementada– las obligaciones accesorias pueden convertirse excepcionalmente en deberes de garante.

En ese entendimiento, el deber de garante se genera a partir de la asunción fáctica de la posición de confianza, por el hecho de que a partir de ese momento otros, el amenazado o quien, si no, sería responsable, cuentan con la persona obligada. Por ejemplo, el caso de los guardaespaldas o de los guías de una aventura extrema, que tienen la obligación contractual de velar por la seguridad de una persona.

Actuar precedente

Se da cuando una conducta que genera un peligro puede obligar, dentro de ciertos límites, a conjugar el peligro creado por el mismo sujeto, el actuar precedente fundamenta responsabilidad solamente para aquellos peligros que estén vinculados a él de modo previsible.

Considerando que la responsabilidad está fundamentada por la conducta previa, ella sólo puede extenderse a aquellas consecuencias que, al ser conocibles *ex ante*, también tendrían que haber sido tenidas en cuenta de antemano. Menciona como ejemplos Stratenwerth (2005); quien está a punto de talar un árbol, sin duda tiene que avisarles a las personas en peligro si el árbol comienza a caer antes de lo esperado; quien enciende un fuego tiene que tener en cuenta, los peligros que derivan de éste mismo.

Otras causas-fuentes del deber de garante. Aunque muy discutidas son: los deberes legales de vigilancia o cuidado frecuente el cual se basa principalmente en el grado de vinculación personal existente entre los afectados, grado de dependencia entre los intervinientes, el peso de los bienes jurídicos amenazados, etc.

Por otro lado, se menciona como otra causa fuente, la comunidad de peligros asumida voluntariamente, que obliga a los intervinientes en condición de garantes, a prestarse auxilio mutuo y cita como ejemplo Stratenwerth (2005), el caso de ascenso de una montaña o una expedición, confiando en la asistencia del guía, se expongan a peligros que de otro modo no hubieran asumido.

Cláusula de equivalencia

Ahora bien, respecto al segundo elemento de la omisión impropia se tiene que la ley no sólo requiere que el autor haya omitido impedir el resultado típico, sino también que la omisión equivalga a la realización del tipo legal por un actuar, configurándose de ese modo la omisión del sujeto igual o equivalente a la acción misma.



La omisión impropia en los hechos punibles de propia mano

Para establecer la posibilidad de sancionar a una persona como autor en la comisión de un hecho punible de acción omisión impropia, en los hechos punibles de propia mano, resulta importante determinar en qué consisten estos tipos de hechos.

Es así que Roxin (2016): «En los delitos de propia mano, según su definición, solo fundamenta la autoría llevar a cabo personalmente la acción típica» (pág. 386). Bajo esa premisa, el hecho punible de abuso sexual en niños es considerado de propia mano, es decir el autor debe llevar a cabo la acción de forma física directa y personal en la persona del niño, pues no admite otra forma de autoría que no sea de la forma mencionada.

En consecuencia, al determinarse que el abuso sexual en niños es un delito de propia mano, resulta improbable la comisión de este hecho punible de acción por omisión impropia en calidad de autor, desde el momento que para ser considerado autor, el sujeto debe ejercer la conducta de abuso de forma física directa y personal en la persona del niño, por lo que necesariamente la conducta del autor debe ser activa.

Por lo tanto, es importante establecer si puede configurarse una participación en la comisión del abuso sexual en niños por omisión, en una forma distinta a la autoría, por ejemplo: Una complicidad por omisión impropia.

En los hechos punibles de acción cometidos por omisión, el que omite termina siendo autor por el deber que tenía de evitar el resultado (Roxin, 2016), de allí surge la interrogante si puede concebirse una participación por omisión.

Sobre esta pregunta, Roxin (2016) considera categóricamente que la participación por omisión es posible, afirmando que:

La participación es una cooperación fuera del dominio del hecho determinante para el tipo en cuestión. Así pues, se representa la participación por omisión, allí donde una inactividad con arreglo a patrones jurídicos, aparece como cooperación en un delito, sin reunir los requisitos de autoría (pág. 457).

Entonces, con lo dicho hasta aquí, no se puede ser autor por omisión de un hecho punible de abuso sexual en niños, por tratarse de un delito de propia mano, pero si se puede ser cómplice del hecho, cuando una persona que tenga posición de garante en relación a la víctima, no actúe para evitar el resultado del abuso, constituye mediante la cláusula de equivalencia, una cooperación o ayuda en la comisión del hecho, una participación en el hecho comisivo por omisión, al tratarse de un hecho punible que exige la comisión de propia mano, es decir, una actividad corporal del autor.

Por tanto, la omisión del obligado en evitar la acción del autor del abuso resulta una verdadera ayuda para la verificación del resultado.

Posición de Garante en relación a los menores niños y adolescentes

Según lo dispuesto en el art. 54 de la CN, el deber de protección de los niños y adolescentes, recae en la familia, la sociedad y el Estado. En ese orden, quienes tienen la obligación de garantizar el desarrollo armónico e integral de los niños y adolescentes, el ejercicio pleno de sus derechos, protegerlos contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación.

Además, agrega la ley máxima del Estado paraguayo, que cualquier persona puede



reclamar a la autoridad competente el cumplimiento de estos derechos y solicitar la sanción de los que violen derechos y garantías de los menores.

De lo antes dicho se desprende, que el deber de garante respecto a los menores, lo tienen en primer lugar: La familia, la sociedad y el Estado, por lo que se puede concluir que existe un mandato de rango constitucional que obliga a estos tres estamentos a impedir un resultado de un hecho punible de acción, siendo la causa fuente del deber de garante la ley.

Por su parte, el Código de la Niñez y la Adolescencia en el art. 4, es mucho más específico al desarrollar sobre la responsabilidad subsidiaria, en tal sentido el referido artículo establece:

Los padres biológicos y adoptivos, o quienes tengan niños o adolescentes bajo su guarda o custodia, y las demás personas mencionadas en el art. 258 del Código Civil, tienen la obligación de garantizar al niño o adolescente su desarrollo armónico e integral, y a protegerlo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso y la explotación. Cuando esta obligación no fuere cumplida, el Estado está obligado a cumplirla subsidiariamente.

Cualquier persona puede requerir a la autoridad competente que exija a los obligados principales y al Estado el cumplimiento de sus obligaciones.

Las personas mencionadas en el art. 258 del CC son: Los cónyuges, los hermanos, los abuelos y en defecto los ascendientes más próximos, los suegros, yerno, nueras.

Igualmente, la ley tuitiva del ámbito de la niñez y adolescencia al referirse a que el Estado, tiene el deber de velar por los menores de forma subsidiaria, cuando aquellas obligaciones no fueran cumplidas por los primeros obligados, al considerar que la disposición fue redactada en consonancia con lo dispuesto por la carta magna.

Así se tiene, que el deber de garante respecto a los menores está bien definido en la ley, –Constitución Nacional, Código de la Niñez y la Adolescencia y el Código Civil– cumpliendo de ese modo con el primer presupuesto de la omisión impropia que impone la exigencia de un mandato jurídico que obligue al omitente impedir un resultado.

Análisis de caso práctico de participación en la comisión de abuso sexual en niños por omisión impropia

Relato de hechos

T. B. abuela materna de M. B. amenazó a esta con agredirle físicamente si le contaba a su madre lo que le hacía su pareja –G. A.– quien le sacó la ropa, la besó en la boca, manoseo el cuerpo y sus partes íntimas.

Asimismo, la abuela T. B., dijo a su otra nieta C. B. –víctima de abusos desde los 3 años aproximadamente, hasta los 13 años de edad– que si M. B. le pedía ayuda por lo que le hacía su –abuelastro G. A.– debía decirle a ella que el era parte de la familia y que debía tolerar lo que le hace, además de hacer lo que le pedía.

Ahora bien, las niñas M. B. y C. B. manifestaron ante la psicóloga del Ministerio Público e igualmente ante la psicóloga encargada de la entrevista mediante el acto de cámara gesell, que su abuela T. B. tenía conocimiento de los actos de abusos a los que eran sometidas y que no hacía nada



para defenderlas, peor aún, las amenazaba que si contaban algo a su madre, ejercería violencia física contra ella, de hecho, efectivamente las maltrataba físicamente.

Por su parte M. B. manifestó que su abuela veía cuando el acusado G. A. entraba en el baño con ellas y que estos actos de abuso sucedía varias veces, es decir de forma sistemática.

Las manifestaciones dichas –actos de abuso– ocurrieron en la casa de la abuela T. B. cuando las menores se quedaban bajo cuidado de la abuela T. B..

Análisis jurídico del caso

Conforme al relato fáctico descrito, el autor inmediato del hecho punible de abuso sexual en niños es el abuelastro G. A. en razón a que tenía el dominio del hecho.

En tal sentido, fue quien realizó tales actos mediante acción directa, personal y corporal sobre las víctimas, sin embargo, en el marco de este artículo es imprescindible el análisis jurídico respecto a la conducta penalmente relevante realizada por parte de la abuela, quien con su actuar omisivo contribuyó a la perpetración sistemática del abuso sexual de niños en contra de sus nietas, desde el momento que tuvo el deber de evitar la consumación de estos hechos de los cuales tomaba pleno conocimiento.

Así, se tiene que la **susbsunción de la conducta de la abuela T. B.:**

Luego de analizar la teoría fáctica, se considera que la conducta de T. B., se adecua al tipo penal de abuso sexual en niños, previsto en el art. 135 a inc. 1° y 2 núm. 3 del CP, modificado por la Ley n.° 6.002/17, en concordancia con el art. 15 y 31 del CP, en calidad de cómplice por omisión; y violación del deber de cuidado o educación, dispuesto en el art. 226 inc. 1 del CP, como autora, según el art. 29 inc. 1° del referido cuerpo normativo.

La inferencia antes dicha, es que no puede ser calificada como autora del hecho de abuso sexual en niños, desde el momento que se trata de un hecho punible de propia mano, pero sí se puede encuadrar su conducta como cómplice en los términos legales mencionados.

Tipicidad objetiva y subjetiva del abuso sexual en niños por omisión

Ausencia de una acción con tendencia al cumplimiento del mandato

La abuela T. B. al enterarse de todos los abusos a los que estaban siendo sometidas sus nietas, no hizo nada para defenderlas y de esa manera evitar el resultado, por lo que se puede afirmar que no protegió el desarrollo sexual armónico, en razón de no evitó la afectación del bien jurídico protegido y la integridad de las menores cuyo derecho es prioritario, en consecuencia incumplió un mandato establecido en la ley.

Capacidad de realizar la acción ausente

La abuela T. B. se representó como segura la situación típica, ya que al no acudir a la policía u otra institución encargada, a fin de denunciar los abusos a los que eran sometidas sus nietas, no defenderlas de su pareja G. A. y evitar la afectación al desarrollo sexual armónico de las menores; e incluso se mantuvo callada.

Además, amenazó con agredirlas físicamente, si comentaban lo que les hacía el señor G. A. y, de esta manera colaboraba con la conducta omisiva, para que su pareja siga sometiéndolas sexualmente, teniendo la obligación de cuidar y protegerlas de acuerdo a la posición de garante,



que surge de las disposiciones legales y constitucionales mencionadas.

En esa línea de razonamiento, la abuela T. B. se representó como seguro su deber de garante, para cumplir con el mandato legal de evitar el resultado. En este caso sabía que debía proteger a sus nietas de cualquier tipo de abuso, dar aviso a la autoridad competente inmediatamente al momento de tomar conocimiento del hecho.

Además, sus propias nietas le solicitaban ayuda, y de esta manera se representó la obligación de proteger. Sin embargo, omitió defenderlas cuando era seguro que la conducta realizada por G.A. causaría un daño a en desarrollo físico y psicológico, en atención que las víctimas eran menores, por lo que se encuentran en pleno desarrollo, lo que hace su conducta omisiva antijurídica anterior –no defender a sus nietas y haberlas amenazado con pegarlas si contaban algo de lo que le hacía su pareja–. Esta circunstancia, sitúa a la abuela en plena condición de realizar la acción ausente.

A su vez, tenía la capacidad física y el tiempo suficiente para realizar el mandato de proteger y defender a las menores, tomar las medidas necesarias a fin de, evitar el resultado ya que, la conducta del autor se desarrolló por un tiempo prolongado, con pleno conocimiento de la abuela pero, a pesar de estos conocimientos decidió no actuar.

Por lo tanto, existe un nexo de responsabilidad pues, el resultado acaecido –afectación al desarrollo sexual armónico de niños y adolescentes– como consecuencia de la conducta omisiva y debida por mandato jurídico –Constitución Nacional, Código de la Niñez y la Adolescencia– de la acusada T. B..

Esto se configura al no tomar todas las medidas necesarias para defender y proteger a sus nietas tal y como lo exige el mandato jurídico que dispone el art. 54 de la CN y el CNYA, los cuales disponen que la familia, la sociedad y el Estado tiene la obligación de garantizar al niño su desarrollo sexual armónico e integral.

Así como el ejercicio pleno de su derecho, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, etc. cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores, acciones que la abuela no realizó omitiendo así cumplir con el mandato jurídico en el presente caso. Por lo que se puede concluir que estamos ante una conducta omisiva dolosa del hecho punible

Antijurídica

Contesta a la pregunta si la abuela ha dejado de obrar amparada por alguna causa de justificación prevista en el ordenamiento positivo nacional; es decir, si ella contaba con un permiso legal para no actuar conforme al mandato legal. En tal sentido, no existen circunstancias fácticas que ameriten el estudio de una causa de justificación, como lo son la legítima defensa o el estado necesidad justificante, por lo que además de ser típica, la conducta de T. B. es antijurídica.

Reprochable

Además, la abuela no padece de alteraciones mentales que permita inferir desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta y de determinarse conforme a dicho conocimiento, es decir, no se verifica situaciones previstas en los arts. 22 y 23 del C. P. que excluya la reprochabilidad de T. B..



Punible

A consecuencia de todo lo dicho, la conducta llevada a cabo por la abuela es pasible de pena, conforme a lo establecido en el art. 135 a inc. 1 y 2, núm. 3 del CP modificado por la Ley n.º 6.002/17, en calidad de cómplice por omisión, conforme con el arts. 15 y 31 de dicho cuerpo normativo, con una expectativa de pena privativa de libertad de hasta 15 años.

Por otra parte, es importante mencionar que la conducta desplegada por la abuela se subsume en lo dispuesto en la violación deber de cuidado respecto a sus nietas, pero en calidad de autora, análisis que no es objeto del presente artículo.

Conclusión

Del análisis realizado mediante la presente investigación se puede afirmar que para subsumir la conducta al hecho punible de abuso sexual en niños, se debe dar la calidad de autor, es decir se debe tener el dominio de la acción, por tratarse de un delito de propia mano.

Sin embargo, a fin de que ciertas conductas no quede impune en especial aquellas en las que se vulneran el desarrollo sexual armónico de los menores, se debe considerar, además, de la conducta atribuible al autor, los casos en las que existe algún tipo de colaboración o participación de aquella persona que sin ser autor del hecho posee un deber legal de proteger a la víctima.

Es decir, cuando una persona que tenga la posición de garante en relación a la víctima y no actué para evitar el resultado del abuso, constituye la conducta, mediante la cláusula de equivalencia, una cooperación o ayuda en la comisión del hecho, una participación en el hecho comisivo por omisión, al tratarse de un hecho punible que exige la comisión de propia mano, es decir, una actividad corporal del autor. Es así que la omisión del obligado en evitar la acción del autor del abuso resulta una verdadera ayuda para la verificación del resultado.

Por lo que mediante este trabajo se determina que la ley penal paraguaya, conforme lo reglado en el art. 15 del CP permite también el castigo del sujeto que tenga la posición de garante, en la calidad de cómplice del hecho.

Referencias

Convención Americana de D.D.H.H. 1989

Cafferata Nores, J. I., Montero, J., Vélez, V. M., Ferrer, C. F., Novillo Corvalán, M., Balcarce, F., . . . Arocena, G. A. (2003). *Manual de Derecho Procesal Penal* (Segunda ed.). (E. Oviedo, Ed.) Córdoba, Argentina: Intellectus.

Congreso Nacional (29 de Junio de 2015). Ley n.º 1.160/1997. Código Penal paraguayo. Asunción, Paraguay: Biblioteca y Archivo Central del Congreso de la Nación.

Código Procesal Penal paraguayo. Ley n.º 1286/1998.

Constitución Nacional de la República del Paraguay (1992).



Código de la Niñez y de la Adolescencia. Ley n.º 1680/2001. Asunción, Paraguay.

Código Civil paraguayo. Ley n.º 1183/85.

Diccionario panhispánico del español jurídico. (2020). Recuperado el 4 de junio de 2022, de <https://dpej.rae.es/lema/omisi%C3%B3n-impropia> el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, I. N. (s.f.).

Frister, H. (2011). *Derecho Penal Parte General* (Primera ed.). Buenos Aires: Hammurabi S. R. L. Ley 1.500/99, que reglamenta la garantía constitucional del Habeas Corpus. (s.f.).

Ley n.º 6.002, que modifica el art. 135 de la Ley n.º 1.160/97 “Código Penal paraguayo”, modificado por el art. 1º de la Ley n.º 3.440/08, “que modifica varias disposiciones de la Ley n.º 1.160/97

Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Reppertor.

Red Educa. (4 de Noviembre de 2022). redsocial. rededuca.net. Obtenido de redsocial. rededuca.net: <https://redsocal.rededuca.net/>

Roxin, C. (2016). *Autoría y Dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.

Stratenwerth, G. (2005). *Derecho Penal. Parte General I El hecho Punible*. Navarra, España: Aranzadi.