



El delito de omisión a la asistencia familiar y su posibilidad de cumplimiento en el proceso penal

The crime of omission of family assistance and its possibility of compliance in the criminal process

Galileo Galilei Mendoza Calderón¹*

¹ Universidad Nacional de Barranca, Barranca, Perú

RESUMEN

Con finalidad de dotar mayores armas al Ministerio Público en su momento se emitió el Decreto Legislativo N° 1194, el mismo que regula el proceso inmediato, esto lógicamente para casos de flagrancia delictiva, estableciéndose como obligatoria la utilización de la misma para los delitos de omisión a la asistencia familiar y conducción en estado de ebriedad, ahora bien, a la fecha estos juzgados se han convertido en juzgados de mero trámite en los procesos de “alimentos”, ya que en su gran mayoría solo se incoa el mismo sin la verificación de los presupuestos objetivos y subjetivos del delito; sin embargo se ha podido notar un problema esto es que no se determina la real capacidad económica del procesado, que debió ser establecida en la vía extrapenal, al momento de señalarse el monto de la pensión alimenticia, cuando debió establecerse objetivamente su real capacidad de cumplimiento a través de una actividad probatoria (juicio probatorio), lo cual sin duda puede llevarlo a eximirlo de responsabilidad penal cuando no se cumpla o acredite la concurrencia de los elementos de tipo penal, por el cual se le procesa en este caso por el delito de omisión a la asistencia familiar.

Palabras clave: delito, omisión a la asistencia familiar, posibilidad, prueba, certeza; verdad judicial, cumplimiento en el proceso penal.

ABSTRACT

In order to provide the Public Ministry with greater weapons, Legislative Decree No. 1194 was issued at the time, which regulates the immediate process, logically for cases of flagrante delicto, establishing its use as mandatory for omission of family assistance crimes. and driving while intoxicated, however, to date these courts have become mere procedural courts in “maintenance” processes, since in the vast majority they are only initiated without verification of the objective budgets and subjective of the crime; However, a problem has been noted, which is that the real economic capacity of the accused is not determined, which should have been established through extra-penal means, at the time of indicating the amount of alimony, when his real capacity to comply should have been objectively established. through an evidentiary activity (evidence trial), which can undoubtedly lead him to be exempt from criminal liability when the concurrence of the criminal elements is not met or proven, for which he is prosecuted in this case for the crime of omission of family assistance.

Keywords: crime, omission of family assistance, possibility, proof, certainty; judicial truth, compliance in the criminal process.

Cómo citar / Citation: Mendoza, G. G. (2023). El delito de omisión a la asistencia familiar y su posibilidad de cumplimiento en el proceso penal. QuantUNAB, 2(1), exx. <https://doi.org/10.52807/qunab.v2i1.xx>

1. INTRODUCCIÓN

Una de las políticas de la lucha contra la criminalidad fue la emisión en su momento del Decreto Legislativo N° 1194, el mismo que regula el proceso inmediato, esto lógicamente para casos de flagrancia delictiva, estableciéndose como obligatoria la utilización de esta herramienta judicial para los delitos de omisión a la asistencia familiar y conducción en estado de ebriedad, sin embargo esto no dio el resultado deseado por el legislador, y esto porque a la fecha *i)* estos juzgados se han convertido en juzgados de mero trámite en los procesos de “alimentos”, ya que en su gran mayoría solo se incoa el mismo sin la verificación de los presupuestos objetivos y subjetivos del delito; y *ii)* en cualquier procedimiento cuando una persona es sometida al ius puniendi estatal, para lograr su condena ya sea está a nivel de la justicia civil (proceso civil), o en la justicia penal (proceso penal), este proceso debe estar revestido de una actividad probatoria desplegada y aportada por las partes (de acuerdo al procedimiento que se instaure), y esto sobre todo en la penal, en donde se buscara una condena con el imputado por el no cumplimiento de la obligación alimentaria, es por ello para lograr en condena, la actividad probatoria debe ser recabada por prueba directa o por prueba indiciaria, la cual lograra buscar un juicio de certeza (en el juzgador), y como consecuencia de ello arribar a la verdad judicial, con la expedición de la sentencia, por parte del juez.

Ahora esta situación se ve doblemente reforzada en la instancia penal, ya que hay obligación legal por parte del ente persecutor del delito de llegar a demostrar la responsabilidad de una persona sometida a la persecución penal, mejor dicho:

Poder comprobar la proposición fáctica, que será objeto de prueba en el proceso a fin de condenar a un imputado, lógicamente que esta verdad judicial o legal desplegada en el juicio oral deberá de enervar la presunción de inocencia o el principio del in dubio pro reo (la duda favorece al reo), o en todo caso establecer responsabilidad penal, para lo cual en ambos casos, el fallo absolutorio o condenatorio deberá explicar los motivos o razones por el que funda la decisión judicial de una u otra manera; y no tener falsas condenas o falsas absoluciones sobre todo en este tipo de delito (Mendoza, 2022, p 01).

Si bien es cierto nuestra norma adjetiva concibe que la acción de probar (quien alega e imputada un delito), carga probatoria recae en el Ministerio Público (esta atribución es reconocida por ley), sin embargo también la ley procesal confiere a los sujetos procesales (básicamente al imputado), a fin de que este pueda también petitionar al ministerio público, la actuación de ciertas diligencias (que puedan rebatir la imputación fiscal), conforme a lo establecido en el artículo 337 inciso 4, del código procesal penal que estipula: “durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al Fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El Fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes” (Código Procesal Penal, 2020, p.214), y si estas no son de recibo o aceptadas por el persecutor del delito, el afectado (no olvidemos que cualquier sujeto procesal está legitimado para solicitar actuación probatoria), recurrirá al juez de garantías a fin de solicitar una audiencia de garantía o un pronunciamiento judicial, conforme se infiere a lo señalado en el artículo 337 inciso 5 de la norma adjetiva señalada supra.

En este contexto, todo proceso penal (en este caso el delito de omisión a la asistencia familiar), está protegido de garantías como el debido proceso en su vertiente del derecho a la defensa del procesado: i) defensa material (autodefenderse, poder rebatir el cuestionamiento fiscal), y ii) defensa formal (contar con el abogado de su libre elección, o con un defensor de público); con el fin de rechazar o aceptar la imputación del persecutor del delito.

No olvidemos que el nacimiento de un proceso de incumplimiento alimentario se gesta ante la renuencia a no cumplir con un mandato judicial, esto es una sentencia civil (sentencia de alimentos tramitada ante el juzgado de paz pertinente), por ello que es mas que importante poder llevar el proceso ex ante (vía civil) y ex post (en la vía penal), con las garantías del caso, teniendo en cuenta que “desde mayo del 2020, gracias a la crisis sanitaria declarada por la COVID 19, la mayoría de las interacciones sufrieron cambios (...)” (Moyano et al., 2022, p. 02). Ello porque en muchos casos no se notificaba bien, no se sabía el paradero del imputado, etc; y esto puede traer como consecuencia como ya se dijo supra sino se respeta el debido proceso, la vejación del derecho a la defensa del procesado, y la consecuencia jurídica será declarar nulo el procedimiento.

Dentro de este orden de ideas, el objetivo de la presente investigación es que para determinar responsabilidad penal en el delito de incumplimiento alimentario como elemento subjetivo, que prevé el ilícito penal sea cometido con dolo directo, esto es conciencia y voluntad de no querer cumplir con su deber y/o obligación alimentaria para el afectado (agraviado), sin embargo no solo basta el no querer cumplir la pensión alimenticia, sino la posibilidad real y cierta del recurrente (imputado), de acatar el mandato judicial, para con su hijo (agraviado), situación que estaría siendo advertida por la Suprema Corte, en algunos pronunciamientos que se analizaran y verán en el presente caso, y que es la razón de la presente investigación.

2. EL DEBER DE PROBAR EN EL PROCESO PENAL

En el proceso de incumplimiento de obligación alimenticia, algunos dirían que no habría mucho que demostrar o probar, ya que no olvidemos que los principales recaudos, son remitidos por el juzgado de paz letrado (o donde se tramita la causa que genere la pensión alimenticia), al despacho fiscal pertinente, el mismo que contendría las principales piezas procesales tramitadas ante el juzgado civil; donde se tiene por acreditado no solo i) la relación paterno filial del imputado con el agraviado (que genera la obligación), y ii) su deber alimenticio con el mismo, ordenado a través de una sentencia judicial.

Dentro de este marco, si bien es cierto se podría decir que sería innecesaria e inocua la recolección o actuación probatoria (en el proceso penal), puesto que ya no se podría hacer nada, ni aportar mayor prueba para así poder obtener una sanción penal, sin embargo, ello sería una falacia, ya que no hay que dejar de lado lo que señala el artículo IV inciso 1 del título preliminar del nuevo código procesal penal; “el Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba(...)” (Código Procesal Penal, 2020, p.33).

En ese sentido, para que la fiscalía tenga un juicio exitoso, y así lograr una sentencia favorable debe de todas maneras en este proceso, probar la responsabilidad del imputado. “Esto quiere decir para que la investigación criminal para ser eficiente, necesitara adecuar sus diligencias a los principios de celeridad y de oportunidad” (Peña, 2011 p. 625). Sin duda esta máxima operará en ciertos eventos criminales donde se necesite recabar y/o actuar actos de investigación urgentes con el fin de no echar a perder la prueba (a priori), pero no para el delito de omisión a la asistencia familiar, mediante la cual solo se deberá demostrar la acción dolosa del obligado ante el no cumplimiento de su obligación alimenticia para con su prole.

En relación a la problemática advertida la Corte Suprema, mediante la sentencia recaída en la Queja NCPP N° 879-2021, Ancash, de fecha 15 de marzo del 2021, estableció sobre el cuestionamiento de la capacidad económica del encausado (los considerandos:2.5, 2.6, 2.7 y 2.8):

2.5. Por lo demás, cabe subrayar que el ilícito penal de incumplimiento de obligación alimentaria es un delito especial propio y se configura cuando el agente, de forma dolosa, omite cumplir con su obligación de prestar alimentos fijada, previamente, mediante una resolución judicial firme emitida en la vía civil. Su consumación radica en el incumplimiento doloso de lo ordenado mediante una sentencia con carácter de cosa juzgada que fijó la prestación de alimentos. (Sala Penal Permanente, 2022, p.03).

En habidas cuentas para la suprema corte no se podría cuestionar la capacidad patrimonial (económica), del imputado, para poder determinar su “responsabilidad en la comisión del ilícito no constituye una causa que determine su atipicidad o que conlleve eximirlo de culpabilidad, tanto más si tal aspecto fue valorado por el juez de paz al momento de fijar una pensión alimenticia”, (Sala Penal Permanente Queja NCPP, 2022, p.03). Esta situación es disímil con otros pronunciamientos que recientemente en este año la suprema corte ha emitido, como nuevos criterios nomofilácticos, y que sirven de alcance doctrinario y jurisprudencial para todos los operadores de justicia en especial para jueces penales de la república, ya que son emitidos por el máximo interprete en justicia ordinaria.

3. OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

Muchas voces hay para poder despenalizar este ilícito penal, y/o en todo caso darle facultades coercitivas a la justicia de paz – familia-, esto con el objetivo de que el *ius puniendi* del estado sea utilizado como ultima ratio, sin embargo, esto no ha calado en la realidad, ya que por su mayoría, casi todo proceso tramitado ante la justicia civil (proceso de alimentos), va a tener como consecuencia que se convierta (en un procedimiento penal), y sea derivado a la justicia penal, es por ello que este sería una de las razones más para evitar despenalizar este ilícito, ya que se avizora (en el demandado y ahora convertido en imputado), la falta de interés, y el compromiso en no querer asumir su obligación, pese al mandamiento judicial; no olvidemos que la constitución política del estado, en cuanto a la aplicación de los “Derechos fundamentales de la persona, en su artículo 2, señala: Toda persona tiene derecho, inciso 24 literal c. No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por

incumplimiento de deberes alimentarios”, (Sistema Peruano de Información Jurídica, 2023, pág. 04).

Esto quiere decir, que nuestra carta magna brinda directamente una especial protección al niño, niña, adolescente, adulto mayor, o a quien se le deba reconocer este derecho que se le brinde y/o preste los alimentos; es por ello de una de las razones más porque el legislador la estableció en el art. 149, en cuanto a la omisión de prestación de alimentos:

El que omita cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.

Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte. (Sistema Peruano de Información Jurídica, 2023, pág. 29).

Es más, para afianzar este compromiso de protección contra la víctima (que en casi todos los casos son menores de edad los agraviados), el Estado como política criminal y de la lucha contra este delito promulgo la Ley N° 28970 (Ley que crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos), y por su parte el Poder Judicial, a través de su máximo órgano administrativo emitió la R.A. N° 136-2007-CE-PJ (Crean el Registro de Deudores Alimentarios Morosos -REDAM y aprueban Directiva).

Siendo ello así, se comprende que lo que en puridad busca el ius puniendi, es sancionar el menoscabo que se le hace a la víctima en este tipo de delitos, pero sin perder de vista por otro lado el cumplimiento fiel de los derechos y garantías (por parte del ente persecutor del delito), que: i) rodean al proceso (debido proceso), así como también ii) al imputado (derecho a la defensa), quien sobre al final recaerá el ius puniendi, y deberá responder penalmente por este ilícito, siempre y cuando; se cumpla con los presupuestos objetivos y subjetivos establecidos en ley, contrario sensu, no se advertirá responsabilidad penal en el caso, y por ello se le deberá absolver.

Dentro de este marco podemos afirmar que el delito del artículo 149 es un delito por omisión propia, porque:

El sujeto activo no realiza la obligación dada por resolución judicial. Hemos llegado a esta conclusión amparándonos en el artículo 13 del código penal, el cual establece que se sancionará bajo estos dos presupuestos: i) que tenga el deber jurídico de impedir el delito o crea un peligro inminente propio para producirlo; y ii) si la omisión se corresponde con la realización del tipo penal respectivo. (Lex, El delito de OAF, bien explicado, p 03).

4. PRESUPUESTOS MATERIALES DEL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

Dentro de ese orden de ideas para que el juez llegue al convencimiento de que el imputado (quien no cumple con las pensiones alimenticias), es responsable se deberá evaluar si esta conducta configura el tipo penal perseguido por el Fiscal, en este caso hablamos del delito de omisión a la asistencia familiar, siendo así esta descripción la suprema corte a través del Recurso de Revisión de Sentencia NCPP N.º 154-2019 Lima, de fecha 25 de noviembre del 2020, estableció como criterio nomofiláctico (criterios jurisprudenciales y doctrinarios que todos los jueces de la República, deben tener en cuenta, así la ejecutoria suprema no sea vinculante), como se configura los elementos típicos del artículo 149 del código penal, esto en su fundamento octavo:

Octavo. El tipo penal del delito de omisión de asistencia familiar, previsto en el artículo 149 del Código Penal, exige para su configuración los elementos típicos siguientes:

- i. Sujeto activo, que corresponde a la persona que se ve obligada al pago de una pensión de alimentos fijada en una sentencia previa.
- ii. Sujeto pasivo, que es la persona que tiene el derecho a que se le asista con la pensión de alimentos.
- iii. Situación típica, referida a una resolución que requiere el pago alimentario, que nominalmente corresponde a la resolución mediante la que se requiere al obligado el pago de un monto liquidado devengado.
- iv. Posibilidad psicofísica de realizar la conducta ordenada.
- v. No realización de la conducta ordenada materializada en el comportamiento omisivo que se traduce en el incumplimiento de la obligación alimentaria fijada en la resolución.
- vi. Finalmente, el sujeto debe obrar con dolo para la realización de los elementos del tipo objetivo, esto es, que conozca que está incumpliendo con la resolución que lo vincula con el pago alimentario, (resaltado es nuestro); (Sala Penal Permanente, 2021, p. 06).

En ese sentido podemos concluir que para la suprema corte para que se pueda encontrar responsabilidad penal a una persona (a quien ya se le halló responsabilidad civil, y que coloquialmente podríamos decir hallar una doble responsabilidad (penal)), es necesario el cumplimiento fiel de los presupuestos penales que establece el tipo penal de omisión a la asistencia familiar; analizándose también el tema civil cuando en la ejecutoria comentada señala:

Noveno. Debe quedar claramente establecido que la protección jurídica que brinda el delito materia de autos en favor del alimentista no es exclusivamente por la falta de cumplimiento de las deudas alimentarias en sí, sino que adicionalmente comprende la falta de cumplimiento de una orden judicial que establece una deuda alimentaria previa liquidación, que compele

al acusado con tal obligación luego de ser requerido y bajo apercibimiento de ser denunciado por el delito de omisión de asistencia familiar. Es decir, resulta un requisito sine qua non tanto la existencia de una sentencia que determine al sujeto activo el pago de una pensión de alimentos como su liquidación y posterior resolución de aprobación de los alimentos devengados (debidamente aprobada) y que, tras su notificación válida, aquel no haya cumplido con su pago dentro del plazo establecido sin que medie justificación alguna. (Sala Penal Permanente, 2021, p. 06 y 07).

5. BIEN JURÍDICO TUTELADO, SUJETOS PROCESALES Y CONSUMACIÓN

Cada figura delictiva de por sí guarda o protege un determinado bien que puede ser material o inmaterial, a ello lo conocemos como bien jurídico tutelado.

El bien jurídico tutelado hace referencia a la protección jurídica que se otorga cuando distintos intereses humanos son receptados y regulados por el derecho de manera tal que se transforman en bienes jurídicos con un estatus especial del que se derivan consecuencias jurídicas. El bien jurídico protegido no es un bien del derecho, sino un bien de la vida humana que preexiste a toda calificación jurídica, pero que en determinadas circunstancias el legislador resuelve otorgarle una protección o tutela específica. (Morena, 2020, p. 278).

Dicho de otro modo, muchos operadores de justicia no toman en cuenta lo establecido en el artículo IV del código penal, sobre el principio de lesividad; “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”. (Sistema Peruano de Información Jurídica, 2023, pág. 01), es por ello que podríamos ir concluyendo (a priori), en este aspecto que la tutela jurídica (protección), estaría basada en el no cumplimiento de un deber alimenticio por parte del obligado como derecho alimentario del niño, niña, adolescente o a quien se le deba alimentos (según se determine en la sentencia civil).

Siendo que “en este caso, el sistema penal permite (...) bajo medidas que no perjudiquen las condiciones mínimas para el bienestar humano” (Campos et al., 2021, p. 2393), la realización de una actividad probatoria que demuestre la vejación del bien jurídico que se tutela en el delito de incumplimiento alimenticio. Por lo que:

Debemos tomar en consideración que el delito que viene siendo investigado, supone la contravención de los deberes de orden asistencial en el ámbito de la familia, podemos afirmar que la legislación penal ampara no solo derechos y deberes que surgen. Las sanciones de la omisión de la obligación alimentaria responden a criterios amplios que formarían suponer que la penalización respondería a juicios expansionistas y de cierta forma buscaría huir o sustraerse del derecho penal lo cual pretende, como dice Bernal del Castillo: “puntualizar la representación de un bien jurídico de gran importancia y así eliminar toda duda que haya respecto a la intervención punitiva del estado frente a una conducta prohibida.(Lex, El delito de OAF, bien explicado, p 05).

Siendo así debe tenerse presente lo que señala la suprema corte en la Queja NCPP N° 879-2021, Ancash, de fecha 15 de marzo del 2021, en su fundamento 2.7; que señala lo que se busca no es sancionar el:

2.7 (...) mero incumplimiento con su deber alimentista, sino el deber jurídico dispuesto por un juez competente y que, tras ser requerido ordinariamente y en liquidación de devengados, fue renuente a pesar del apercibimiento. Sin perjuicio de ello, si el incumplimiento de la obligación es producto de una circunstancia sobrevenida que afecta la capacidad de pago del obligado, esto debe ser acreditado por aquel, pues existe una presunción iuris tantum (resaltado es nuestro); de que el sujeto está en condiciones de cumplir con la obligación alimentista determinada en la vía civil, por cuanto aquella se fijó luego de un proceso en el que las partes interesadas tuvieron la oportunidad de sustentar sus pretensiones. (Sala Penal Permanente, 2022, p.03).

En toda casusa penal, existe una relación jurídica, integrada por las partes legitimadas en un proceso penal, lo que comúnmente conocemos como un sujeto activo y un sujeto pasivo.

a. Sujeto activo:

El sujeto activo, de esta relación jurídica será en la *i)* vía civil la persona – demandado - quien tiene que cumplir con su deber alimentario, y en la *ii)* vía penal el imputado, quien tendrá responsabilidad penal por el no cumplimiento de su obligación alimentaria, la cual generará la apertura de instrucción en su contra.

b. Sujeto pasivo:

El sujeto pasivo, va estar constituido será en la *i)* vía civil por el demandante - el menor representado muchas veces por su madre – quien asume su defensa indirectamente por su condición, y en la *ii)* vía penal el agraviado (víctima), del delito, quien en muchas veces también lo es un menor de edad representado por su madre, sin embargo, en este caso la fiscalía asume cierta pasibilidad en el delito, salvo que se constituya en actor civil.

En ese orden de ideas podríamos afirmar que para que este hecho criminal se materialice “se entiende la consumación como el momento en que aparecen todos los elementos del tipo, no se puede negar que esta se produce en un instante, lo que sucede en todos los delitos”. (Lex, El delito de OAF, bien explicado, p 06). Hay que considerar que el delito de incumplimiento alimentario siempre va ir por cuerda separada, esto quiere decir que se suele en ocasiones confundir el momento consumativo, y ello suele ocurrir cuando se cuenta con varias liquidaciones de pensiones devengadas (de diversos periodos en el tiempo), lo que genera varios requerimientos fiscales, considero que la consumación se dará de manera separada o aislada lo cual configuraría varios delitos de omisión a la asistencia familiar.

Para comprender el delito de omisión a la asistencia familiar el **Acuerdo Plenario Ica – 1998** establece que es un delito instantáneo; pero, con efectos permanentes y se consuma al vencimiento del plazo concedida en el requerimiento judicial para el cumplimiento del pago de las pensiones

devengadas; así también en el quinto fundamento del Expediente N° 0174-2009-PHC. (Lex, El delito de OAF, bien explicado, p 06).

Por último, para reafirmar lo señalado surpa, a través de la ejecutoria suprema Recurso de Nulidad N° 327-2020/Junín, de fecha 12 de octubre del 2020, que estableció:

Por ejecutoria del cinco de agosto de dos mil diecinueve, se indicó que no es correcto afirmar que el delito de omisión de asistencia familiar es uno instantáneo de efectos permanentes –conforme a los criterios acogidos por la Sala Superior–, sino que estamos ante un delito permanente, ya que el agente genera con su comisión una situación antijurídica que permanece vigente hasta que él voluntariamente no efectúe el pago respectivo. (Sala Penal Permanente, 2021, p.05).

6. POSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO EN EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

En relación a la problemática expuesta y advertida al inicio de este trabajo en el delito de incumplimiento alimentario, el imputado cometerá este delito con dolo directo, esto es conciencia y voluntad de no querer cumplir con su deber y/o obligación alimentaria para el afectado (agraviado), sin embargo no solo basta el no querer cumplir la pensión alimenticia, sino la posibilidad real y cierta del recurrente (imputado), de acatar el mandato judicial, para con su hijo (agraviado), situación que a través del acuerdo plenario extraordinario N° 2-2016/CIJ, de fecha 01 de junio del 2016, en el fundamento 15 segundo párrafo, en su momento también se estableció este criterio:

El delito de omisión de asistencia familiar, por su propia configuración típica, exige la previa decisión de la justicia civil que se pronuncie acerca del derecho del alimentista y de la obligación legal del imputado, de la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Es claro que tales elementos no son los únicos para fundar el juicio de culpabilidad ni necesariamente determinan la imposición de una sentencia condenatoria –la posibilidad de actuar es esencial, pues lo que se pena no es el “no poder cumplir”, sino el “no querer cumplir” [...]. (Gaceta Jurídica, Acuerdo Plenario Extraordinario N° 02-2016, p 13).

Por su puesto que este fenómeno de *i)* “no poder cumplir”, sino *ii)* el “no querer cumplir”, ha sido advertida por la Suprema Corte, en algunos pronunciamientos en el que se muestra la imposibilidad no solo física, sino jurídica del imputado, quien pese a tener sentencia civil en contra, y estar obligado por ley, se le ha sancionado penalmente, he aquí los jueces supremos (como máximos intérpretes de la justicia ordinaria), advierten que el imputado no tiene la capacidad económica para el cumplimiento del mandato, esto por razones evidentes como por ejemplo; estar recluido en un penal, “lo que en realidad no resulta una novedad, sino que simplemente es el afianzamiento de una sociedad a un Estado Constitucional de Derecho, esto es la constitucionalización del proceso penal” (Zamora, 2011, p.03), amparo y protección de los derechos de toda persona sometida al *ius puniendi*, establecidos en

nuestra carta magna, afianzándose una vez más el debido proceso penal en su vertiente del derecho a la defensa.

De esta manera, la suprema corte, reafirma el criterio nomofiláctico señalado supra en la Casación N° 446-2022- Cusco, de fecha 29 de noviembre del 2022, cuando establece:

Duodécimo. Estando a ello, la capacidad económica del procesado, que ha sido objeto de pronunciamiento en la vía extrapenal al establecer el monto de la pensión alimenticia, no configura el tipo penal de omisión a la asistencia familiar; en consecuencia, en el caso de autos, se debe establecer si existió falta de aplicación de la ley penal. (Sala Penal Permanente, 2022, p.08).

En habidas cuentas, la suprema corte en la Casación N° 1893-2022- Amazonas, de fecha 26 de septiembre del 2023, vuelve a establecer su posición:

Noveno. Es de verse, conforme ya lo ha establecido este Tribunal Supremo, respecto a la capacidad económica del padre alimentista, que es en la vía civil en la que se deberá debatir y evaluar la capacidad económica del sujeto para la determinación del *quantum* de la pensión alimenticia, puesto que, en la misma, se tramita un proceso sumario y se concede el traslado al sujeto obligado para acreditar las dificultades que tendría para cumplir con el monto de la pensión solicitada por la demandante. Dicha capacidad no incide en la configuración típica del delito de omisión a la asistencia familiar; no obstante, ello no implica que *per se* no influya en el aspecto subjetivo de la conducta. (Sala Penal Permanente. Casación N° 1893-2022- Amazonas, 2023, p.06). Siendo ello así, cuando una persona esta privada de su libertad “sus ingresos económicos (de tenerlos) resultan limitados y son exclusivamente por labores realizadas intramuros. De modo que correspondía a la Fiscalía probar la concurrencia de todos elementos que configuran el delito, que en este caso no aconteció”. (Sala Penal Permanente, 2023, p.08).

Debemos dejar en claro como se dijo supra, que el sujeto debe obrar con dolo para la realización de los elementos del tipo objetivo, esto es, que conozca que está incumpliendo con la resolución que lo vincula con el pago alimentario, sino que:

(...) El procesado se hubiera encontrado en condiciones de cumplir con el requerimiento de pago de la liquidación de pensiones alimenticias devengadas en su condición de recluso en el Establecimiento Penal (...) requerían de un estándar probatorio superior al hecho de que el procesado conocía el requerimiento y pese a ello no haber cumplido; por lo que el presente recurso debe declararse infundado. (Sala Penal Permanente, 2022, p.10).

Siendo así podríamos concluir que, si bien podríamos hablar de un éxito en juicio para el ministerio público de casi todo proceso por incumplimiento alimentario, sin embargo no hay que olvidar que cada causa penal es distinta e independiente en su modo y forma, esto puesto que lo que ahora con estos estándares señalados supra por la corte suprema se evidencia que la Fiscalía deba de probar en esta causa penal del delito de omisión a la asistencia familiar: i) la capacidad económica del procesado (en la instancia penal), y ii) se

demuestre y pruebe el delito en base al estándar probatorio que deba de actuarse en el juicio oral.

7. CONCLUSION

- A. Nuestra norma adjetiva concibe que la acción de probar (quien alega e imputada un delito), carga probatoria recae en el Ministerio Público, esta atribución es reconocida por ley, sin embargo la ley esta acción activa también es conferida a los sujetos procesales (básicamente al imputado), a fin de que este pueda petitionar al ministerio público, la actuación de ciertas diligencias (que puedan rebatir la imputación fiscal), conforme a lo establecido en el artículo 337 inciso 4, del código procesal penal.
- B. Muchas veces hay para poder despenalizar este ilícito penal, y/o en todo caso darle facultades coercitivas a la justicia de paz – familia-, esto con el objetivo de que el ius puniendi del estado sea utilizado como ultima ratio, sin embargo, esto no ha calado en la realidad, ya que por su mayoría, casi todo proceso tramitado ante la justicia civil (proceso de alimentos), va a tener como consecuencia que se convierta y sea derivado a la justicia penal, es por ello que este sería una de las razones más para evitar despenalizar este ilícito, ya que se avizora (en el demandado y ahora convertido en imputado), la falta de interés, y el compromiso en no querer asumir su obligación, pese al mandamiento judicial.
- C. Es más para afianzar este compromiso de protección contra la víctima (que en casi todos los casos son menores de edad los agraviados), el Estado como política criminal y de la lucha contra este delito promulgo la Ley N° 28970 (Ley que crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos), y por su parte el Poder Judicial, a través de su máximo órgano administrativo emitió la R.A. N° 136-2007-CE-PJ (Crean el Registro de Deudores Alimentarios Morosos -REDAM y aprueban Directiva).
- D. En ese sentido podemos concluir que para la suprema corte para que se pueda encontrar responsabilidad penal a una persona (a quien ya se le halló responsabilidad civil, y que coloquialmente podríamos decir hallar una doble responsabilidad (penal)), es necesario el cumplimiento fiel de los presupuestos penales que establece el tipo penal de omisión a la asistencia familiar.
- E. En ese orden de ideas podríamos afirmar que para que este hecho criminal se materialice “se entiende la consumación como el momento en que aparecen todos los elementos del tipo, no se puede negar que esta se produce en un instante, lo que sucede en todos los delitos”. (Lex, El delito de OAF, bien explicado, p 06).
- F. Siendo así podríamos concluir que, si bien podríamos hablar de un éxito en juicio para el ministerio público de casi todo proceso por incumplimiento alimentario, sin embargo no hay que olvidar que cada causa penal es distinta e independiente en su modo y forma, esto puesto que lo que ahora con estos estándares señalados supra por la corte suprema se evidencia que la Fiscalía deba de probar en esta causa i) la capacidad económica del procesado (en la instancia penal), y ii) pruebe el delito en base al estándar probatorio que deba de actuarse en juicio oral.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acuerdo Plenario Extraordinario N° 02-2016, (01 de junio del 2016). Proceso Penal Inmediato Reformado. Legitimación y alcances. *Gaceta Jurídica*. https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/ACUERDO%20PLENARIO%20N%C2%BA2-2016_LALEY.pdf
- Campos, S., Chamoli, A., Meneses, P., Meneses, P., Campos, O., Mendoza, G., (2021). Derecho penal latinoamericano: una revisión de las perspectivas actuales y futuras: *Revista turca en línea de investigación cualitativa (TOJQI)*, 12(9), 2390-2400. <https://www.tojqi.net/index.php/journal/article/view/6058>
- Código Procesal Penal (2020). *Decreto legislativo N° 957* (6ª ed). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Mendoza, G, (2022). El Indicio Científico como valor probatorio en el delito de violación sexual. *Revista QuantUNAB* 1(1), 01-12. <https://revistas.unab.edu.pe/index.php/qunab/article/view/1>
- Morena, M. (2020). La importancia del bien jurídico tutelado en el ámbito de las sanciones administrativas con factor objetivo de atribución. *Derecho & Sociedad. Asocion Civil*, 54(I), 277-289. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7792324.pdf>
- Moyano, J., Barbery, D., Gonzales, F., Mendoza, G., Quiñonez, M., y Ruiz, K., (2022). Covid 19 y Educación Superior: Retos y Posibilidades en la transición a la Educación en línea en América Latina. *Revista de Lengua y Estudios Lingüísticos*, 18(2), 564-578. <http://www.jlls.org/index.php/jlls/article/view/4383>
- Lex, El delito de OAF, bien explicado, (05 de mayo de 2023). *LP Pasión por el derecho*. https://lpderecho.pe/delito-omision-asistencia-familiar-bien-explicado/#_ftn9
- Peña C. F. (2011). *Derecho Procesal Penal* (1ª ed.). Rhodas.
- Sala Penal Permanente. Revisión de Sentencia NCPP N.º 154-2019, Lima, (15 de enero 2021). Revisión de sentencia fundada 154-2019, Lima. *LP Pasión por el derecho*. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/01/Revision-de-sentencia-fundada-154-2019-Lima-LP.pdf>
- Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad N° 327-2020, Junín, (12 de octubre del 2020). Delito de omisión de asistencia familiar: prescripción de la acción penal. *LP Pasión por el derecho*. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/01/RN-327-2020-Junin-LP.pdf>
- Sala Penal Permanente. Queja infundada NCPP N° 879-2021, Ancash, (15 de marzo del 2022). Queja infundada. *LP Pasión por el derecho*. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/06/Queja-NCPP-879-2021-Ancash-LPDerecho.pdf>
- Sala Penal Permanente. Casación N° 446-2022- Cusco, (29 de noviembre del 2022). Omisión a la asistencia familiar. *LP Pasión por el derecho*. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/12/Casacion-446-2022-Cusco-LPDerecho.pdf>
- Sala Penal Permanente. Casación N° 1893-2022- Amazonas, (26 de septiembre del 2023). Omisión a la asistencia familiar. Elemento subjetivo. *LP Pasión por el derecho*. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/09/Casacion-1893-2022-Amazonas-LPDerecho.pdf>

Sistema Peruano de Información Jurídica, (13 de noviembre del 2023). *Constitución Política del Perú*. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682678>

Sistema Peruano de Información Jurídica, (13 de noviembre del 2023). *Código Penal*. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682692>

Zamora, J. (17 de mayo de 2011). La Tutela de Derechos: Instrumento de la Defensa para erradicar las Viejas Prácticas en el Nuevo Modelo Procesal Penal. <http://leyesderechoyjusticia.blogspot.com/2011/05/tutela-de-derechos.html>