



MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: Derecho

LÍNEA: Derecho Penal y Criminología

TESIS:

INTERPRETACIÓN DEL ELEMENTO DEL TIPO PENAL
“RESOLUCIÓN JUDICIAL” COMO EXIGENCIA PARA LA
CONSUMACIÓN DEL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE
OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

Por:

Juan Carlos Tello Villanueva

Asesor:

Mg. Alvarado Luis Domingo Celestino

Cajamarca, Perú

Junio de 2014

COPYRIGHT © 2014 by
JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA
Todos los derechos reservados



MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: Derecho

LÍNEA: Derecho Penal y Criminología

TESIS APROBADA:

INTERPRETACIÓN DEL ELEMENTO DEL TIPO PENAL “RESOLUCIÓN JUDICIAL” COMO EXIGENCIA PARA LA CONSUMACIÓN DEL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

Por: Juan Carlos Tello Villanueva

Comité Científico:

M. Cs. José Grandez Odiaga
Presidente del Comité

M. Cs. José Bazán Quispe
Primer Miembro Titular

M. Cs. Carlos Díaz Vargas
Segundo Miembro Titular

Mg. Domingo Alvarado Luis
Asesor

Junio de 2014

A:

Julio y Nelly: mis padres, con eterna gratitud, por sus enseñanzas y apoyo en mi formación personal y profesional

Carol y Camila: mi esposa e hija, a quienes debo todo.

CONTENIDO

LISTA DE ILUSTRACIONES.....	ix
AGRADECIMIENTOS:.....	x
LISTA DE ABREVIACIONES.....	xi
GLOSARIO	xii
RESUMEN	xiii
ABSTRACT.....	xv
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	4
ASPECTOS METODOLÓGICOS	4
1.1. Problema de investigación	4
1.1.1 Planteamiento del problema de investigación.....	4
1.1.2 Formulación del problema de investigación	7
1.1.3 Justificación de la investigación	7
1.1.4 Limitaciones.....	9
1.1.5 Delimitación de la investigación.....	9
1.2. Antecedentes teóricos del problema de investigación.....	9
1.3. Definición de términos básicos	11
1.4. Hipótesis.....	11
1.5. Objetivos	12
1.6. Diseño de contrastación de la hipótesis.....	13
CAPÍTULO II.....	16
MARCO TEÓRICO.....	16
2.1. La teoría del delito.....	16
2.1.1. El método ontológico-normativo o método sintético real-normativo....	16
2.1.2. Valor y necesidad de una construcción sistemática en Derecho penal..	23
2.1.3. Concepto y necesidad de la Teoría del Delito	25
2.1.4. Necesidad de estratificar la Teoría del delito.....	27
2.1.5. Niveles analíticos de la Teoría del Delito	27
2.1.6. La conducta o comportamiento.....	30
2.1.7. Tipicidad	32
2.1.7.1 Elementos de la tipicidad objetiva	34

2.1.7.2	Elementos descriptivos y normativos del tipo	40
2.1.7.3	Elementos de la Tipicidad Subjetiva.....	41
2.1.8.	Clases de tipos penales.....	42
2.1.9.	Antijuridicidad	46
2.1.10.	Culpabilidad.....	48
2.2.	El delito de omisión.....	51
2.2.1	Clases de Omisión	55
2.2.2.	Delito de omisión propia	57
2.3.	El delito de incumplimiento de obligación alimentaria	59
2.3.1.	Breve panorama de la institución alimentaria según las normas extrapenales	59
2.3.2.-	Antecedentes históricos del delito de incumplimiento de obligación alimentaria	60
2.3.3.	Polémica sobre su penalización.....	62
2.3.4.	Formas de tipificación de este delito y teoría adoptada por nuestro sistema jurídico.....	64
2.3.5.	Tipicidad Objetiva	65
2.3.6.	Tipicidad Subjetiva.....	68
2.3.7.	Naturaleza Jurídica del delito	69
2.3.8.	Antijuridicidad y Culpabilidad	70
2.4.	Especial configuración del delito de incumplimiento de obligación alimentaria.....	70
2.5.	La prescripción de la acción penal	71
2.5.1.	Concepto y clases	71
2.5.2.	Fundamentos de la Prescripción	72
2.5.3.	Inicio de la Prescripción en el Delito instantáneo, permanente y continuado	73
2.5.4.	Prescripción del delito de incumplimiento de obligación alimentaria	75
2.5.5.	Ley que modifica el artículo 2001 del Código Civil, referido al plazo de prescripción de la acción que proveniente de la pensión alimenticia.....	77
2.6.	La “conciliación homologada judicialmente” en el proceso de alimentos....	78
2.7.	El “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”	79
2.7.1.	Proceso único de ejecución.....	80
2.7.2.	Títulos Ejecutivos	81
2.7.3.	Régimen legal según el Código Procesal Civil	82

2.7.4. Ejecución de actas de conciliación extrajudicial y de resoluciones judiciales.....	85
2.7.5. Breve comentario al artículo 566-A del Código Procesal Civil	87
2.7.6. Mérito ejecutivo del Acta de conciliación de la DEMUNA.....	89
2.8. Argumentos doctrinales y jurisprudenciales sobre primer criterio de interpretación y aspectos de incidencia.....	92
2.8.1. Argumentos doctrinales.....	92
2.8.2.- Argumentos jurisprudenciales.....	93
2.9. Argumentos doctrinales y jurisprudenciales sobre segundo criterio de interpretación y aspectos de incidencia.....	94
2.9.1.- Argumentos que consideran que existe requisito de procedibilidad.....	95
2.9.2.- Argumentos que consideran que no existe requisito de procedibilidad ..	101
CAPÍTULO III.....	104
RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	104
3.1. Aspectos de incidencia y precisión sobre la forma de contrastación de la hipótesis.....	104
3.2. Procedimiento de contrastación de la hipótesis.....	105
3.3. Segundo criterio de interpretación	106
3.3.1. Si el delito fuese de naturaleza instantánea de efectos permanentes	107
3.3.2 Discusión crítica de los argumentos doctrinales y jurisprudenciales	113
3.3.3. Si el delito fuese de naturaleza permanente.....	117
3.3.4 Discusión crítica de los argumentos doctrinales y jurisprudenciales	121
3.4. Primer criterio de interpretación.	134
3.4.1. Si el delito fuese de naturaleza permanente.....	134
3.4.2. Si el delito fuese de naturaleza instantánea de efectos permanentes	135
3.4.3. Discusión crítica de los argumentos doctrinales y jurisprudenciales	136
3.4.4. Discusión crítica de los argumentos vertidos en los Plenos Jurisdiccionales	141
3.5. Resultado final.....	158
CAPÍTULO IV.....	163
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	163
4.1. Conclusiones	163
4.2. Recomendaciones.....	165
De tipo teórico	165

De tipo práctico	166
LISTA DE REFERENCIAS	168
APÉNDICE.....	174
APÉNDICE A	175
Jurisprudencias en materia penal referidas a la consumación del delito de incumpliendo de obligación alimentaria	175
APÉNDICE B	187
Plenos Jurisdiccionales Penales	187

LISTA DE ILUSTRACIONES

Gráfico 1. Procedimiento de contrastación	107
Gráfico 2. Liquidaciones “incobrables” en caso de prescripción ordinaria.....	108
Gráfico 3 . Liquidaciones “incobrables” en caso de prescripción extraordinaria.....	108
Gráfico 4. La no persecución del delito en caso de prescripción ordinaria	112
Gráfico 5. La no persecución del delito en caso de prescripción extraordinaria	112
Gráfico 6. Prescripción “irrazonable”	118
Gráfico 7. Resultado Final	162

AGRADECIMIENTOS:

A mi asesor, por su ayuda y colaboración en el desarrollo de la presente tesis, pese a su recargada labor como magistrado. A Manuel Sánchez Zorrilla, quien enriqueció la presente tesis con sus acertadas observaciones en los aspectos metodológicos. Al doctor José Castillo Román, quien me brindó el apoyo moral y acceso a su biblioteca, gracias a la cual pude desarrollar el marco teórico de la presente investigación.

LISTA DE ABREVIACIONES

CC:	Código Civil
CNA:	Código de los Niños y Adolescentes
CP:	Código Penal
CPC:	Código Procesal Civil
DEMUNA:	Defensoría Municipal del Niño, Niña y Adolescente
INDECOPI:	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
MIMP:	Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables
TC:	Tribunal Constitucional

GLOSARIO

Subsuncción típica. Juicio de adecuación de un hecho de la realidad al tipo penal descrito en la ley penal.

Sentencia Firme. Resolución Judicial que zanja una determinada controversia jurídica, la cual ha adquirido la calidad de firme. Bien porque se ha dejado consentir (no utilización de recurso alguno) o bien porque se han agotado los recursos que la ley prevé.

Requisito de procedibilidad. Condición previa al ejercicio de la acción penal, que se encuentra expresamente establecida en la ley, sin cuya observancia sería inválido dicho ejercicio y el procedimiento originado.

Consumación. Estado en el cual el comportamiento del agente reúne todos los elementos del tipo penal, siendo indiferente si el agente logró o no su objetivo deseado o si el efecto de la acción se perfeccionó en su totalidad.

Conciliación homologada judicialmente. Forma de conclusión del proceso civil, a través del cual el Juez de la causa, homologa o aprueba el acuerdo arribado entre las partes que resuelve una determinada controversia jurídica. La conciliación se materializa en un acta, la que es aprobada u homologada por el Juez, mediante resolución judicial.

RESUMEN

La precisión del significado del elemento “resolución judicial” contenido en el tipo básico del artículo 149 del Código Penal, como exigencia para la consumación del delito de incumplimiento de obligación alimentaria, ha dado lugar en la literatura peruana a dos criterios interpretativos dispares; el primero, considera que dicho elemento hace referencia al “auto” que contiene el requerimiento de pago de las pensiones devengadas, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público; por lo que este delito se consumaría cuando el obligado omite cumplir el mandato contenido en dicha “resolución judicial”; mientras que, el segundo criterio, considera que “resolución judicial” hace referencia a la “sentencia firme” emitida en el proceso civil de alimentos que fija la cantidad y forma de pago; por lo que, el delito se consumaría cuando el sujeto agente omite cumplir el mandato que contiene esta sentencia firme. Por ello, el objetivo perseguido en la presente investigación fue determinar la forma en que debe interpretarse dicho elemento del tipo, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica y su especial forma de configuración.

En este orden de ideas, la doctrina mayoritaria se ha inclinado a favor del segundo criterio de interpretación brindando los fundamentos correspondientes, mientras que, la que defiende el primer criterio de interpretación, la hace sin mayor argumentación, e incluso se contradice en sus afirmaciones. Por su parte, en la jurisprudencia y los Plenos Jurisdiccionales desarrollados sobre el tema, se advierte una tendencia contraria, pues se defiende de manera casi unánime el primer criterio de interpretación; sin embargo, sus explicaciones, en algunos casos, son incorrectas parcialmente y en otros, contradictorios y confusos.

En tal contexto, en la presente tesis, teniendo como puntos de referencia a la “naturaleza jurídica de este delito” y su “especial forma de configuración”, consideramos que debe asumirse el primer criterio de interpretación; pues explica convenientemente la forma como opera la prescripción y la resolución de la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de la ejecución de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”. Con lo hecho se contribuye a llenar el vacío doctrinal existente en nuestro medio, constituyéndose en el soporte dogmático de la tendencia doctrinal minoritaria y jurisprudencial mayoritaria.

Palabras clave. Resolución Judicial. Naturaleza jurídica. Especial configuración del delito de Incumplimiento de Obligación Alimentaria. Prescripción de la acción penal. Consumación.

ABSTRACT

The precision of meaning of the element “legal ruling” contained in the basic penal type of article 149 of the Penal Code, as a requirement for the commission of the offense against the obligation of maintenance has resulted in two disparate interpretative criteria in Peruvian literature: the first criterion considers that such element refers to the “writ” containing the order of payment of the accrued pensions under penalty of sending copies to the Public Prosecution; thus the offense would be committed when the obligor fails to comply with the mandate contained in such “legal ruling”; while the second criterion considers that “legal ruling” refers to the “final decision” issued in the civil procedure for maintenance which sets the amount and method of payment; therefore, the offense would be committed when the agent fails to comply with the mandate contained in this final decision. On that matter, the objective of this research was to determine how such “element of penal type” should be interpreted, considering its “legal nature” and its special form of configuration.

In this vein, most of the doctrine has tilted in favor of the aforementioned second criterion and has provided the corresponding foundations, whereas the doctrine defending the first criterion of interpretation has given no further arguments and has even contradicted its own claims. However, an opposite trend is noticed in Case Law and the Judiciary Plenaries carried out on the subject in favor of the first criterion of interpretation which has received almost unanimous support; nonetheless, their explanations are partly inaccurate in some cases and they are self-contradictory and confusing in other cases.

In such context, in this work, regarding as reference points “the legal nature of this offense” and its “special form of configuration” we believe that the first criterion of interpretation must be assumed for it adequately explains how the prescription and the resolution of the problems associated with the inclusion into maintenance obligations arising from a “judicially approved settlement” and the execution of “a record from DEMUNA”^{*} in a single process of execution operate. The present work contributes to fill the doctrinal void existing in our context, thus becoming the dogmatic support of what is at the same time the less favored trend in Doctrine and the most popular trend in Case Law.

Keywords: Legal Ruling. Legal Nature. Special Configuration of the Offense of Breach of Maintenance Obligation. Prescription of Criminal Prosecution. Commission of the Offense.

^{*} DEMUNA is an acronym in Spanish language which stands for a Peruvian service in charge of the protection and promotion of the rights of children and adolescents within the jurisdiction of a municipality.

INTRODUCCIÓN

La interpretación del elemento “resolución judicial” contenido en el tipo básico del artículo 149 del Código Penal, como exigencia para la consumación del delito de incumplimiento de obligación alimentaria; en el terreno doctrinario, ha sido objeto de dos posiciones bien marcadas. La primera, considera que dicho elemento hace referencia al auto que contiene el requerimiento de pago de las pensiones devengadas, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público; por lo que este delito se consumaría cuando el obligado omite cumplir el mandato contenido en dicha “resolución judicial”. La segunda posición considera que dicho elemento hace referencia a la sentencia firme emitida en el proceso civil de alimentos que fija la cantidad y forma de pago¹; siendo ello así, el delito se consumaría cuando el sujeto agente omite cumplir el mandato que establece la sentencia firme.

Esta disyuntiva, no ha sido abordada por la doctrina penal de manera “profunda”² e “integral”, pese a la importancia práctica que tiene, sobre todo en tema de la prescripción de la acción penal. Aunque este “descuido” ha tratado de ser subsanado, en parte con algunos desarrollos observados en el ámbito jurisprudencial e incluso en plenos jurisdiccionales, los que; sin embargo, no se hallan exentos de contradicciones, situación que ha generado más confusión.

¹ Esta posición doctrinal a su vez se divide dos opiniones disímiles: **i)** un grupo de la doctrina considera que el requerimiento que se hace al obligado, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente, se constituye en un requisito de procedibilidad; y, **ii)** otro criterio doctrinal precisa que no existe tal requisito de procedibilidad, bastando la mera omisión de la sentencia firme. Con referencias y mayor amplitud véase *ítem 1.1.1.*

² Sólo a manera de ejemplo, Villa Stein (2001, 96) realiza un análisis muy escueto y gaseoso cuando aborda esta problemática, pues se limita a señalar: “Se consuma el delito cuando notificado el obligado, omite la prestación alimentaria”. Lo cual ha generado que, algún sector de doctrina afirme que comparte el primer criterio de interpretación – entre otros Campana Valderrama (2002, 86) –; mientras que, otro sector considere que se adhiere al segundo criterio de interpretación –Reyna Alfaro (2011, 200) –.

En este orden de ideas, en la presente investigación asumimos como tesis el primer criterio de interpretación; sin embargo, a diferencia de lo que se venía haciendo al respecto, desarrollamos un procedimiento de comprobación de nuestra hipótesis, basándonos en el método dogmático y argumentativo; más precisamente, realizamos un estudio “profundo” e “integral” del tema, teniendo como puntos de referencia: la “naturaleza jurídica de este delito” y “la especial forma de configuración”³. Estos aspectos tienen incidencia en la forma como opera la prescripción y en la resolución de la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”⁴; factores que nos ayudaron a establecer cuál de los dos criterios de interpretación se debe asumir. Todo ello con la finalidad de optar por la posición menos refutable y la que es más coherente, desde el punto de vista dogmático y político criminal, de tal manera que, explique de manera integral la forma cómo opera este delito, llenando así el vacío doctrinal existente en nuestro medio.

En tal sentido, en el capítulo I, destacamos los aspectos metodológicos, que permite darle “rigurosidad” a nuestra investigación; en el capítulo II, desarrollamos nuestro marco teórico, el cual consta del desarrollo de los siguientes *ítems*: la teoría del delito, el delito de omisión, el delito de omisión propia, el delito de incumplimiento de obligación alimentaria, la especial configuración de este delito, la prescripción de la acción penal, la “conciliación homologada judicialmente” en el proceso de alimentos, el “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”, argumentos doctrinales y jurisprudenciales sobre el primer criterio de

3 Aspecto ignorado por la jurisprudencia y gran parte de la doctrina, a excepción de Torres Gonzales (2010, 60), con detalle véase *ítem 2.4*.

4 Nos referimos solamente a las actas llevadas a cabo en las **Defensorías** acreditadas ante el MIMP como Centros de Conciliación.

interpretación y aspectos de incidencia; y, los argumentos doctrinales y jurisprudenciales sobre el segundo criterio de interpretación y aspectos de incidencia; en el capítulo III, contrastamos nuestra hipótesis, observando el siguiente procedimiento: en primer lugar sometemos a prueba el segundo criterio de interpretación, destacando los problemas prácticos que genera –aspectos de incidencia– y discutiendo críticamente los argumentos vertidos por la doctrina y la jurisprudencia. Luego, se hace lo mismo con el primer criterio de interpretación, con la diferencia de que aquí aportaremos nuevos argumentos y se precisará de qué manera este criterio de interpretación explica de manera integral la forma cómo opera este delito, que es el hallazgo de nuestra investigación; y, por último, en el capítulo IV, brindamos las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Problema de investigación

1.1.1 Planteamiento del problema de investigación

El delito de incumplimiento de obligación alimentaria, tipificado en el artículo 149 del Código Penal, se configura cuando el sujeto activo omite cumplir su obligación de prestar alimentos que establece una “resolución judicial”, agravándose dicha conducta en dos circunstancias: cuando el sujeto agente simula otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o abandonado maliciosamente su trabajo, y cuando ha causado lesión grave o muerte que pudieron ser previstas.

Sobre esta figura delictiva (tipo básico), existe consenso en la doctrina (Salinas Siccha 2005, 394; Peña Cabrera Freyre 2008a, 435) de que se trata de un delito de omisión propia y de mera actividad⁵, sin embargo, el panorama es poco claro cuando se trata de establecer el momento de su consumación. Así, para un sector de la doctrina, se consuma en el momento en que se vence el plazo del requerimiento que fuera formulado al sujeto activo, bajo apercibimiento, mediante “resolución judicial”⁶. Para otro sector, cuando el sujeto activo, teniendo pleno conocimiento de la “resolución judicial” (sentencia firme⁷) que le ordena pasar determinada pensión alimenticia mensual al beneficiario, dolosamente omite

⁵ Por ello es irrelevante el perjuicio o resultado.

⁶ Los únicos autores que se adhieren a esta posición: Bramont - Arias Torres y García Cantizano (1996, 160).

⁷ Es necesario precisar que tanto Salinas Siccha (2005, 395-396) como Bramont Bramont - Arias Torres y García Cantizano (1996, 160), señalan que el elemento del tipo penal hace referencia también al “auto de asignación provisional de alimentos”. No obstante, nosotros lo hemos descartado como parte de nuestro análisis por las siguientes razones: i) no se brinda mayor argumentación doctrinal sobre el tema; ii) no tiene respaldo jurisprudencial (imposibilidad de discutir sus argumentos); iii) sólo con la “sentencia firme” se tiene certeza de la obligación que le asiste al sujeto, quien incluso antes de este pronunciamiento, puede oponerse a la obligación ofreciendo la prueba del ADN; y, porque iv) la asignación anticipada es una medida temporal sobre el fondo (Reyna Alfaro 2001, 188), es de carácter *preventiva*, ya que busca evitar que la falta de alimentos perjudique al alimentista y no tiene carácter definitivo, pues puede ser dejada sin efecto o ser modificada con la decisión final.

cumplir tal mandato. Siendo que en esta última posición, un grupo de la doctrina considera que el requerimiento que se hace al obligado, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente, se constituye en un requisito de procedibilidad⁸; mientras que, para otros, no existe tal requisito de procedibilidad⁹, bastando la mera omisión.

Asimismo, estas posiciones han sido plasmadas en sendos y disímiles criterios jurisprudenciales; así, por un lado, se ha señalado que se configura “[...] al momento de vencer el plazo de requerimiento judicial del pago de las pensiones alimenticias devengadas, que fue notificado al encausado, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente” (Exp. N 0024-2005, considerando 2)¹⁰; y, por otro lado,

que reiterada ejecutoria inciden en que previamente a la formalización de la denuncia penal por delito de omisión de asistencia familiar, se debe verificar que el demandado fue debidamente notificado de las resoluciones que lo requerían para que cumpla con sus obligaciones, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente [...] que, en consecuencia, del estudio de autos se advierte que el procesado varió su domicilio legal [...] por lo que, al haberse notificado en domicilio diferente al anotado [...] se infiere que el procesado no ha tomado conocimiento efectivo del requerimiento anotado, lo cual importa la no concurrencia de uno de los requisitos de procedibilidad de la presente acción penal (Exp. N° 2399-Ica En Salinas Siccha 2005, 388)¹¹.

⁸ Entre los autores más sobresalientes que se adhieren a esta posición, tenemos a: Salinas Siccha (2005, 395-396), Campana Valderrama (2002, 86); y, Torres Gonzales (2010, 59).

⁹ Hasta donde tenemos conocimiento, el único doctrinario que defiende esta posición es el profesor Reyna Alfaro (2011, 199-200).

¹⁰ En igual sentido se ha establecido: “Que se encuentra acreditado en autos que el procesado se sustrajo a su obligación de prestar alimentos a sus menores hijas, tal como fue ordenada en sentencia en el Fuero Civil y pese a haber sido requerido conforme a ley para su pago, configurándose el delito materia de instrucción” (Exp N° 79-93-Lima En Peña Cabrera Freyre 2008a, 436). Asimismo en el PRIMER PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL PENAL – HUANCVELICA (2008), en su Tema 1, ha señalado que este delito se consuma después de “vencido el plazo de requerimiento para el pago de las pensiones devengadas, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público”, entre otros Plenos Jurisdiccionales, los cuales son analizados críticamente en el capítulo III, y además figuran en el apéndice B de la presente investigación.

¹¹ En igual sentido: “que, la omisión de asistencia familiar [...] se configura siempre que el agente desatendiendo una resolución judicial no cumple con pagar las pensiones alimenticias, por consiguiente es necesario que antes de proceder a la denuncia penal se acredite la notificación con el apercibimiento expreso de acudir a la vía penal, pues este hecho acreditará su renuencia consciente de cumplir con sus obligaciones alimentarias, situación que no se produce en el casa materia de autos”. (Exp N° 4697 En Salinas Siccha 2005, 387). Asimismo: “No basta la existencia de una sentencia fijando una pensión alimenticia y el presumido incumplimiento para que proceda *ipso facto* la denuncia por omisión a la asistencia familiar, sino que además debe constatarse la presencia de una resolución conminatoria bajo apercibimiento de ser denunciado por el ilícito mencionado” (Exp N° 6473-97-Lima En Peña Cabrera Freyre 2008a, 436).

Además, la propia Corte Suprema, en el considerando Octavo de la Casación

Nº 02 – 2010-Lambayeque, expresa:

Octavo: Que, asimismo, el primer párrafo del artículo ciento cuarenta y nueve del Código Penal sanciona la conducta de quien “omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial [...]”, que, por tanto, **no se advierte que en el citado tipo penal u otra norma legal haga referencia a cuestiones que condicionen la intervención punitiva a su previa satisfacción**, de modo tal que en los delitos de omisión a la asistencia familiar es claro que **no se requiere más que el incumplimiento de la obligación alimentaria –establecida en una resolución judicial- para que el afectado pueda incoar la respectiva acción penal**; que, si bien en la práctica jurisdiccional se solicita entre otros, la resolución judicial que aprobó la liquidación de pensiones alimenticias devengadas, esta **no constituye un requisito de procedibilidad para iniciar la acción penal**; que, por consiguiente, no existe confusión o necesidad de desarrollo jurisprudencial¹².

Esta disparidad en la interpretación para determinar el momento consumativo, se debe a que el tipo penal hace referencia de manera genérica al término “resolución judicial”, no especificando a qué tipo de resolución se refiere¹³.

¹² Los énfasis son nuestros.

¹³ En lo concerniente a la regulación de este tipo de delitos en la legislación comparada, podemos citar a manera de ejemplo a los siguientes países: a) los países con similar configuración tenemos: al **Código Penal Francés**, que en su artículo 227-3, prescribe: “El hecho, cometido por una persona, de dejar de cumplir una resolución judicial o un convenio judicialmente homologado que imponga al interesado, en favor de un hijo menor, de un descendiente, de un ascendiente o del cónyuge, el pago de una pensión, una contribución, ayudas o de prestaciones de cualquier clase debidas en virtud de alguna de las obligaciones familiares previstas en los títulos V, VI, VII y VIII del libro 1º del código civil, permaneciendo más de dos meses sin cumplir íntegramente esta obligación, será castigado con dos años de prisión y multa de 15.000 euros. Asimismo tenemos, al **Código Penal Español**, que en su artículo 227.1, prescribe: “El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses. Para un análisis comparado de la legislación peruana y española, puede consultarse las reflexiones de Roca de Agapito (2013, 529-549); b) los países con distinta configuración tenemos: al **Código Penal Alemán**, que en su artículo § 170 (1), prescribe: “Quien se sustraiga del deber legal de prestar alimentos, en tal forma que peligre la necesidad vital del acreedor de alimentos o que estuviese en peligro sin la ayuda de otros, será castigado con pena privativa de la libertad de uno hasta tres años o con multa.” Asimismo tenemos, al **Código Penal Colombiano**, que en su artículo 233, prescribe: “El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” Y por último, tenemos al **Código Penal Uruguayo**, que en su artículo 279A, prescribe: “El que omitiera el cumplimiento de los deberes legales de asistencia económica inherentes a la patria potestad, o a la guarda judicialmente conferida, será castigado con pena de tres meses de prisión a dos años de penitenciaría. Constituye agravante especial de este delito el empleo de estratagemas o pretextos para sustraerse al cumplimiento de los deberes de asistencia económica inherentes a la patria potestad.”

Debemos aclarar que no se ha desarrollado a profundidad el tema de la legislación comparada, pues consideramos que los tipos penales son configurados de manera distinta por cada ordenamiento penal, y si bien es verdad pueden ser similares, siempre existen variaciones de redacción que cambian la interpretación (V.gr. el inicio de la vida independiente en nuestro sistema penal no está determinado por el nacimiento –como si ocurre en la legislación española–, sino por las primeras contracciones uterinas). Esto es lo que pasa con el artículo 149 de nuestro CP, el cual ha sido redactado de manera amplia, dejando abierta la posibilidad a otras interpretaciones, situación que no ocurre en el CP Francés y Español, que hacen referencia incluso al número de meses que se debe dejar de pagar.

Dentro de este contexto, asumir tal o cual criterio de interpretación, respecto del citado elemento “resolución judicial” como exigencia para la consumación del delito de incumplimiento de obligación alimentaria; implica necesariamente –como no se ha venido haciendo– realizar un estudio profundo e integral del problema, teniendo como puntos de referencia: la “naturaleza jurídica de este delito” y “la especial forma de configuración”¹⁴, aspectos que tienen incidencia en la forma como opera la prescripción y en la resolución de la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”. Todo ello con la finalidad de optar por la posición menos refutable y la que es más coherente desde el punto de vista dogmático y político criminal, de tal manera que explique de manera integral la forma cómo opera este delito, llenando así el vacío doctrinal existente en nuestro medio.

En tal sentido, nos formulamos la siguiente pregunta de investigación.

1.1.2 Formulación del problema de investigación

¿Cómo debe interpretarse el elemento “resolución judicial” contenido en el tipo básico del artículo 149 del Código Penal, como exigencia para la consumación del delito de incumplimiento de obligación alimentaria; teniendo en cuenta su naturaleza jurídica y su especial forma de configuración?

1.1.3 Justificación de la investigación

La presente investigación posee envergadura, pues respecto a la consumación del delito de incumplimiento de obligación alimentaria, existen dos

¹⁴ Esto origina que cada liquidación de alimentos devengados da origen a un nuevo delito, una investigación y proceso distintos.

criterios de interpretación contrapuestos o disímiles, los que han sido desarrollados y asumidos por la doctrina y la jurisprudencia. Tal diferencia radica en el modo de interpretar el elemento “resolución judicial” del tipo penal antes aludido, siendo que ambos criterios le asignan una significación distinta.

En tal sentido, no obstante las consecuencias prácticas¹⁵ que acarrea el asumir tal o cual criterio de interpretación respecto del elemento “resolución judicial”, dicha problemática ha sido abordada de manera tangencial y no se le ha dado la debida importancia; por lo que la presente investigación, teniendo como puntos de referencia a la “naturaleza jurídica de este delito” y “la especial forma de configuración”, establecerá cómo debe interpretarse dicho elemento, brindando las razones o argumentos que le dan sustento; contribuyendo de esta manera a una correcta interpretación y aplicación por parte de los operadores del derecho, principalmente jueces, fiscales y abogados defensores.

Con mayor precisión, la investigación se justifica pues brindará una análisis “profundo” del problema estudiado, considerando los dos puntos de referencia anteriormente indicados, que tienen incidencia en la forma como opera la prescripción y en la resolución de la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”; lo que nos permitirá optar por tal o cual criterio de interpretación; siendo una herramienta útil para los operadores del derecho.

¹⁵ Explicación de la forma cómo opera la prescripción de la acción penal, y la resolución de la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

1.1.4 Limitaciones

La principal limitación constituye la escasa información bibliográfica respecto al análisis dogmático “profundo” del delito de incumplimiento de obligación alimentaria en nuestro país.

1.1.5 Delimitación de la investigación

La presente investigación se enmarca dentro del Estudio del Derecho Público; básicamente dentro del Área del Derecho Penal, y dentro de ésta en el ámbito de la parte especial del derecho penal. Doctrinariamente se hará uso de los diversos aportes de los juristas más sobresalientes a nivel mundial.

1.2. Antecedentes teóricos del problema de investigación

El problema materia de estudio ha sido abordado por la doctrina. Así, Bramont - Arias Torres y García Cantizano han señalado que: “El delito se consuma en el momento de vencerse el plazo del requerimiento que fuere formulado al sujeto activo, bajo apercibimiento, sin que hasta el momento haya cumplido con la obligación de prestar los alimentos” (1996, 160); sin embargo, estos mismos autores precisan: “El Código Penal utiliza el término ‘resolución’, por lo que comprende [...] la sentencia del juicio de alimentos [...]”. Además enseñan que “Es un delito continuado, donde la pluralidad de hechos está considerada jurídicamente como una sola acción dando lugar a un solo delito” (1996, 159).

Como se evidencia de esta posición doctrinal, si bien es verdad que toma una posición clara a favor del primer criterio de interpretación del elemento del tipo “resolución judicial”; no obstante, más adelante, de manera inexplicable se inclinan a favor del segundo criterio de interpretación, no advirtiéndose mayor

argumentación sobre el tema. En cuanto a la consideración de su naturaleza continuada, olvidan que en el delito continuado hay pluralidad de acciones, donde cada acción se consuma de forma independiente, solo que jurídicamente se le considera como una unidad de acción; situación que no se presenta en el delito materia de estudio. Además, si bien no se pronuncian sobre la prescripción, al considerar que se trata de un delito continuado, el inicio del plazo de la prescripción debería operar desde el día en que terminó la actividad delictuosa, situación que no es explicada ni analizada por estos autores. Por último, esta posición doctrinal, no toma en cuenta la especial forma de configuración de este delito, pues cada liquidación es considerada como una nueva investigación o proceso.

Por su parte, Salinas Siccha explica que:

El ilícito penal de omisión de asistencia familiar se perfecciona o consuma, cuando el sujeto activo teniendo pleno conocimiento de la resolución judicial que le ordena pasar determinada pensión alimenticia mensual al beneficiario, dolosamente omite cumplir tal mandato (2005, 395-396).

Más adelante agrega:

Cuestión diferente es el requerimiento que debe hacerse al obligado con la finalidad que cumpla con lo ordenado por la resolución judicial. Ello simplemente es una formalidad que se exige y debe cumplirse para hacer viable la acción penal respecto de este delito. El requerimiento que se hace al obligado que dé cumplimiento lo ordenado en resolución judicial, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente, se constituye en un requisito de procedibilidad (2005, 396).

Por último se puede encontrar en su pensamiento:

Es un delito permanente [...] La omisión de cumplir con la resolución judicial que obliga a pasar una pensión alimenticia mensual y por adelantado se produce y permanece en el tiempo, sin intervalo, siendo el caso que tal estado de permanencia concluye cuando el obligado, quien tiene dominio de la permanencia, voluntariamente decide acatar la orden judicial o por la intervención de la autoridad judicial que coactivamente le obliga a cumplir su deber asistencial (2005, 391).

Como se aprecia este autor se inclina a favor del segundo criterio de interpretación; además que aborda el tema de la naturaleza permanente de este delito de manera directa, y el tema de la prescripción de manera indirecta; sin embargo, omite tomar en cuenta la especial forma de configuración de este delito.

1.3. Definición de términos básicos

Naturaleza jurídica: Calificación que corresponde a las relaciones o instituciones jurídicas conforme a los conceptos utilizados por determinado sistema normativo (Ossorio 2001, 639) o aquellos elaborados por la doctrina.

*Especial forma de configuración del delito de incumplimiento de obligación alimentaria*¹⁶: Situación que consiste en que cada liquidación de alimentos devengados, requerida bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público, mediante resolución judicial; da origen a un nuevo delito, investigación y proceso distintos.

Resolución Judicial: Es aquel instrumento a través del cual los jueces emiten sus pronunciamientos o impulsan el proceso. Estas pueden ser: decretos, autos o sentencias. En la tesis se discutirá si se trata de un auto o de una sentencia firme.

1.4. Hipótesis

El elemento “resolución judicial” contenido en el tipo básico del artículo 149 del Código Penal, como exigencia para la consumación del delito de incumplimiento de obligación alimentaria, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica y su especial forma de configuración, debe interpretarse como aquella que hace referencia a la resolución (auto) que contiene el requerimiento de pago de

¹⁶ El carácter peculiar de su configuración.

alimentos devengados, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público¹⁷.

1.5. Objetivos

1.5.1. General

Determinar la forma en que debe interpretarse el elemento “resolución judicial” contenido en el tipo básico del artículo 149 del Código Penal, como exigencia para la consumación del delito de incumplimiento de obligación alimentaria; teniendo en cuenta su naturaleza jurídica y su especial forma de configuración.

1.5.2. Específicos

- a. Determinar la naturaleza jurídica del delito de incumplimiento de obligación alimentaria, según la doctrina y la jurisprudencia.
- b. Explicar la especial forma de la configuración del delito de incumplimiento de obligación alimentaria, según la doctrina y la jurisprudencia.
- c. Establecer la forma en que opera la prescripción de la acción penal del delito de incumplimiento de obligación alimentaria, según la doctrina y la jurisprudencia.
- d. Explicar la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

¹⁷ En consecuencia, la consumación de este delito, opera cuando vence el plazo que otorga dicha resolución judicial sin que el obligado cumpla el requerimiento judicial.

1.6. Diseño de contrastación de la hipótesis

1.6.1. Ejes de la investigación¹⁸

Resolución Judicial (auto) que contiene el requerimiento de pago de alimentos devengados, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público.

1.6.2. Unidad de Análisis

Art. 149 del Código Penal.

Art. 6 segundo párrafo de la Constitución Política del Estado.

Nueve (09) jurisprudencias en materia penal referidas a la consumación del delito de incumplimiento de obligación alimentaria (Ver Apéndice A).

1.6.3. Universo y Muestra

a) **Universo:** No obstante la naturaleza dogmática (interpretativa) de la presente investigación, el universo está conformado por la totalidad de jurisprudencias en materia penal (1998-2010) referidas a la consumación del delito de incumplimiento de obligación alimentaria dadas en el Perú.

b) **Muestra:** Se han revisado nueve (09) jurisprudencias, las cuales han sido elegidas utilizando el criterio de CONVENIENCIA DE JERARQUÍA; es decir, se prefirieron las resoluciones emitidas por las Salas Superiores y Supremas de las Cortes de Justicia del Perú.

1.6.4. Tipología de la Investigación

Nuestro estudio se enmarca dentro de las investigaciones **DOGMÁTICO-JURÍDICAS**, en tal sentido, la presente investigación apunta al análisis de las limitaciones, las lagunas o el sentido de las instituciones

¹⁸ Este ítem ha sido considerado en base a lo recomendado por el profesor de los cursos Seminario de Tesis I y II, ambas materias dictadas en la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca.

jurídicas a la luz de los elementos formales normativos. En este sentido la tesis brindará las razones o argumentos por los cuales debe asumirse tal o cual criterio de interpretación respecto al elemento del tipo penal “resolución judicial”.

Asimismo, la presente investigación es de tipo **PROPOSITIVA**, debiéndose entender por tal, aquel examen que busca cuestionar una ley o una institución jurídica vigente para, luego de evaluar sus fallas, proponer cambios o nuevas interpretaciones. En el presente caso, luego de describir y explicar la realidad normativa, doctrinal y jurisprudencial sobre el elemento “resolución judicial” contenido en el tipo básico del artículo 149 del Código Penal, se planteará cuál criterio de interpretación debe asumirse, teniendo como referentes la naturaleza jurídica de este delito y su especial forma de configuración.

1.6.5. Métodos de la Investigación

Para demostrar nuestra hipótesis, utilizaremos el **MÉTODO DOGMÁTICO**, que consiste en el análisis de la letra del texto normativo, desde la perspectiva normativa, doctrinaria y jurisprudencial, descomponiendo dicho texto analíticamente para luego reconstruirlo en forma coherente, arrojando una construcción (interpretación) o teoría jurídica. En nuestro caso, el análisis es del elemento “resolución judicial” contenido en el tipo básico del artículo 149 del Código Penal, a través de los distintos criterios de interpretación: literal, lógica, sistemática y teleológica de dicha norma, para plantear cuál es el criterio de interpretación que debe asumirse, teniendo como

puntos de referencia a la “naturaleza jurídica de este delito” y a “la especial forma de configuración”.

Asimismo, utilizaremos el **MÉTODO ARGUMENTATIVO** para determinar la forma en que debe interpretarse el elemento “resolución judicial” contenido en el tipo básico del artículo 149 del Código Penal, esencialmente se echarán mano de argumentos semánticos, históricos, comparativos, sistemáticos, teleológicos y argumentos prácticos en general.

Aunado a lo anterior, también utilizaremos el **MÉTODO EXEGÉTICO**, por el cual desentrañaremos el sentido del texto expreso del elemento “resolución judicial” contenido en el tipo básico del artículo 149 del Código Penal.

1.6.6. Técnicas e Instrumentos de la Investigación

1.6.6.1 Técnicas

Se ha empleado la técnica de la observación y recopilación documental para captar la información existente del problema estudiado. Asimismo, luego de la recopilación, se va a utilizar la técnica de selección y síntesis; y, por último la de análisis e interpretación de la información obtenida.

1.6.6.2. Instrumento de recolección de datos

En el desarrollo del presente trabajo de investigación se ha utilizado las **fichas** bibliográficas, textuales, de resumen y de comentario. Los cuales, nos permitió realizar una recolección y sistematización de datos adecuada, referida al estudio de la codificación, la doctrina y la jurisprudencia.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. La teoría del delito

La dogmática penal ha tratado de dar respuesta a tres preguntas fundamentales respecto de su objeto de estudio llamado Derecho penal: ¿qué es el Derecho penal?, ¿qué es el delito?; y, ¿cuáles son las consecuencias jurídicas que acarrea el delito? La primera pregunta, ha sido abordada por la Teoría del Derecho penal, la segunda, por la Teoría del delito; y, la última por la Teoría de las consecuencias jurídicas del delito.

Teniendo en cuenta los alcances y delimitación de nuestra investigación, desarrollaremos, en primer lugar, como parte de nuestro marco teórico, la llamada Teoría del delito. Sin embargo, antes de abordar el concepto y contenido de ella, con la finalidad de otorgarle mayor solidez y coherencia a nuestro análisis, trataremos previamente de justificar por qué razones asumimos el método ontológico-normativo o método sintético real-normativo en la construcción de una sólida Teoría de la Responsabilidad Penal; y, porqué es necesaria una construcción sistemática de este tipo dentro del Derecho penal, veamos.

2.1.1. El método ontológico-normativo o método sintético real-normativo

Este método es de carácter sintético, esto es, óntico-axiológico, o real-normativo, pues pretende lograr una fusión entre realidad y valor. Más precisamente:

consiste [...] en que a partir de la contemplación de la función y fines del Derecho penal, procede a identificar los fenómenos reales que interesan al Derecho penal, para analizarlos en sus estructuras y sintetizar después los resultados del análisis, y todo ello con el fin de conocer el fenómeno en su unidad y en su realidad para poder fundirlo con los valores jurídicos correspondientes [...] De ahí la gran superioridad del finalismo frente al resto de las Dogmáticas, considerablemente más retrasadas e incapaces de progresar en el conocimiento de la materia del Derecho y de su valoración correcta. (Gracia Martín 2005a, 513)

Como acertadamente expresa el profesor de la Universidad de Zaragoza, Luis

Gracia Martin:

A una teoría y a un método como los desarrollados por el finalismo, sólo se llega, a mi juicio, si a la respuesta que se obtenga de la pregunta sobre la función y los fines del Derecho penal¹⁹, sigue una nueva pregunta acerca de las condiciones de la posibilidad de realización de aquella función y de aquellos fines, si esta nueva pregunta va seguida después de una indagación que conduzca al conocimiento de dichas condiciones de posibilidad, y si, finalmente, se quiere configurar al Derecho penal como un sistema conforme con aquellas condiciones de posibilidad de realización de su función y de sus fines. Así procedió Welzel, y así fue como éste descubrió que el respeto de determinadas estructuras fenoménicas de la materia del derecho por el legislador y, con ello, la congruencia de la regulación jurídica con dichas estructuras lógico-objetivas, constituyen precisamente aquellas condiciones de la posibilidad de realización de la función y de los fines del Derecho en general y del Derecho penal en particular. (2005a, 514)

En adelante, siguiendo las ideas de Gracia Martin (2005a, 514-516), podemos decir que, al menos una vez que se ha constituido la sociedad, los seres humanos desarrollamos nuestra existencia y nuestra actividad en relación con dos mundos diferentes, aunque no necesariamente incompatibles. Se trata del mundo físico-natural y del mundo social o socio-político. Tanto uno como otro se caracterizan porque en mayor o menor medida ambos funcionan de un modo ordenado, es decir, conforme a regularidades del acontecer, conforme a una legalidad. Ahora bien, en esta dimensión meramente formal acaba la similitud. Las leyes del mundo físico-natural son de carácter necesario y el acontecer físico-natural se impone inexorablemente por la causalidad. Las leyes del mundo social, por el contrario, no tiene carácter necesario, pues se fijan mediante convenciones entre los hombres. Como aquí no rige la causalidad, las leyes del orden social requieren de algún mecanismo que reemplace a aquella para su imposición, y ese mecanismo no puede consistir nada más que o bien

¹⁹ Por ello Hassemer (2012, 94) expresa: “la cuestión de la idoneidad carece de sentido mientras no exista claridad sobre los correspondientes contenidos de una teoría del Derecho penal, esto es, mientras esté por determinar cómo tal teoría describe los fines y funciones del sistema del Derecho penal [...] si se trata de la protección de bienes jurídicos [...]”.

en la realización de actos de coacción por un poder superior, o bien en el establecimiento de deberes u obligaciones para los destinatarios de estas leyes.

Ahora bien, sobre todo desde *Pufendorf*, se encuentran perfectamente delimitados los campos en que una legalidad se impone como mera coacción del poder y en que se impone, por el contrario, en tanto que Derecho. Sólo una legalidad que pretenda imponerse por su carácter obligatorio, o sea, por medio del deber, puede merecer el rango de Derecho.

A partir de la autonomía kantiana, obligación y persona responsable son dos conceptos inseparables. Todo mandato que pretenda obligar a un hombre en tanto que norma jurídica, tiene que reconocerle como persona. Por ello, dice y subraya Welzel, citado por Gracia Martín (2005a): “el reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si este no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que Derecho”.

Es evidente que este reconocimiento del hombre como persona responsable no resuelve nada acerca de cuáles deban ser los contenidos materiales de las normas jurídicas. Su virtualidad no reside en nada más, pero tampoco en nada menos que en que para que una norma pueda imponerse en tanto que Derecho y no en tanto que mero acto de poder, es preciso que mantenga incólumes las propiedades o los componentes esenciales que hacen salir del hombre del estado del *naturalis incultus*, por expresarlo con palabras de *Pufendorf*, y le hacen adquirir la condición de persona responsable. Gracia Martín (2005a, 516)

La dignidad de la persona es sin duda un valor, pero el sustrato de la persona pertenece a la esfera ontológica y tiene como componentes ónticos a la capacidad de actuar de modo final²⁰, esto es de dirigir su actividad de modo consciente a una meta, y la capacidad de comprometerse y, por ello, de obligarse ético-socialmente, esto es, con conciencia de que le es posible cumplir las obligaciones que ha contraído. La estructura final de la acción humana y la capacidad de autodeterminación conforme al

²⁰ De modo voluntario en términos de Hirsch (2005, 18). “Más exactamente debería hablarse de la acción voluntaria”.

sentido y al valor son, por lo tanto, estructuras lógico objetivas, o sea reales o fenoménicas de la condición de persona. El Derecho tiene que atenerse a ellas y respetarlas de modo necesario, si es que quiere imponerse en tanto que Derecho y no como mera fuerza.

Ahora bien, la vinculación del legislador a estas estructuras lógico-objetivas y la función limitativa de las mismas, es sólo relativa. El legislador se encuentra vinculado a ellas únicamente en la medida en que quiera establecer una regulación de determinada clase; por ejemplo, una regulación de conductas humanas en vez de otra de relaciones de adjudicación o de distribución de cosas, y por otro lado, esa vinculación es sólo de carácter lógico, en el sentido de que la regulación debe ser adecuada objetivamente, es decir, conforme a la materia de la regulación. Ciertamente que un desconocimiento de la estructura lógico-objetiva de la materia de la regulación por el legislador, no tiene como consecuencia la invalidez de su regulación, pero tampoco es menos cierto que tal desconocimiento sí da lugar a que la regulación sea objetivamente errónea, totalmente contradictoria e incompleta, y por todo eso, incapaz de alcanzar su fin. Puesto que el Derecho penal es un ordenamiento que regula la conducta humana, la estructura finalista de la acción, la estructura fenoménica de la culpabilidad como capacidad individual de autodeterminación conforme al Derecho, y también la relación de la participación delictiva con la finalidad del autor, son estructuras lógico-objetivas a las que tienen que atenerse necesariamente el legislador penal, el aplicador del Derecho y la Dogmática jurídico-penal. (Gracia Martín 2005, 516-517)²¹

Esta es la regla general; sin embargo, en supuestos excepcionales, estas estructuras ontológicas son insuficientes, por lo que es necesario recurrir a los fines

²¹ Para una respuesta a la supuesta inconsistencia del método lógico objetivo, véase las reflexiones del profesor Luis Gracia Martín (2005, 517-526). Asimismo, para una respuesta contundente a las críticas metodológicas y sistémicas del “finalismo”, véase los argumentos del profesor Hirsch (2005).

del Derecho penal, apreciándose así una suerte de síntesis entre aspectos ontológicos y normativos.

Más precisamente, el Derecho penal debe regular, como todo Derecho, el comportamiento humano y, con ese fin, impone normas, así son emprendidas acciones positivamente, o son omitidas acciones negativamente valoradas por el Derecho. Como el medio del Derecho penal consiste en la amenaza de sanciones que, por sí mismas, provocan un daño de estados que en sí son valorables; por ejemplo, la libertad o el patrimonio de los particulares, la utilidad para la sociedad, existente en la protecciones de bienes jurídicos, no es suficiente para legitimar el daño sufrido por el afectado, provocado por la pena. Esta tarea de legitimación es cumplida por el principio de culpabilidad, porque alguien que habría podido evitar un hecho prohibido por la norma, que le era reconocible, es él mismo responsable por la sanción que es acertada para él. En consecuencia, la libertad de poder actuar de otra manera es la estructura **ontológica** que rellena el principio normativo de la reprochabilidad.

Por cierto, el Derecho positivo (Código Penal) no limita el concepto sistemático penal de culpabilidad a esa estructura lógico-objetiva, sino que renuncia ya a la pena cuando el autor, si bien es capaz de actuar de otra manera, no le puede ser exigido el cumplimiento de la norma debido a una situación de presión extraordinariamente fuerte o a raíz de considerables dificultades en el reconocimiento de la norma. Cuando es éste el caso, sólo puede ser apreciado, debido a la falta de una estructura **ontológica** que exista para esto, recurriendo a los fines del Derecho penal, haciendo una apreciación consecuencial al estilo de un ingeniero social y, para el caso de que las consecuencias perjudiciales para los fines del Derecho penal no sean especialmente grandes, se ejerce indulgencia frente a debilidades humanas. Así, por

ejemplo, en los casos de estado de necesidad disculpante se requiere heroísmo, no del ciudadano corriente, pero sí de policías o soldados. (Schünemann 2011, 23)²²

En suma, el análisis debe realizarse teniendo en cuenta los postulados del finalismo; sin embargo, en determinados supuestos excepcionales –en virtud al principio de culpabilidad–, asumimos los postulados del funcionalismo moderado²³.

Crítica al funcionalismo de Jakobs

Como se advierte en nuestra dogmática nacional, existe una tendencia marcada a utilizar conceptos del “funcionalismo radical” del profesor alemán Günther Jakobs, lo cual debe hacerse con mesura. A nivel de tipicidad tienen un alto rendimiento, como lo han reconocido hasta sus propios críticos (sobre todo en imputación objetiva del comportamiento); no obstante, cuando se llega al desarrollo del contenido de la culpabilidad, esa coherencia fracasa, pues sus “conceptos” de culpabilidad no tienen referencia real sino solo normativa.

Así, el profesor Schünemann (2011, 27-28) nos da cuenta de lo siguiente:

Permítanme ahora considerar y criticar del modo más concentrado posible aquellos cambios que se produjeron en la concepción de la culpabilidad de Günther Jakobs desde la segunda edición de su Manual y que no parecen ser percibidos por sus discípulos en Latinoamérica, mientras que muchos de sus discípulos españoles se han distanciado, por esa razón, de su teoría penal actual.

El funcionalismo tratado hasta ahora, orientado en la teoría de los sistemas de Luhmann, funcionalismo orientado en la realidad, fue dejado de lado por Jakobs en lo que se refiere a la teoría de la pena en sus nuevos trabajos desde 1992. Ahora se basa expresamente en la teoría de la pena de Hegel, rechaza expresamente un fin, a perseguir con la pena, de influir en el comportamiento de algún individuo y, en lugar de ello, legitima la pena sólo a través de la necesidad de marginalizar la afirmación del autor (objetivada en el hecho) de que la norma no rige, a través de una contra-afirmación objetivada en la pena.

²² Sobre el “concepto” de culpabilidad de Jakobs, quien inexplicablemente tiene muchos seguidores en nuestra región, véase las reflexiones críticas de este “concepto” que realiza el profesor Schünemann (2011, 27-35).

²³ No como teoría “adoptada”, sino como criterio correctivo. Sobre los postulados del funcionalismo moderado o sistema racional-final o teleológico, véase Roxin (2010, 203-206). Sobre las bases en las cuales asienta su pensamiento, entre otros, puede consultarse las reflexiones del profesor Silva Sánchez (2000, 185-192).

En rechazo de la dogmática tradicional, en opinión de Jakobs absolutamente obsoleta, “naturalística y aferrada a los hechos psíquicos”, este autor afirma que la misión del Derecho penal consiste en garantizar que se contradiga la expresión de sentido con la que se declara que la norma no rige; y que, en consecuencia, el Derecho penal no se desarrolla en la conciencia del individuo, sino en la comunicación, en cuyo seno la constitución individual del sujeto sólo se tiene en cuenta cuando el conflicto puede resolverse por vías distintas de la imputación, porque el concepto de delito debe ser entendido como comunicación, es decir, como expresión de sentido del autor como una persona formalmente razonable.

De este modo, Jakobs ha sublimado a procesos de comunicación tanto el delito, como también la consecuente pena de sucesos reales, ordenada como sanción, por ejemplo el matar a otro y el inmediato encarcelamiento del autor. De este modo, los ha elevado a un meta nivel simbólico, en el que ya no se trata de más de la utilidad y legitimación de las acciones reales, sino sólo de que los actos de comunicación estén libres de contradicciones. Pero las lesiones a bienes jurídicos son acciones reales y no meros actos de comunicación, y lo mismo vale para la pena impuesta al autor como un mal, es decir, que le causa un dolor. Por eso, el objeto de la teoría de la pena es capacidad real de influenciar el comportamiento humano mediante la amenaza de pena y su legitimación mediante la evitabilidad individual de la lesión de bien jurídico. Por el contrario, el contenido atribuible al hecho en un meta nivel sólo puede legitimar también respuestas comunicativas, por ejemplo en forma de una reprobación en público.

El hecho de que Jakobs, desde su cambio de Luhmann a Hegel en esta temática, reemplace el análisis funcional de sucesos reales por la consideración de la comunicación simbólica que se encuentra en ellos, ha conducido a consecuencias considerables en su teoría de la pena. Al definir la sociedad como comunicación personal entre los destinatarios de la norma, es reconocido como persona sólo el individuo que participa de ello²⁴.

Para el desconcierto de sus discípulos, Jakobs dio un giro más hace pocos años, cambiando de nuevo su opinión y regresando respecto de la punibilidad de las personas jurídicas a un concepto ontológico de culpabilidad²⁵, cuya relevancia en Derecho penal él había repudiado antes de un modo enérgico, durante veinticinco años.

²⁴ Esto conlleva a la distinción entre Derecho penal de ciudadano y Derecho penal de enemigo, duramente criticada, sobre todo desde el prisma procesal: “sólo puede ser juzgada con fiabilidad luego de un proceso la cuestión acerca de si alguien se ha apartado del Derecho de forma constante y, por eso, acerca de si es enemigo en el sentido de Jakobs. Por eso, en el proceso mismo debería continuarse respetándose tales garantías del Derecho penal del ciudadano” Schünemann (2011, 29). Para una revisión crítica de esta “derecho”, puede consultarse las reflexiones de Luis Gracia Martín (2005 b, 2-43).

²⁵ Véase, más detalle Schünemann (2011, 31).

En suma:

tampoco respecto de las personas jurídicas es posible romper con los límites ontológicos del principio de culpabilidad mediante la construcción de un concepto funcional de culpabilidad [...] En consecuencia, la ciencia penal debe utilizar ambos métodos (ontológico y normativista), tanto el análisis funcional de la norma, como así también el análisis empírico de las estructuras ontológicas a las que se refiere la norma. (Schünemann 2011, 35)

En definitiva, conforme se apreciará en el desarrollo de la teoría del delito, sentamos nuestra base –la acción o comportamiento– sobre el finalismo; a nivel de tipicidad utilizaremos conceptos funcionales; y, a nivel de culpabilidad echamos mano no solo de aspectos ontológicos sino también normativos. Por ello, el método que utilizamos es ontológico-normativo (síntesis entre realidad y valor).

2.1.2. Valor y necesidad de una construcción sistemática en Derecho penal.

En este punto, justificaremos por qué es necesaria una construcción sistémica en el Derecho penal, nos referimos a lo que se conoce como teoría del delito.

Así, las construcciones sistemáticas de la ciencia penal le resultan al profano, aunque sea culto, a menudo extrañas; al estudiante, ininteligibles, y al práctico, superfluas.

Si por sistema científico [...] se entiende simplemente una ordenación lógica de los conocimientos particulares alcanzados en la ciencia de la que se trate, salta inmediatamente a la vista que la renuncia a toda construcción sistemática equivale a un permanente estado embrionario de la referida ciencia. En efecto, sólo poniendo tales conocimientos [...] mediante el orden sistemático puede llegarse a saber si son lógicamente compatibles entre sí o se contradicen. (Schünemann 2012, 2)

En un sistema que conste de enunciados científicos, el contenido de los enunciados determina, a la vez, de modo inmediato, la relación sistemática de unos con otros. Esta evidente unidad de contenido y sistema se pierde, sin embargo, cuando (con una enorme elevación del grado de abstracción) pasan a utilizarse, como piezas

del sistema, no proposiciones sino conceptos, algo que se ha hecho usual en la ciencia del derecho. Los elementos del sistema del Derecho penal –tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad– quedan tal vez ocultos a la comprensión del profano por su carácter inexpresivamente abstracto.

Sin embargo, una renuncia a toda construcción jurídica-sistemática, significaría que la solución de los conflictos sociales permanecería en el ámbito del obrar cotidiano y en el marco sistemático del lenguaje ordinario que lo expresa y conforma; por tanto, tendría lugar mediante pluralidad de opiniones y puntos de vista, de argumentos y reflexiones, de conceptos y de resultados que pueden encontrarse aquí.

Para demostrar esto, baste el sencillo ejemplo de la sustracción nocturna del arado que un campesino ha dejado en sus tierras. La cuestión de si cabe calificar esta acción de “apoderamiento” de una cosa mueble ajena no se decidiría de modo arbitrario en absoluto en el marco de una discusión de lenguaje ordinario, pues la expresión “apoderamiento” tiene, en su aplicación cotidiana, un núcleo completamente sólido (en el que cabe, por ejemplo, la sustracción de carteras por carteristas). De este modo, la propia ordenación de la realidad a través del lenguaje ordinario impide un uso completamente “caótico” de tal término. Sin embargo, cualquier discusión del lenguaje ordinario, hasta la más celosa, habría de acabar en “tablas” (en un *non liquet*), dado que la sustracción nocturna de un arado cae, sin duda, en el amplio “campo de significación” del concepto de apoderamiento del lenguaje ordinario. Por el contrario, una discusión jurídico-dogmática del mismo tema se caracteriza por la mayor precisión del esquema clasificatorio empleado, por la más estricta comprobación de la admisibilidad de los argumentos empleados y, en consecuencia, por la reducción drástica de número de soluciones defendibles.

Así, en el ejemplo, la definición de “apoderamiento” como “ruptura de la posesión ajena y creación de una nueva”, en donde la “posesión” aparece subdefinida como “dominio efectivo sobre la cosa que juzgar según las reglas de la vida social y apoyado en una voluntad de dominio”. Por otro lado, al concepto de apoderamiento con ánimo de apropiación como acción típica del hurto se opone, en el mismo plano sistemático, la “apropiación” de una cosa que se encuentra en posesión del autor, como acción típica de la apropiación indebida, de modo que pueden describirse de modo exacto las consecuencias de no emplear la calificación “apoderamiento” para el caso de la sustracción nocturna de un arado del campo. Así pues, y con independencia de cómo se resuelva la cuestión decisiva, el valor de la sistemática jurídico-penal (que aparece en un nivel medio de abstracción en el caso del concepto de apoderamiento) radica en que conduce, sin rodeos, a un correcto planteamiento de la cuestión, muestra las consecuencias de las soluciones pertinentes y garantiza, así, una ordenación, precisión y canalización de los argumentos y posibilidades de solución relevantes. Algo que no sería posible con la descripción y el análisis de los conflictos sociales que proporciona el lenguaje ordinario. (Schünemann 2012, 5-7)

Ahora bien, teniendo como base lo anteriormente expuesto, desarrollemos el concepto y necesidad de la Teoría del delito.

2.1.3. Concepto y necesidad de la Teoría del Delito

Se llama teoría del delito a la parte de la ciencia del Derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito. (Zaffaroni 1998, 389)

Esta noción se vincula al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, el cual consiste en la facilitación de la averiguación de la presencia o

ausencia del delito en cada caso concreto. En efecto, cuando el Juez, fiscal, defensor o quien fuere, se encuentra ante la necesidad de determinar si existe delito en un caso concreto, como por ejemplo, la conducta de un sujeto que se apoderó de una alhaja en una joyería, incumbiéndole averiguar si esa conducta constituye o no delito; lo primero que debe saber es qué carácter o característica debe presentar una conducta para ser delito.

En este orden de ideas, puede señalarse que dicha conducta es delito pues se adecúa a lo prescrito en el artículo 185²⁶ del Código Penal; no obstante, puede suceder que pese a adecuarse a esta disposición, en el caso concreto, el sujeto hubiese tomado la joya por error, o que lo hubiese hecho porque necesitaba dinero para operar a su hijo en peligro de muerte, o que la alhaja fuese de él y él creyese que fuese del joyero, o que lo hubiese tomado para amenazar al joyero con destruirla si no le entregaba una carta comprometedor con que el joyero le extorsionaba, exigiéndole entregas de dinero. En cualquiera de estos supuestos, igualmente habrá que dar respuesta: ¿el sujeto cometió un delito o no?

Para dar respuesta a esta interrogante, es imprescindible saber qué caracteres debe tener un delito, siendo necesario formularnos una serie de preguntas y no sólo una, como hemos visto. Estas preguntas y sus respectivas respuestas deben darse en un cierto orden, porque no tiene sentido que preguntemos algunas cosas cuando aún no hemos respondido otras.

Las preguntas y su orden es precisamente lo que nos proporciona la teoría del delito, puesto que al explicarnos qué es el delito en general, dándonos los caracteres que debe presentar todo delito, nos está revelando las preguntas que deben responderse para determinar en cada caso si hay delito, y nos la está

²⁶ **Artículo 185 del CP.**- “El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de Límites Máximos de Captura por Embarcación.”

dando en un orden lógico del mismo modo que en cualquier otro fenómeno complejo cuya naturaleza debemos esclarecer. (Zaffaroni 1998, 390).

En conclusión, “la teoría del delito es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto” (Zaffaroni 1998, 390).

2.1.4. Necesidad de estratificar la Teoría del delito

Como señalamos, son varias las preguntas que debemos responder para saber si en cada caso concreto hubo delito, por ello estas preguntas tienen que ser consecuencia de un análisis en que sea necesario proceder por pasos sucesivos. Esta asunción, nos lleva a asumir un concepto estratificado de delito, es decir, que se integra con varios estratos, niveles o planos de análisis, pero “ello de ninguna manera significa que lo estratificado sea el delito: lo estratificado es el concepto que del delito obtenemos vía análisis” (Zaffaroni 1998, 392). Lo que hay que enunciar será los caracteres analíticamente obtenidos.

2.1.5. Niveles analíticos de la Teoría del Delito

Cuando queremos averiguar qué es el “delito”, aún sin necesidad de abrir el Código Penal, sabemos que los delitos no pueden ser otra cosa que conductas humanas, pues carece hoy de sentido hablar de “delitos” que no sean conductas humanas. La conducta humana es entonces el “sustantivo” a la que hay que agregarle “adjetivos”.

Luego, sabemos que existen una infinidad de conductas humanas posibles, pero sólo algunas son delitos. Para poder distinguir las conductas que son delito de aquellas que no lo son, acudimos al libro segundo del Código Penal (artículo 106 y ss.), donde unos dispositivos legales describen las conductas prohibidas o mandadas a

las que se asocia una pena como consecuencia jurídica. Habrá delito entonces, si es que en un caso concreto la conducta humana se adecúa a alguno de estos dispositivos legales (Parte especial del Derecho penal).

Dentro de nuestra disciplina, técnicamente se llama “tipos” a estos elementos de la ley penal que sirven para individualizar la conducta que se prohíbe u ordena que se haga con relevancia penal. Cuando una conducta se adecúa a un “tipo penal”, decimos que se trata de una conducta típica o una conducta que presenta la característica de tipicidad. En otras palabras, el sustantivo conducta con su primer adjetivo denominada típica.

De este modo, hemos obtenido ya dos caracteres del delito: uno genérico (conducta) y otro específico (tipicidad), es decir que la conducta típica es una especie del género conducta.

Sin embargo, con la sola característica de tipicidad no basta, pues existen casos en los cuales no existe delito porque no hay conducta (fuerza física irresistible), otros en que no hay tipicidad (supuestos de error), pero también hay casos en que para la ley penal (artículo 20° del Código Penal) no existe delito pese a haber una conducta plenamente típica.

En efecto; si reparamos en el listado del artículo 20° del CP., observamos supuestos en que operan permisos para realizar conductas típicas. Cuando la conducta típica no está permitida, diremos que, además de típica, será también contraria al orden jurídico. A esta característica (segundo adjetivo) de contrariedad al orden jurídico formando un conjunto armónico –que se comprueba con la ausencia de permisos– se le llama antijuridicidad. Por ende, decimos que la conducta es, además de típica, antijurídica.

En suma, para que haya delito, no será suficiente con que la conducta presente la característica de tipicidad, sino que se requerirá que presente también un segundo carácter específico: la antijuridicidad.

Pese a esto, si leemos nuevamente el artículo 20° del CP., veremos que hay supuestos de los que se deduce que no toda conducta típica y antijurídica es delito, porque se menciona supuestos en que la conducta es claramente típica, que no existe permiso legal alguno, y sin embargo, tampoco existe delito. Así, por ejemplo, el que por su incapacidad o anomalía psíquica no puede comprender la antijuridicidad de su hacer (“loco”), no comete un delito pero su conducta es típica y no se encuentra amparada por ninguna causa de justificación.

En la dogmática penal, se llama a la conducta típica y antijurídica, un “injusto penal”, reconociendo que el injusto penal no es aún delito, sino que para serlo, tiene que ser “atribuible” o “imputable” a su autor. A esta característica de atribuibilidad del injusto al autor es a lo que se denomina culpabilidad y constituye el tercer carácter específico (adjetivo) del delito.

De esta forma se habrá construido el concepto de delito como conducta típica, antijurídica y culpable. Esta definición, nos da el orden en que debemos formularnos las preguntas que nos servirán para determinar en cada caso concreto si hubo o no delito.

En suma, en primer lugar, debemos preguntarnos si hubo conducta, porque si falta el carácter genérico del delito nos hallamos ante un supuesto de ausencia de conducta y no cabe preguntar mas. Luego debemos preguntarnos por los caracteres específicos, pero también allí debemos seguir el orden señalado, porque si concluimos que la conducta no se adecúa a un tipo penal, no tiene caso averiguar si está permitida

o si es contraria al orden jurídico y menos aún si es atribuible o imputable, puesto que jamás será delito, aunque las respuestas precedentes sean afirmativas.

En otras palabras, si nos encontramos ante una conducta típica, cabrá entonces preguntarnos si esa conducta es antijurídica, porque en caso negativo no tiene sentido preguntarse por la culpabilidad, porque el derecho no se ocupa de la atribuibilidad de conductas que no sean contrarias a él (que están justificadas). Por último, cuando tenemos una conducta típica y antijurídica, recién cobra sentido preguntarse si esa conducta le es atribuible al autor, es decir, si es culpable. En los supuestos de inculpabilidad el injusto no es delito. (Zaffaroni 1998, 395-398)

Esta forma de razonar, se llama

concepción estratificada del delito, que consiste en requerir una serie de elementos del delito que están vinculados lógicamente entre sí, de tal manera que cada uno de ellos implica la presencia del que se menciona antes (la tipicidad supone la existencia de acción, la culpabilidad de antijuridicidad, etcétera). (Nino 2012, 180-181)

A continuación desarrollaremos, cada uno de estos caracteres genéricos y específicos del delito, o como también señalamos, el sustantivo con sus respectivos adjetivos.

2.1.6. La conducta o comportamiento

Sin desmerecer la evolución del concepto de esta categoría jurídica²⁷, podemos decir que no se concibe delito sin acción humana. La acción es el primer elemento en el concepto del delito²⁸. De tal manera que, la acción es la conducta humana voluntaria, consistente en un hacer o en un no hacer. (Ure 2010, 347)

²⁷ Sobre la evolución del concepto de acción, en sentido crítico, véase las reflexiones del profesor Tomas S. Vives Antón (2011, 121-156). De manera detallada sobre el concepto de acción, puede consultarse las reflexiones de Edgardo Gramajo (1975, 19-144).

²⁸ Actualmente defiende esta posición Roxin (2010, 252-265). En contra, y solamente la consideran como categoría independiente a efectos didácticos, entre otros: Muñoz Conde (200, 241) quien expresa: “no hay una

De la noción antes expuesta se pueden deducir los elementos de la acción:

a) Debe tratarse de un comportamiento exterior, positivo (acción *strictu sensu*) o negativo (omisión). La volición interna que no se proyecta al exterior queda en posición de licitud para el Derecho penal: *cogitationis poena nemo patitur*²⁹.

b) Puede manifestarse en dos formas, en un hacer, o un “no hacer”. Estas dos formas de la conducta originan la división en delitos de comisión y en delitos de omisión; respectivamente, y éstos últimos, a su vez, en delitos omisivos propios y omisivos impropios o de comisión por omisión.

c) El comportamiento además de humano deber ser voluntario. Quedan excluidos del concepto: 1) los movimientos reflejos, es decir, aquellos movimientos involuntarios que suceden inmediatamente a una irritación periférica. Si a consecuencia de un intenso y súbito dolor que produce el aguijón de una avispa, se mueve el brazo y se daña un cosa ajena, no existe acción, 2) los estados de inconsciencia absolutos que anulan la voluntad, como la embriaguez letárgica o aquellos producidos en estados epilépticos; y, e) cuando el movimiento corporal es determinado por una fuerza física irresistible, siendo que el agente es instrumento de la voluntad de otro³⁰.

d) Debe producir un resultado en el mundo exterior, desde el prisma estrictamente jurídico y no en sentido físico o causal.

acción abstracta, pre jurídica, de robar o de agredir sexualmente, sino que sólo puede calificarse como tal aquella acción que concuerda con la descrita en los respectivos artículos del Código Penal”; y Mir Puig (2003, 153).

²⁹ “Nadie puede ser penado por sus pensamientos”. V.gr. Pensar en matar algo no es castigable, mientras que la comisión de un homicidio sí lo es.

³⁰ Debemos destacar aquí a los actos en corto circuito, que suelen confundirse con los actos involuntarios que como estamos desarrollando anulan la voluntad. Aquellos se forman sin la total colaboración de la personalidad psíquica, pero en su origen son voluntarios, son capaces de inhibición y por ello no escapan del ámbito de la voluntad. En otras palabras, son actos en lo que no se ejerció el poder de inhibición que se pudo ejercer.

2.1.7. Tipicidad

El primer adjetivo de la acción es la tipicidad. Esto quiere decir, que afirmada una conducta, lo primero que cabe preguntarse es si ésta se encuentra descrita o tipificada por una ley –ley en sentido estricto o decreto legislativo–. Esta exigencia emana del principio de legalidad, al constituirse en una garantía de todo ciudadano de conocer previamente las conductas prohibidas. A estas descripciones legales, se les denomina en la “ciencia penal” tipos penales.

Por ello, con acierto Muñoz Conde y García Aran (1990, 40) señalan: “El tipo penal es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal” mientras que Zaffaroni (1998, 453) expresa: “es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptivos, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas)”.

Desde un punto de vista material, el tipo penal cumple las siguientes funciones: a) una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes; es decir, a través del tipo el legislador escoge cuáles acciones serán prohibidas por el Derecho penal, b) una función de garantía, pues da seguridad de los ciudadanos que solo los comportamientos subsumibles en el tipo pueden ser sancionados penalmente. El tipo contiene todos los presupuestos que condicionan la aplicación de la pena, por eso se le denomina tipo garantía; y, c) una función motivadora general, pues al señalar a los ciudadanos cuáles son las conductas prohibidas y que, por tanto, pueden ser alcanzadas por la conminación penal, procura que ellos se abstengan de realizar dichas conductas.

Esta categoría –tipo penal– debe distinguirse del “juicio de tipicidad”, el cual consiste en la actividad intelectual para establecer si la conducta concreta se adecua o

no al tipo penal. La subsunción es el resultado positivo del juicio de tipicidad o juicio de adecuación (correspondencia entre hecho de la realidad y lo descrito en el tipo penal). La tipicidad es entonces la característica de la conducta de adecuarse en forma perfecta a la descripción de la conducta del tipo penal.

En suma,

a) Típica es la conducta que presenta la característica específica de tipicidad (*atípica* la que no la presenta); b) tipicidad es la adecuación de la conducta a un tipo; c) tipo es la fórmula legal que permite averiguar la tipicidad de la conducta). (Zaffaroni 1998, 456)³¹.

Respecto a su estructura, su configuración nunca ha permanecido igual; así, desde su formulación inicial por Beling en el año 1906, fue concebido en forma objetiva, es decir como abarcando sólo la exterioridad de la conducta y prescindiendo de todo lo interno. Todo ello dentro de la sistemática de un injusto objetivo y una culpabilidad subjetiva. Sin embargo, pronto esta concepción fue dejada de lado, pues al pretender abarcar solo aspectos objetivos o la exterioridad de la conducta, se terminaba aceptando que contenía meros proceso causales.

Ante ello, con el descubrimiento de elementos subjetivos del tipo y la concepción de una culpabilidad normativa, en la década del 30, irrumpe la figura de Welzel, quien construye una estructura compleja del tipo, es decir con un aspecto objetivo y otro subjetivo, dentro del marco de una teoría del delito con tres caracteres específicos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). Es ésta estructura la que se mantiene hasta la actualidad sin cuestionamiento, salvo en relación a sus fundamentos

³¹ “Tipo penal” es la fórmula legal que dice “el que mata a otro” (artículo 106 del Código Penal); “tipicidad” es la característica de adecuada al tipo que tiene la conducta del sujeto “A” que dispara cinco balazos contra “B”, dándole muerte (está en la realidad). La conducta de “A”, por presentar la característica de tipicidad, decimos que es una conducta “típica”.

filosóficos³². En este orden de ideas, veamos la vertiente objetiva y subjetiva del tipo penal, respectivamente.

2.1.7.1 Elementos de la tipicidad objetiva

El tipo objetivo, está compuesto por los siguientes elementos:

Sujeto activo: es la persona humana quien realiza la conducta prohibida descrita en la ley penal. Teniendo en cuenta este elemento, los tipos penales pueden ser: a) comunes, si el autor puede ser cualquier persona; y, b) especiales, si sólo pueden cometer el delito personas con “cualidades” especiales por razones naturales (auto aborto) o requerimientos jurídicos (funcionario público).

Sujeto pasivo: es el titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro.

Bien Jurídico Protegido: “es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan” (Zaffaroni 1998, 460). Los bienes jurídicos suele decirse que son, por ejemplo, la vida, el honor, la propiedad, la administración pública, etc. El “ente” que el orden jurídico tutela contra ciertas conductas que le afectan no es la “cosa en sí misma”, sino la “relación de disponibilidad”, del titular con la cosa. En otras palabras, los bienes jurídicos son los derechos que tenemos a disponer de ciertos objetos.

Citando a Roxin (2010, 56) podemos decir que:

Los bienes jurídicos son circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.

³² Esta concepción del tipo penal (objetivo-subjetivo), permite ubicar el querer del resultado (dolo) en el tipo, resolviendo el problema de la causalidad, la tentativa se distingue claramente porque el querer pasa a ser un problema típico; y, el tipo prohíbe una conducta y no una causación.

Teniendo en cuenta este elemento, los tipos penales, pueden ser de lesión o de peligro, dependiendo si se requiere una efectiva lesión del mismo o solo su puesta en peligro. Los delitos de peligro a su vez, se dividen en delitos de peligro concreto y de peligro abstracto.

Conducta típica: es el comportamiento descrito en cada uno de los tipos penales de la parte especial del Código Penal, se le conoce también con la denominación de “verbo rector”. Teniendo en cuenta este elemento, los tipos penales, pueden ser de mera actividad o de resultado.

Medio empleado: existen tipos que pueden ejecutarse utilizando cualquier medio, recibiendo la denominación de tipos de formulación libre, en oposición a los tipos de formulación casuística, que requieren el empleo de un medio específico.

Resultado: Se entiende que este elemento es exigible sólo respecto de los delitos de resultado mas no de los de mera actividad. Resultado es el fenómeno físico que acompaña a toda conducta y que se traduce en la afectación al bien jurídico. Por ejemplo, en el homicidio, se pueden distinguir, por un lado, la acción de matar, y por otro lado, el resultado muerte. Sin embargo, también se habla de resultado formal, cuando solamente hay una puesta en peligro del bien jurídico.

Relación de causalidad: esto significa que para poder atribuir un resultado a una persona como consecuencia de su actuar, es preciso determinar si entre acción y resultado existe relación de causalidad desde el punto de vista natural, para luego, determinar si existe vínculo jurídico entre ambos.

Imputación Objetiva: No obstante existir abundante literatura al respecto, y dentro de ellas principalmente las controversias suscitadas sobre su ubicación

sistemática³³ dentro de la Teoría del Delito; a nuestro criterio, esta forma parte de la tipicidad objetiva (elemento objetivo del tipo) o en todo caso funciona como un “criterio correctivo”³⁴ de la imputación al tipo objetivo.

En este orden de ideas, la imputación objetiva

responde a dos raíces distintas: por un lado, se trata de determinar si las características de la conducta llevada a cabo por el autor se corresponde con la previsión del tipo. Por otro lado, en los delitos de resultado, se trata de comprobar –una vez afirmada el carácter típico de la conducta– si el resultado conectado causalmente a esa conducta puede reconducirse normativamente a esta, es decir, si también el resultado es típico. (Cancio Meliá 2010, 186)

Se trata entonces, de una teoría de aplicación operativa a nivel típico, de carácter bifronte, cuyas raíces ha dado lugar a lo que se denomina: imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado. Veamos los criterios que comprenden ambos planos.

Imputación Objetiva del Comportamiento

Esta vertiente de la imputación objetiva se debe a los aportes de las corrientes jurídico-dogmáticas funcionales de las últimas décadas, en cuyo nivel de análisis “ha de comprobarse que la conducta en cuestión responde a los parámetros normativos generales del tipo” (Cancio Meliá 2010, 187), siendo tres los criterios a utilizarse: el riesgo permitido, la prohibición de regreso y la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima. Destacándose su funcionalidad como “escalones sucesivos de análisis” que van de lo más genérico a lo más específico³⁵.

Riesgo permitido: Se acepta de manera unánime que

³³ Sobre el contenido y extensión operativa de la Imputación Objetiva, puede consultarse las reflexiones del profesor español Mir Puig (2003, 2-19). Para una visión crítica de la Imputación Objetiva, puede consultarse las reflexiones del profesor Luis Gracia Martín (2005, 536-544).

³⁴ Esta frase es usada por el profesor argentino Zaffaroni (1998, 567) al desarrollar el *ítem* “tipicidad conglobante”, aunque con distinta connotación.

³⁵ Esta óptica brinda una aplicación más *coherente* de la mencionada teoría, pues en la doctrina e incluso en la jurisprudencia se usan estos criterios a veces de manera errada.

en el marco de la realización de actividades arriesgadas existen determinados espacios que ya desde un principio no se hallan abarcados por las normas penales de comportamiento por responder a una configuración vital que es tolerada de modo general. (Cancio Meliá 2010, 187)

Por eso, no es necesario hurgar en el aspecto subjetivo del delito ya sea doloso o imprudente, pues legitima espacios generales de libertad de actuar en cuanto elemento del tipo objetivo. En ciertos casos se creará un “nuevo” riesgo jurídico penalmente desaprobado, y en otros simplemente se “incrementará” uno que aún es permitido.

Prohibición de regreso: este criterio ha sido desarrollado principalmente por Jakobs, señala:

el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, existe prohibición de regreso cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida. (Cancio Meliá 2010, 189)

Imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima: este criterio parte por reconocer el llamado “principio de autorresponsabilidad”, el mismo que tiene sustento constitucional³⁶, que “consiste en el reconocimiento de la libertad de organización, y, correlativamente, en la atribución de una responsabilidad preferente al titular de los bienes” (Cancio Meliá 2010, 193); en otras palabras, este criterio operará en supuestos en los que el titular de un bien jurídico (“víctima”) emprende conjuntamente con otro (“autor”) una actividad que pueda producir una lesión a ese bien jurídico, siendo que el riesgo debe ser imputado al ámbito de la víctima si es que la actividad permanece en el ámbito conjunto de organización, si la conducta de la

³⁶ Artículo 2º de la Constitución Política: “Toda persona tiene derecho: **1.** A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a *su libre desarrollo y bienestar* [...]”. El énfasis es nuestro.

víctima no ha sido instrumentalizada por el autor; y, si este último no tiene un deber de protección específico frente a los bienes jurídicos de aquella.

En definitiva, se trate de un delito de mera actividad o de resultado, en un caso concreto, en el plano objetivo, en un primer nivel de análisis, habrá que evaluar *ab initio* si la conducta incriminada puede ser imputada objetivamente al autor, para lo cual habrá que recurrir a los criterios expuestos. Si uno de ellos concurre, no habrá imputación al tipo objetivo. En tanto que en su ausencia se procederá con los siguientes niveles analíticos: si se trata de un delito de mera actividad se procederá con el imputación subjetiva y personal, en tanto que si se trata de un delito de resultado, en el plano objetivo, todavía corresponde recurrir a un segundo nivel de análisis, conocido como imputación objetiva del resultado, veamos qué criterios comprende esta segunda vertiente o plano de la imputación objetiva.

Imputación Objetiva del Resultado³⁷

En este nivel de análisis se desarrollan los criterios que nos permitirán averiguar, una vez que se ha dicho que la conducta es típica³⁸, cuándo el resultado producido debe ser imputado a la conducta.

Así, se ha destacado que los criterios que hay que aplicar, para a partir del establecimiento de una conexión causal, imputar objetivamente en el ámbito jurídico un resultado a la persona que lo causó, son los siguientes:

La creación de un riesgo no permitido [...] la consiguiente realización de ese peligro o riesgo en el resultado, y la producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida. (Muñoz Conde y García Arán 2000, 263)

Sin embargo, con la finalidad de brindar coherencia o concordancia a estas dos maneras de entender la imputación objetiva, previamente es necesario desarrollar el

³⁷ Conocida también como “Imputación Objetiva en sentido estricto”.

³⁸ Se entiende que hace referencia a la acción típica, la misma que, en los delitos de resultado, debe tener un nexo de causalidad e imputación con el resultado efectivamente producido.

problema de la relevancia de las formulaciones hipotéticas para determinar la conexión entre la conducta y el resultado. En tal sentido, siguiendo a la doctrina clásica, se ha destacado que la formula hipotética más extendida es: ¿qué hubiera sucedido si el autor se hubiere comportado correctamente? Por ello, el resultado no es imputable cuando éste se hubiera producido con probabilidad rayana en la certeza, aunque el sujeto se hubiera comportado correctamente (“comportamiento alternativo ajustado a derecho”). Ante las críticas a esta fórmula hipotética, se ha desarrollado la Teoría del incremento del riesgo (Roxin) que propone imputar el resultado aunque no sea seguro que la conducta ajustada a derecho hubiera evitado el resultado (“si el autor ya generó un riesgo desaprobado debe imputarse el resultado como realización del riesgo típico”).

Ahora bien, en cuanto la problemática de la imputación de resultados en sí, es decir, la existencia de riesgos concurrentes junto al generado por la conducta típica, el profesor Cancio Meliá (2010, 197), desarrolla sólo dos criterios.

El primero, que soluciona los casos en los que el riesgo creado por el autor carece de relación con el resultado producido (“fin de protección de la norma”), siendo que en estos casos concurre un riesgo general de la vida, a pesar de que causalmente el autor haya contribuido a la producción del resultado (casos de shock) o cuando el riesgo generado por autor se ve sustituido por otro riesgo concurrente que forma parte de los riesgos generales de la vida (caso de la ambulancia).

Y el segundo, que remedia los casos en que el riesgo creado por el autor esté relacionado con el ámbito en que se produce el resultado (no existe concurrencia de riesgo vital), pero éste no se realiza porque la conducta de otro sujeto (puede ser la víctima) introduce un nuevo riesgo. En tal sentido tampoco el riesgo se ha realizado en el resultado.

En definitiva, desde la óptica aquí planteada, creemos que en este nivel de análisis solo deben resaltarse dos de los criterios reseñados por la doctrina – realización del riesgo en el resultado, y la producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida–, pues el primero (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado) ya fue objeto de examen en el primer plano analítico (imputación objetiva del comportamiento). Debiendo precisarse que si bien los “casos de shock” se solucionan con el criterio del ámbito de protección de la norma, el “caso de la ambulancia”, y los casos en los cuales se introduce un nuevo riesgo, no se solucionan con este criterio sino con el de “realización del riesgo en el resultado”, siendo que en este caso existe fractura del nexo de imputación, por ello no se puede atribuir el resultado al autor.

2.1.7.2 Elementos descriptivos y normativos del tipo

Tradicionalmente

Se entiende por elementos descriptivos aquellos que reproducen determinados datos o procesos corporales anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo por el Juez. En cambio, son normativos todos los elementos cuya concurrencia presupone una valoración; así p.ej. conceptos como “edificio” o “sustraer” son descriptivos, mientras que el término “injuria” o “ajeno” son normativos. (Roxin 2010, 306)

Sobre los elementos normativos se hacen distinciones, entre elementos con valoración jurídica (“ajeno”, “funcionario público”, “documento público”) y elementos con valoración cultural (“carácter obsceno”). Del mismo modo, se diferencia, según que un concepto le deje al aplicador del Derecho un margen de aplicación especialmente amplio y esté “necesitado de complementación valorativa” (“buenas costumbres”) o que las valoraciones le vengan preestablecidas totalmente o en gran medida al juez (“conceptos valorativamente plenos”), como p. ej. ocurre en el

concepto de “ajenidad”, referido a la regulación civil de la propiedad. (Roxin 2010, 306)

En la actualidad, se ha señalado que: “la mayoría de los elementos del tipo son una mezcla de elementos normativos y descriptivos, en los que tan pronto predomina un factor como el otro” (Roxin 2010, 307). De manera que, términos como “ajeno”, “buenas costumbres”, “documento”, “injuria”, serán elementos normativos, porque presuponen sistemas de normas jurídicas o sociales, en tanto que los conceptos como “ser humano”, “cosa”, “edificio” o “sustraer” existen con independencia de cualquier contexto normativo y por ello se los llama descriptivos.

2.1.7.3 Elementos de la Tipicidad Subjetiva

La estructura subjetiva de tipo penal puede asumir dos formas: dolosa y culposa. Esta última debe estar expresamente prevista en la ley para ser reprimible³⁹.

Respecto al **dolo**, el sujeto activo debe conocer y querer la realización típica. De esta definición se aprecia que el dolo está constituido por dos elementos: uno intelectual o cognoscitivo y otro volitivo. En relación al primero, el sujeto debe saber qué es lo que hace y debe conocer los elementos que caracterizan su conducta como típica; es decir, debe conocer el tipo objetivo. Respecto al segundo, es necesario además de conocer el tipo objetivo, de realizarlo.

La doctrina ha realizado una clasificación del dolo en: a) dolo de primer grado o directo, b) dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias, y c) dolo eventual. Asimismo, en ciertos tipos penales, existen elementos subjetivos distintos al dolo.

Respecto a la **culpa**⁴⁰, el Derecho penal puede asumir como función no solo evitar decisiones conscientes de lesionar a terceros, sino garantizar un mínimo

³⁹ **Artículo 12 del CP.:** “[...] El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley”.

cuidado con bienes ajenos. Ahora bien, igual que se admite, en general, que el dolo debe abarcar la producción del resultado típico para que exista un injusto doloso consumado; la *falta de cuidado o diligencia*, debe abarcar la producción del resultado típico para poder imputar este a título de imprudencia.

2.1.8. Clases de tipos penales

Antes desarrollar la siguiente categoría del delito, teniendo en cuenta los fines de nuestra investigación, explicaremos y profundizaremos en la clasificación de los tipos penales o “delitos”, considerando la modalidad de la acción o conducta típica. En tal sentido, los “delitos” se clasifican en “delitos” de mera actividad y de resultado.

Importa aquí si el tipo requiere o no que la acción vaya seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta. En los delitos de mera actividad no es necesario [...] no será “resultado” ni la sola exteriorización de la conducta ni la lesión del bien jurídico. (Mir Puig 2003, 200)

Dentro de esta clasificación, los delitos de mera actividad o de resultado, pueden ser a su vez **instantáneos**, **permanentes** y de **estado**, ello en atención a que

la actividad o el resultado determinen la aparición de un *estado* antijurídico de cierta *duración* (delitos permanentes y delitos de estado) o no (delitos instantáneos). Ejemplo de delito instantáneo sería el homicidio: se consuma en el instante en que se produce el resultado, sin que éste determine la creación de una situación antijurídica duradera (la muerte, como estado naturalístico, no puede considerarse antijurídica porque no puede ya ser removida por el hombre). Mayor dificultad encierra la distinción de las otras dos clases de delitos. El delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración *por la voluntad del autor* (por ejemplo, detenciones ilegales, art. 163 del Código Penal); dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito *se sigue consumando* hasta que se abandona la situación antijurídica. En cambio, en el delito de estado, aunque crea también un estado antijurídico duradero, la consumación cesa desde la aparición de éste, porque el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento (*ejemplos*: falsificación de documentos [...], matrimonios ilegales). (Mir Puig 2003, 202)

Aclarando un poco más, se debe considerar que

⁴⁰ Para un desarrollo detallado de delito culposo o imprudente, puede consultarse las reflexiones de Donna (2012).

Hay delitos que son necesariamente permanentes y otros que lo son eventualmente. La permanencia es necesaria, si la duración indefinida de la acción es un supuesto legal (conspiración, secuestro, asociación ilícita) y es eventual cuando se la prolonga indefinidamente “en algunas circunstancias” (violación de domicilio, usura, usurpación de funciones). (Goldstein1978, 219)

2.1.8.1. Distinción entre delitos instantáneos, permanentes y de efectos permanentes

Sobre estas distinciones, sostiene Soler (1963, 160), que a diferencia del delito instantáneo, sólo puede hablarse de delito permanente

cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos.

De manera que la definición de delito permanente hace referencia a una nota de continuidad en tanto que se mantiene en el tiempo. De igual criterio, Ranieri (1975, 325), para quien son delitos permanentes:

aquellos en que al comienzo de la consumación le sigue un estado antijurídico duradero por la prolongación de la conducta voluntaria del sujeto, de modo que el delito se *agota* solo cuando aquella se suspende [...] en estos delitos el hecho lo caracteriza el estado antijurídico duradero que lo prolonga en el tiempo la conducta del sujeto, quien puede hacerlo cesar, y que, en la estructura del delito, se pone como requisito necesario.

Por tal razón se sustenta, que en el delito permanente todos los momentos constitutivos de la continuidad o permanencia se entienden como su consumación, en tanto que en los delitos instantáneos, la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento, debiendo destacarse que el carácter de instantáneo no se lo da el efecto que causa ni la forma como se realiza, sino que ello viene determinado por la acción consumatoria definida en la ley mediante el verbo rector (Soler 1963, 159).

En tal sentido se afirma: “[...] existe delito permanente cuando ‘todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación y, cuando eso no

pueda hacerse, se tiene, en cambio un delito de efectos permanentes.’ ” (Soler 1963, 160). Así, se entiende por delitos de consumación instantánea y efectos permanentes, aquellos que se consuman de manera instantánea con el primer acto de ejecución manteniéndose la situación antijurídica, la cual se prolonga en el tiempo. De manera mucho más precisa, como sostiene Fontán (1966, 461), no debe confundirse los delitos permanentes con los de efectos permanentes, ya que estos últimos:

son delitos instantáneos cuyo efecto se prolonga indefinidamente en el tiempo. Tal cosa ocurre, v. g., en el matrimonio ilegal del artículo 134 del Código Penal. La bigamia se comete al suscribir el acta del registro civil, pero la situación antijurídica que con ello se crea, se prolonga en el tiempo.

Como podrá deducirse, la divergencia principal entre los delitos permanentes y los de consumación instantánea y efectos permanentes, se encuentra relacionada con el momento de la consumación, puesto que en los primeros se entiende que éste se mantiene durante la permanencia de la acción delictiva, mientras que en los segundos, lo que persiste es la situación antijurídica, en el sentido de que su consumación es instantánea. Delitos permanentes lo serían el secuestro y la desaparición forzada de personas, cuya consumación se realiza, con relación al primero, hasta que acaba el cautiverio del secuestrado, y con relación al segundo, mientras no aparezca la víctima; delitos de consumación instantánea y efectos permanentes, por ejemplo, aquellos que se cometen por la tenencia de objetos de tráfico ilegal, tales como: drogas, armas, explosivos, entre otros.

No obstante, tal criterio distintivo no es unívoco en la doctrina⁴¹, ya que algunos autores al tratar los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes, se refieren a los efectos permanentes en cuanto a las secuelas y a los efectos dañosos del delito, no así al mantenimiento de la situación antijurídica, así Romero (1969, 327):

⁴¹ Para un análisis detallado de estas teorías, puede consultarse las reflexiones del profesor Ivan Montoya (2009, 4-8).

algunos delitos instantáneos tienen efectos que se prolongan indefinidamente en el tiempo: son los llamados “delitos instantáneos de efectos permanentes” [...] En estos no es la acción consumativa la que se prolonga, como en los permanentes, sino solo los efectos del delito.

En este sentido,

Algunos tratadistas suelen distinguir, entre los delitos permanentes y los delitos instantáneos, una tercera clase: los delitos instantáneos de efectos permanentes, en los cuales se incluirán aquellas infracciones que, aunque consumadas en un solo momento, sus efectos persisten posteriormente al perfeccionamiento de ellas, como en los casos de bigamia, falsificación de documentos, lesiones, etcétera. (Goldstein1978, 211)

En el delito de efectos permanentes no se prolonga la acción consumativa, sino los efectos materiales dañosos por la consumación instantánea. Estos efectos no suponen, como la permanencia de la consumación, que el autor siga actuando o dejando de actuar, de manera que de su voluntad dependa la persecución o no de la continuidad. (Goldstein1978, 211)

Como se aprecia de las definiciones anteriores, lo que para Mir Puig es un delito de estado, para Soler, Fontán y Goldstein se denomina delito instantáneo con efectos permanentes. En suma, son dos categorías con reconocimiento y respaldo doctrinal.

2.1.8.2 Delitos permanentes y delitos de estado

En nuestro medio, se brinda como ejemplos de delitos permanentes a los siguientes: secuestro –artículo 152 del CP. –, violación de domicilio –artículo 159 del CP. –; y, de delitos de estado a la bigamia –artículo 139 del CP. –, omisión de declaración en documento público o privado –artículo 429 del CP. –; y, falsificación de documentos –artículo 427 del CP. –. (Villavicencio Terreros 2006, 311). Por su parte, nuestra jurisprudencia ha señalado: “Se denomina delito de comisión permanente a aquel en el cual el estado de antijuridicidad no cesa y persiste por actos posteriores del agente” (Prado Saldarriaga 1999, 445), asimismo,

Estamos ante un delito de estado, que no se diferencia del delito comisión instantánea para los efectos de determinar el momento de su comisión, pues en ambos se crea un estado antijurídico consumado desde el momento de su aparición, salvo que en el caso de los delitos de estado la antijuridicidad creada tiene efectos permanentes⁴²

2.1.9. Antijuridicidad

La realización del tipo, tanto en su estructura objetiva y subjetiva, no es suficiente, se requiere además que la realización del tipo no esté autorizada, es decir, que sea antijurídica. En otras palabras, la antijuridicidad no es otra cosa que, saber si la realización del tipo está o no amparada por una causa de justificación.

Entonces, una conducta es típica si con ella se infringe una norma y será antijurídica si no está justificada por una causa de justificación. Junto a los mandatos y prohibiciones encontramos otras proposiciones que se caracterizan porque conceden una autorización o un permiso para realizar la acción prohibida por la norma o para omitir el comportamiento que ésta impone.

De la misma manera que la infracción de la norma se expresa en un conjunto de elementos que se denomina tipo de lo injusto, las circunstancias en las que opera una autorización o un permiso podrían expresarse en un tipo de la justificación. De esta manera, la comprobación de lo ilícito requeriría, en la práctica, dos operaciones de subsunción: ilícita es la acción que se subsume bajo el tipo penal –lesiona una norma– y no se subsume bajo el tipo de una causa de justificación.

La manera de distinguir las causas de justificación de otras que también excluyen la pena, pero no lo ilícito (causas de exculpación e inculpabilidad), es recurriendo a los principios de la justificación. Estos principios son pre-legales,

⁴² Ejecutoria del 19 de enero de 1998, Exp. 4133-97, citada por Villavicencio Terreros (2006, 311).

deducidos de una determinada concepción de la justificación que no es posible deducir de la ley, sino que es necesaria para interpretarla.

En la actualidad, se admiten dos principios: a) el interés preponderante, que apoya el carácter justificante del estado de necesidad y la legítima defensa; y, b) la ausencia de interés, que determina el efecto justificante del consentimiento.

Los caracteres generales de las causas de justificación son los siguientes: i) provienen de todo el ordenamiento jurídico (sobre todo del derecho civil y derecho administrativo), ii) contienen una autorización o permiso para la realización de la acción típica, iii) sus efectos no solo alcanzan al autor, sino también a los demás partícipes –instigador y cómplice–, iv) excluyen tanto la responsabilidad penal, como la civil, la administrativa, etcétera, v) la creación intencional de la situación en la que procede el amparo de una causa de justificación no da lugar a justificación; y, vi) sólo obra justificadamente el que tiene conocimiento de las circunstancias que fundamentan la justificación –elemento subjetivo de la justificación–, de la misma manera que el tipo de lo injusto, se pueden distinguir entre tipo objetivo y tipo subjetivo, el tipo de justificación no solo requiere la concurrencia de ciertos elementos objetivos sino también un elemento subjetivo, consistente en el conocimiento de los elementos objetivos (v.gr. no existe legítima defensa sin voluntad de defenderse, ni estado de necesidad sin voluntad de salvar un interés jurídico).

Por lo demás, resta señalar que el desarrollo de las particulares causas de justificación como la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el consentimiento, etcétera, exceden los límites de la presente investigación.

2.1.10. Culpabilidad

La comprobación de la realización de un injusto penal (conducta típica y antijurídica) todavía no es suficiente para determinar la responsabilidad del autor. La responsabilidad requiere tener culpabilidad jurídica.

Culpabilidad es reprochabilidad jurídico-penal. Culpable es aquel que, pudiendo, no se ha motivado ni por el deber impuesto por la norma, ni por la amenaza penal dirigida contra la infracción a ella. La culpabilidad es entonces, consecuencia de la capacidad de motivarse por el derecho, sea por el deber impuesto por la norma o por la amenaza de la pena. Los elementos que integran la capacidad, en la que se funda la culpabilidad son: a) la posibilidad de conocimiento de la desaprobación jurídico-penal del acto, b) la posibilidad de motivarse de acuerdo con ese conocimiento (capacidad de motivación), en otras palabras, una persona es capaz de motivarse por el derecho si pudo conocer la desaprobación jurídico-penal y si además pudo motivarse de acuerdo a ese conocimiento; y, c) la exigibilidad, que se vincula con la exigencia al sujeto de actuar de diferente forma a como se comportó, a fin de que su conducta coincida con las exigencias del ordenamiento jurídico y de esa manera no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos (no es un tema de comportamiento, porque el sujeto cuenta con voluntad de actuar).

Elementos de la culpabilidad

Teniendo en cuenta los elementos reseñados precedentemente, los trataremos separadamente.

La conciencia (potencial) de la desaprobación jurídico-penal del acto

Se exige que el autor haya tenido conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido. En la práctica, esto significa que el autor no debe haber pensado en el momento en que realiza el hurto en que es un hecho para el que se amenaza una pena,

sino que es suficiente con que haya podido pensar, o sea, actualizar en su conciencia el conocimiento de la punibilidad –conciencia potencial de la desaprobación–.

El desconocimiento (error) sobre la desaprobación jurídico-penal, asume diversas formas: a) ignorancia de la desaprobación jurídico-penal del hecho: el autor ignora que el hecho está prohibido o, sabiendo que está prohibido, ignora que es punible; b) suposición errónea de una causa que excluya la antijuridicidad que el ordenamiento jurídico no contiene; y, c) suposición errónea de las circunstancias que de haber concurrido habrían determinado la exclusión de la punibilidad –causas de justificación o exculpación–; es decir, las llamadas eximentes putativas.

Si el error es invencible excluirá la culpabilidad y con ella la responsabilidad penal. Por el contrario si es evitable, solo cabe la atenuación de la pena.

Capacidad de motivación en sentido estricto (capacidad de culpabilidad)

Requiere que el autor haya podido comprender la desaprobación jurídico-penal del hecho y haya podido comportarse de acuerdo con esa comprensión. La capacidad de motivación hacen referencia a dos momentos: por un lado, fijan los presupuestos biológicos –por ejemplo: enfermedad mental– que condicionan la exclusión de la capacidad, y por el otro, establecen las consecuencias normativas que deben producir tales presupuestos psicológicos, incapacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal y de dirigir el comportamiento de acuerdo con su comprensión.

Las circunstancias que excluyen la capacidad de motivación son las siguientes:

Enfermedad mental

Dentro de este concepto cabe ante todo las psicosis en sentido médico, tanto endógenas –esquizofrenia y manías depresivas– como exógenas –delirium tremens, psicosis provenientes de tumores o lesiones cerebrales, esclerosis, etcétera–. Pero,

además, se consideran incluidas en este concepto las psicopatías graves y las neurosis en la medida que sean equiparables en sus efectos a la psicosis.

Desarrollo mental insuficiente

Esta categoría se refiere a los casos de insuficiente desarrollo de la inteligencia, como son las oligofrenias: debilidad mental, imbecilidad e idiocia, según el grado de desarrollo alcanzado.

Grave perturbación de la conciencia

Puede ser patológica o fisiológica. Entre estas últimas entra el sueño. De especial importancia en esta categoría son la ebriedad y las intoxicaciones con drogas. La minoridad no constituye en sentido estricto una causa de exclusión de la capacidad de culpabilidad, porque no afecta a la capacidad de comprender ni de dirigir las acciones según esa comprensión. Por el contrario, los menores son sujetos de un “Derecho penal especial” (“Derecho penal juvenil”) y por lo tanto no son sujetos del Derecho penal común.

La exigibilidad

Es el último elemento de la culpabilidad y tiene su fundamento en la deformación en el contenido de la voluntad que experimentó el sujeto activo, al igual que la antijuridicidad respecto a las causas de justificación, la doctrina más en que su concepto ha centrado su atención en las causales que excluyen tal elemento, las cuales son agrupadas dentro de las causales de inexigibilidad, veamos.

Estado de necesidad exculpante

Se presenta cuando el conflicto de bienes jurídicos son de igual naturaleza o “jerarquía”. Al presentarse se da una exención de la pena, pues la pena no resulta necesaria en este tipo de casos⁴³, porque ante la situación de peligro de bienes

⁴³ Como señalamos precedentemente, en virtud al principio de culpabilidad, es necesario recurrir a aspectos normativos (fines del derecho penal), pues los ontológicos son insuficientes.

jurídicos propios o de personas cercanas (vida, integridad), la capacidad de motivación ante la norma se dificulta en gran manera; por lo que no resulta exigible el cumplimiento de lo prescrito por el derecho.

Miedo Insuperable

Esta figura es una causa de inexigibilidad, donde el foco de la valoración no se proyecta sobre los efectos anímicos o psicológicos que la causa del miedo hayan podido producir en el sujeto, sino de que se halla sometido a un mal objetivamente insuperable, para lo que deberá tomarse como medida el baremo de un “ciudadano medio”, y concluir que cualquiera que hubiera estado en una situación idéntica habría respondido de igual modo.

2.2. El delito de omisión

Ahora bien, hecho este breve recuento de la Teoría del Delito, teniendo en cuenta los alcances de nuestra investigación; en primer lugar, centraremos nuestro análisis en una de las formas del comportamiento, conocido como omisión; luego dentro de ésta, en los delitos de omisión propia; y, finalmente, teniendo como base lo desarrollado precedentemente, nos ocuparemos del delito de incumplimiento de obligación alimentaria.

Como ya señalamos al momento de desarrollar el tema del comportamiento o la acción (*ítem 2.1.6*), ésta puede asumir dos formas: una de naturaleza comisiva y otra omisiva.

En este orden de ideas, existe controversia respecto a la posibilidad de unificar ambas formas del obrar humano. Se señala como argumento en contra, que no es posible su unificación debido a que una es el reverso de la otra (el ser y el no ser⁴⁴), la

⁴⁴ Para una lectura desde la Filosofía Jurídica, puede consultarse a Carlos S. Nino (2010, 359-387).

omisión es la antítesis conceptual perfecta de la acción en sentido estricto. Mientras que a favor se expresa que:

Es cierto que, desde cierto punto de vista, la omisión niega la acción, pero no es menos exacto que ambas tienen una característica fundamental común que autoriza la unificación: las dos son manifestaciones del comportamiento humano, aspecto principalísimo en el territorio del derecho penal (Ure 2010, 349).

Para demostrar que la omisión no es una simple negación de la acción, sino que es, una actividad que constituye el otro aspecto de la conducta y que, en la realidad, tiene capacidad para causar una modificación en el mundo exterior, se han elaborado una serie de teorías jurídicas. Desarrollaremos brevemente los postulados de cada una de ellas.

El “aliud agere”. Significa que la omisión es un hacer cosa distinta de la que se podía y se debía hacer. Mientras un hombre se abstiene de determinada conducta, no puede afirmarse que nada hace, sino que el omitente “hace” otra cosa. En otras palabras, la ausencia de una acción, hecho negativo, va siempre acompañada por la presencia de otra acción, hecho positivo. El transeúnte que encontró a una persona herida, en vez de ayudarlo, se aleja. La omisión para esta teoría es un hecho físico, lo mismo que la acción positiva.

La crítica que se ha esbozado a esta teoría es la siguiente. Si la madre, en vez de alimentar al hijo, teje calcetines, la causa de la muerte del niño debe ser el tejido, porque ésta fue la acción cumplida en lugar de alimentar.

La Interferencia. Significa que la omisión tiene un valor de actividad impeditiva. En el agente existe una energía capaz de evitar el evento, pero entre la energía que estimula a la acción y la efectiva realización del evento, interfiere un fenómeno que constituye un contra impulso, una fuerza contraria que determina el evento y se convierte en causa.

El punto débil de esta teoría consiste en que es perfectamente posible desconocer ese proceso interno en la omisión culposa. En el olvido del guardabarreras no puede encontrarse lucha de impulsos, pues no pensó en momento alguno en que debía cerrar las barreras.

La acción esperada. Para esta teoría es admisible que el omitente, en el momento de la omisión imputable, pueda haber hecho otra cosa (*aliud agere*). Pero no se le reprocha por eso, sino porque no hizo lo que debió haber hecho, porque no realizó la acción que de él se esperaba y a él se le exigía. Más precisamente, la simple inercia, quietud, inactividad, no es siempre omisión para el Derecho penal. El transeúnte que ve colocado un obstáculo sobre las vías del ferrocarril y queda impassible, no ha omitido, como el que no va al teatro no omite sino que sencillamente, no va a al teatro. Es necesario dar otro contenido a la omisión jurídicamente relevante. El concepto no puede ser un concepto ontológico, sino valorativo que deriva del juicio de relación con una **norma jurídica** que prohíbe u ordena determinada acción; en consecuencia, existirá omisión cada vez que se anote la ausencia de la acción que debía cumplirse en virtud de la norma, y que no se cumplió (“acción que era de esperar”-deber de actuar-)⁴⁵.

En este orden de ideas, las normas jurídicas son normas de prohibición o preceptivas. Mediante las primeras se veda una acción determinada, la infracción consiste en la realización de la norma prohibitiva. A través de las segundas es ordenada una acción concreta; la infracción jurídica consiste en la omisión de ese hacer. Todos los delitos de omisión son infracciones de normas preceptivas.

⁴⁵ En suma, la fundamentación de la omisión se encuentra en el “deber de actuar” para evitar la producción del evento, cuyo presupuesto es la posibilidad del sujeto de realizar la acción esperada y exigida. Pero no es cualquier deber, sino tiene que ser un deber jurídico; es decir, cuando emane de: a) **un precepto jurídico** (ley), b) la especial aceptación del deber (acto jurídico); y, c) una actividad anterior.

Sobre esta forma de acción punible, conviene precisar que tienen “una diversa naturaleza jurídica que el común y mayoritario delito de comisión” (Nakasaki Servigón 2008, 108). Como vimos, en el plano del ser, sólo hay procesos causales, algunos de los cuales reciben el nombre de acciones. Estas, al ser contempladas desde perspectivas normativas, pueden manifestarse como comisiones o como omisiones.

Estas se distinguen normativamente. Las primeras manifiestan injerencias en la esfera jurídica de terceros (empeoramiento del estado de los bienes jurídicos ajenos), lesiones de su autonomía; las segundas expresan la ausencia de una intervención en salvaguarda de los bienes jurídicos de terceros y, por lo tanto, vulneran principios de solidaridad, en general (Nardiello 2012, 83-84).

Siguiendo los postulados del profesor Silva Sánchez (2004, 15), quien luego de señalar que el problema no es la distinción entre acción y omisión, sino entre comisión y omisión, expresa:

Por mi parte, considero, en primer lugar, que los conceptos de acción y omisión no se contraponen, sino que se sitúan en niveles sistemáticos distintos. En el plano del ser, sólo hay proceso causales, algunos de los cuales, que son capaces de sentido, esto es, interpretables y no meramente explicables, reciben el nombre de acciones. Éstas, al ser contempladas desde perspectivas normativas (es decir, a partir de algún sistema de normas, sea éste del género que sea), pueden manifestarse como comisiones o como omisiones. (2004, 16),

Luego señala:

En particular, es eso lo que sucede cuando las acciones humanas se contemplan desde la perspectiva del Derecho penal: que pueden interpretarse como comisiones o bien como omisiones (realizaciones típicas comisivas u omisivas). Comisiones y omisiones se distinguen normativamente. Las primeras expresan injerencia en la esfera jurídica de terceros (empeoramiento del estado de los bienes jurídicos ajenos), lesiones de a su autonomía. Las segundas expresan la ausencia de una intervención en salvaguarda de los bienes jurídicos de terceros y, por tanto, vulneran principios de solidaridad.

Más adelante agrega:

Por todo lo indicado, creo que responde mejor a la realidad el plantear el problema de la distinción en términos de diferenciar entre comisión y omisión. Esta distinción, además, tampoco coincide con la que puede tener lugar entre una realización activa y una realización omisiva del tipo. Pues, como se ha

advertido y resulta evidente, existe una comisión activa y una “comisión por omisión”. Así las cosas, la distinción entre comisión y omisión se plantea en dos niveles. Por un lado, es una distinción entre “*omisión pura*” y “*comisión por omisión*”. Por otro lado, es una distinción entre “*comisión activa*” y “*comisión por omisión*”. (2004, 17)

2.2.1 Clases de Omisión

Las clases de omisión son dos: pura o propia e impropia. Las primeras son aquellas que están tipificadas expresamente por el legislador, como la omisión de prestar socorro, la omisión de asistencia familiar entre otros, en los que según la figura delictiva, la conducta prohibida consiste en la no realización de una acción exigida por la ley. Al derecho le interesa que se realice una determinada acción; no obstante, el sujeto no hace lo que la ley le ordena hacer.

Puede definirse también como aquel proceder pasivo, expresamente tipificado, que se sanciona con una pena. Por lo tanto, se trata de comportamiento descriptivos en tipos legales (no auxiliar, no impedir un delito, no prestar socorro, etcétera). Para la verificación del comportamiento típico no es necesario que se siga resultado alguno. (Nardiello 2012, 90)

Respecto a la segunda forma de omisión punible, conviene precisar que tiene

en común con la comisión activa el que realmente supone una injerencia del sujeto en la esfera jurídica ajena [...] Sin embargo, ésta tiene en común con la omisión pura el que ella no crea un curso causal activo que genere la producción del resultado: dicho curso causal, producido por otra instancia natural o humana, se le imputa al sujeto en virtud del compromiso de contención incumplido. Se podría decir que éstas tienen en común la base ontológica de la realización típica (ausencia de generación de un proceso de causación activa del resultado). (Nardiello 2012, 84)

Respecto a la distinción entre ambas modalidades de omisión, Gimbernat Ordeig (2003, 74-75) señala:

consiste en calificar como de omisión impropia en sentido amplio a todas aquellas –tanto si el comportamiento pasivo está descrito en la Parte Especial como si no– en que el omitente tiene una especial relación de garantía con el bien jurídico amenazado, reservando el término de omisión propia para

aquellas –todas tipificadas en la Parte Especial del Código Penal– en las que el omitente es una persona cualquiera, desvinculada del interés en peligro, y a la que el CP. le obliga, si ello le es posible, a reducir dicho peligro.

Pero dentro de la omisión impropia en sentido amplio este tercer criterio propone una ulterior diferenciación: entre la omisión impropia en sentido estricto u omisión impropia sin más y la omisión impropia expresamente tipificada. Dentro de la primera hay que incluir únicamente a aquellos comportamientos pasivos equivalentes a una acción que no han sido descritos expresamente por el legislador, porque sólo a ellos [...] les es aplicable ahora el artículo 11 del Código Penal [...] y porque ellos, en consecuencia, son objeto de estudio en la Parte General. En cambio, a las omisiones impropias expresamente tipificadas –y en esto coinciden con las omisiones propias–, como el legislador ha descrito explícitamente sus características, no le es aplicable el artículo 11, y su estudio es objeto, en consecuencia, no de la Parte General, sino únicamente de la Parte Especial.

Por su parte Silva Sánchez (2004, 17) expresa:

La sanción de la comisión por omisión no se basa en una vulneración del principio de solidaridad sino en una lesión del principio de autonomía. Sin embargo, la comisión por omisión tiene en común con la omisión pura el que ella no crea un curso causal activo que genere la producción del resultado: dicho curso causal, generado por otra instancia, natural o humana, se le imputa al sujeto en virtud del compromiso de contención incumplido. Se podría decir que la comisión por omisión y la omisión pura tienen en común la base ontológica de la realización típica (ausencia de generación de un proceso de causación activa del resultado).

Esta última forma de acción punible –comisión por omisión–, no está expresamente tipificada por el legislador, sino que surgen en virtud de un recurso interpretativo sobre la base de tipos (de comisión, en principio), pero que por su estructura permiten también la omisión; tal es el caso del homicidio, para lo cual basta matar a otro; luego también se puede matar a través de una forma omisiva (la madre que no da de lactar a su hijo y lo deja morir por inanición). Nuestro Código Penal regula la omisión impropia en su artículo 13, cuyo tenor expresa:

Artículo 13.- El que omita impedir la realización del hecho punible será sancionado:

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

Teniendo en cuenta los alcances de nuestra investigación, respecto a la interpretación del tipo penal 149 del Código Penal, que por cierto a la luz de lo expuesto es un delito de omisión pura o propia en la doctrina tradicional y un delito de omisión impropia expresamente tipificada según la doctrina actual (Gimbernat 2003, 74-75), solo desarrollaremos la estructura típica “general” de esta clase de acción punible, veamos.

2.2.2. Delito de omisión propia

Forman parte de la estructura típica **objetiva**:

a) La situación típica generadora del deber de actuar. “Es aquella circunstancia que permite determinar el deber de actuar del sujeto agente y que está expresa o implícitamente en la ley” (Bacigalupo 1978, 152). También se le denomina “contexto fáctico generador del deber de actuar” (Nardiello 2012, 91).

b) La omisión o la no realización de la acción mandada: Es decir,

la no realización de la acción mandada por el mandato de acción, de tal manera que el comportamiento típico exige que no sólo tiene que darse la situación que genera el mandato de acción, sino que el omitente tiene además que no haber dado cumplimiento a ese mandato de acción. (Bacigalupo 1978, 152)

Para no infringir el principio de legalidad, en su mandato de determinación o certeza, los tipos omisivos propios deben expresar “inequívocamente” cuál es el comportamiento esperado. Sobre este elemento se ha señalado que

El que viola una norma preceptiva que lo obliga a ejecutar un acto, por ejemplo: socorrer a alguien en peligro. El sujeto frente a la situación de hecho debería realizar una acción, sin embargo no la ejecuta, omite pues la acción esperada para lograr la protección del bien jurídico (Hurtado Pozo 1987, 348).

c) La existencia de un poder de hecho (capacidad de acción) para cumplir con la acción mandada: “sólo se adecuan al tipo penal, las omisiones de una acción si

existía para el autor la posibilidad de hecho de evitar la lesión del bien jurídico” (Bacigalupo 1978, 152). “Ningún sujeto está obligado a hacer algo que no tuvo la posibilidad de llevar a cabo la ejecución” (Nardiello 2012, 91). Este elemento comprende una posibilidad física de actuar, externa y objetiva (fuerzas físicas, habilidades, condiciones externas de realización de la acción); y, la capacidad de conducta final, que implica la adopción de la decisión y el control del proceso que se ha puesto en movimiento. En otras palabras, existe posibilidad de realización.

El **elemento subjetivo** está constituido principalmente por el dolo: compuesto por el elemento cognoscitivo de los elementos del tipo objetivo, siendo irrelevante el elemento volitivo, por cuanto no hay comportamiento querido de realizar en la acción omisiva⁴⁶. Esto ha llevado a afirmar que se trata de un “cuasi dolo”⁴⁷; por lo que, para la existencia de dolo en esta forma de acción punible, basta con el aspecto cognoscitivo. Especificando más, que el sujeto tenga conciencia de la situación típica, de la acción que se le exige y de su capacidad psicofísica de actuar.

En nuestro medio, el profesor Villavicencio (2006, 659), se ha pronunciado respecto al tema, señalando que

El dolo para esta clase de omisiones deberá ser comprobado a nivel de conocimiento (de los elementos objetivos), pues con ello se mantiene vigente el mandato de realizar una conducta ordenada. Respecto al elemento volitivo, si bien es cierto que la voluntad de omitir puede estar presente, no se exige la prueba de su existencia para aceptar el dolo⁴⁸.

En cuanto a las subsiguientes categorías jurídicas (Antijuridicidad y Culpabilidad⁴⁹) no tiene características distintivas a los delitos de comisión.

⁴⁶ En este sentido Nakasaki Servigón (2008, 109).

⁴⁷ La explicación sería la siguiente: cuando el sujeto activo conoce la situación en la que debe actuar y no lo hace, es porque evidentemente no quiere actuar, eliminando así, la característica del dolo “tradicional” constituido por el aspecto volitivo.

⁴⁸ Plantear la exigencia de querer no hacer, sería llevar a la impunidad todo delito de omisión, pues resultaría muy difícil probar dicho proceso interno. En otras palabras, no puede haber querer en el sentido de voluntad realizada como en los delitos comisivos.

⁴⁹ Sobre el contenido de estas categorías jurídicas, véase: Bacigalupo (1978, 153-154).

2.3. El delito de incumplimiento de obligación alimentaria

2.3.1. Breve panorama de la institución alimentaria según las normas extrapenales

En el artículo 472 del Código Civil encontramos el concepto de alimentos. Así, conforme a dicha norma se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según las necesidades del beneficiario y las posibilidades del obligado. Cuando el beneficiario es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo. Por su parte, abarcando aspectos más amplios e importantes, el CNA en el artículo 101 hace una descripción semejante a del CC, con la atinencia de que también considera como alimentos los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del posparto.

En consecuencia, se considera alimentos todo aquello que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción al menor, considerando también los gastos del embarazo y parto de la madre. (Salinas Siccha 2005, 402)

En este orden de ideas, el instituto jurídico de los alimentos comprende una serie de normas dirigidas a garantizar el derecho a la subsistencia del ser humano. Se trata de ubicar al derecho y la obligación alimentaria como patrimonial o personal.

En este punto la doctrina está dividida; consideran unos que es de carácter patrimonial, en tanto que los alimentos se materializan, se concretizan en algo material con significado económico (dinero o especie). Sin embargo, se objeta esta teoría, pues si fuera patrimonial podría transferirse el derecho, o renunciarse a él, características que no se presentan en los alimentos sino todo lo contrario. Por otro lado, se dice que es un derecho personalísimo, nace con la persona y se extingue con

ella, de allí su carácter de intransmisible, pero se objeta esta teoría por cuanto los alimentos como derecho personal, sí tienen una valoración económica y una concreción económica, lo que no sucede con los derechos típicamente personales.

Ante esta problemática se ha elaborado la teoría mixta, la que propugna que

el derecho alimentario es un derecho que tiene contenido económico y por ello tiene rasgos del derecho patrimonial, pero no del derecho patrimonial real pues no goza de la característica de ser *erga omnes*, mas sí de un derecho patrimonial obligacional, pues las personas involucradas en esta relación no comprende a toda la sociedad sino a algunas cuantas; pero al ubicarse los alimentos dentro del ámbito familiar, tiene características propias del derecho personal, y es así que este derecho patrimonial obligacional no puede ser transferido, y nace con la persona y se extingue con ella, rasgo eminentemente del derecho personal. (Aguilar Llanos 2013, 16)

2.3.2.- Antecedentes históricos del delito de incumplimiento de obligación alimentaria

El incumplimiento de obligación alimentaria no era sancionado penalmente y las demandas de alimentos sólo se limitaban al campo civil. Fue en 1924 en Francia, en donde se penalizó por primera vez esta conducta, pero calificada como “abandono de familia”. (Torres Gonzales 2010, 19)

En nuestro ordenamiento penal, el Código Penal de 1924 no comprendía este delito. Únicamente contenía entre los delitos contra la familia al adulterio, a los matrimonios ilegales, a la supresión y alteración del estado civil y a la sustracción de menores, omitiendo referencia alguna al incumplimiento de pensiones alimenticias.

Fue en el año 1962, cuando nuestro legislador promulga la ley 13906 –ley de abandono de familia–, la cual estaba orientada a:

asegurar el cumplimiento de la obligación alimenticia de quienes obtenían una resolución judicial y no podían hacer efectivo el *quantum* ordenado en la vía civil, produciéndose así una conducta omisiva y por ende delictuosa por parte del hechor. (Campana Valderrana 2002, 64)

Fue entonces, en este año, que se incorporó por primera vez este delito en nuestra legislación, recogiendo la demanda de muchos sectores para condenar esta conducta. Incluso, dentro de esta línea, el legislador otorgó tratamiento especial a estos procesos a efectos de darle mayor celeridad y simplicidad. Así, se dictó por ello el Decreto Ley 17110 (publicado el 08/11/1968), por el cual se disponía un plazo máximo de 90 días improrrogables para su tramitación.

Merece destacar los motivos que se expusieron en esa oportunidad para justificar la penalización de estas conductas, en dicho proyecto se señaló que

la familia debería ser protegida de estos ataques que constituyen la deserción paterna, la cual deja herida de muerte a la familia, y que las leyes civiles como en los casos de la reclamación de los alimentos además de ser morosas por su tramitación, resultaban ineficaces, dado que el obligado a prestarlo recurría a diversas argucias que le facilitaban el mismo procedimiento para eludir su obligación. (Torres Gonzales 2010, 20)

En suma,

La razón por la que este hecho pasa a regularse por el Derecho Penal se debe, fundamentalmente, a que el incumplimiento de los deberes alimentarios ponía, en la mayoría de casos, en peligro la vida y salud de algunas personas. (Bramont Arias y García Cantizano 1998, 158).

Por otro lado, es pertinente destacar que, esta figura ya se encontraba en los códigos de otros países como Chile, Argentina, México y Brasil, en Sudamérica; y, en España y Alemania, entre otros estados del continente europeo.

Hecha esta breve reseña de los antecedentes del delito materia de estudio, antes de proceder a su análisis dogmático, es necesario precisar que, en la *praxis* jurídica e incluso en el ámbito académico, se advierte una confusión respecto al mal llamado “delito de omisión a la asistencia familiar”. Ello se debe a que no es uno sino dos los delitos de omisión a la asistencia familiar: a) Incumplimiento de obligación alimentaria –omisión de prestación alimentaria– tipificado en el artículo 149 del

Código Penal y b) abandono de mujer embarazada en situación crítica regulado en el artículo 150° del citado cuerpo normativo. No cabe duda que el primero es el “principal”, entre otras cosas, por la gran carga procesal y por su popularidad en la defensa.

En tal sentido, en adelante, el análisis se limitará al delito de incumplimiento de obligación alimentaria u omisión de prestación alimentaria, como una modalidad de los delitos de omisión a la asistencia familiar.

2.3.3. Polémica sobre su penalización

El derecho alimentario tiene entre sus características el de ser irrenunciable, intransmisible, intransigible, inembargable, imprescriptible, entre otros, pero sobre todo es de orden público y personalísimo.

Su “naturaleza personal” y no patrimonial es lo que caracteriza al delito de omisión a la asistencia familiar; de este modo se desvirtúan los argumentos de aquellos que cuestionan su criminalización, alegando que estamos frente a una prisión por deudas.

El derecho de alimentos entonces en nuestra opinión no tiene un carácter fundamentalmente patrimonial, sin que ello signifique desconocer su contenido económico, por esta razón, algunos autores como Peralta Andía, lo consideran de naturaleza *sui generis* porque se reconoce su carácter económico pero con la finalidad personal. (Torres Gonzáles 2010, 25)

Rescatándose además que

En este delito, la obligación, es de una naturaleza especial, y de ahí también que justifican las normas de orden público, puesto que a la sociedad le interesa que los miembros de la familia (especialmente los niños) no estén desamparados. El interés sobre la subsistencia de sus miembros trasciende del núcleo exclusivamente interno de la familia y pasa a ser también interés de todos. (Torres Gonzáles 2010, 26)

La obligación alimentaria no es una deuda común sino un deber impuesto por la naturaleza misma. Como bien señala Beltrán Pacheco citado por Torres Gonzáles (2010, 27):

los alimentos son un derecho individual de naturaleza extra patrimonial en cuanto se encuentran destinadas a cubrir un conjunto de necesidades inmediatas del alimentista, y no como muchos opinan, para acrecentar el patrimonio del acreedor alimentario.

En este sentido San Martín Castro precisa:

que en el artículo 149 [...] el bien jurídico que se protege no es el crédito en cuanto tal, ni se persigue sancionar el incumplimiento de una obligación civil, sino proteger a los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar.

En este orden de ideas, su fundamento está entonces, no en la desobediencia a la autoridad, sino en el riesgo en el que se puede colocar a los alimentistas; de allí que este delito esté dentro del título de los delitos contra la familia.

Coincidiendo con las reflexiones del profesor Salinas Siccha (2005, 403-404)

pensamos que la intervención se justifica por el hecho concreto de garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones familiares, cuando los ciudadanos dolosamente pretenden substraerse. El incumplimiento de los deberes alimentarios pone, la mayor de las veces, en forma grave y seria en peligro la salud y vida de los agraviados. No obstante ello, no significa caer en cierto dramatismo [...], sino más bien proteger con realismo deberes imperativos cuando dolosamente algunas personas se pretenden sustraer. La intromisión del derecho penal en las relaciones familiares trae como positiva consecuencia que los ciudadanos internalicen y afirmen la convicción: los deberes impuestos por la naturaleza y la ley son de cumplimiento imperativo e ineludible.

En suma, el merecimiento y necesidad de protección penal en este ámbito, se justifica a partir de la declaración contenido en el artículo sexto de la Constitución: “Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos”, ello en virtud a que la carta magna contiene un “programa” que fija las orientaciones político criminales del Estado, “programa” que en nuestro texto básico contiene un

mandato de tutela del aspecto asistencial en la familia (Reyna Alfaro 2011, 181). En otras palabras, la penalización se justifica porque la familia es una institución natural y que constitucionalmente debe ser protegida por el Estado, evitando el peligro para sus miembros más vulnerables.

2.3.4. Formas de tipificación de este delito y teoría adoptada por nuestro sistema jurídico

El incumplimiento de deberes alimentarios, puede entenderse desde dos vertientes. La primera, señala que éste comprende sólo el “abandono” económico, mientras que la segunda, abarca además el moral; es decir, incluye no solamente la sustracción de deberes alimentarios, sino también la desatención en su cuidado y formación.

Algunas legislaciones conceptúan el incumplimiento desde dos vertientes, en tanto que nuestra legislación sólo tipifica el abandono material (artículo 149 del Código Penal).

Aparecen entonces dos orientaciones, una denominada “realista” y otra “idealista”, por cuanto la primera de ellas está referida a los deberes de los padres, fundamentalmente de asistencia material, en tanto que la segunda comprende tanto los deberes materiales como también los morales.

En este contexto, nuestro código describe este delito como de omisión de asistencia familiar, mas no como abandono de familia, porque pueden existir casos donde el obligado continúe viviendo en familia y aun así omite estos deberes de carácter económico. El abandono moral, además de ser de difícil probanza, puede significar un exceso de punición que contravendría el principio de intervención mínima del Derecho penal.

En este orden de ideas, dentro de este sistema realista que asume nuestro ordenamiento penal, se distinguen el tipo indirecto y el directo. El primero de ellos, del modelo franco-belga, demanda previamente la existencia de una resolución judicial, en donde se imponga dicha obligación; en cambio, en el tipo directo no se exige la existencia de esa resolución judicial, sino que, se deja a criterio del Juez penal la determinación de la obligación y de su cumplimiento.

En consecuencia, nosotros asumimos el sistema realista de tipo indirecto porque criminaliza únicamente el abandono pecuniario, y porque la obligación no se deja a criterio del Juzgador, sino que esta debe ser establecida previamente en otra vía, como es la civil.

Hecha esta precisión, veamos pues cuáles son los elementos constitutivos de su figura básica, de acuerdo a la regulación actual:

2.3.5. Tipicidad Objetiva

a.- Bien jurídico protegido

Aun cuando se piense y se sostenga que el bien jurídico protegido es la familia como ente abstracto, nosotros, siguiendo las ideas de Campana Valderrama (2002, 70) podemos decir que

no es éste el bien jurídico tutelado por el dispositivo legal en comento, ya que de acuerdo a la tipicidad objetiva, el bien jurídico protegido son los deberes legales de tipo asistencial; más, si se tiene en cuenta que en muchos de los casos ésta (la familia), ya se encontraba resquebrajada o totalmente disuelta.

Más adelante precisa

la *ratio legis* de tutelar este bien jurídico criminalmente, son los deberes de tipo asistencial que derivan de la patria potestad, del matrimonio o de un mandato legal que se tipifican cuando el alimentante u obligado omite dolosamente cumplir con sus deberes de asistencia, generalmente traducidos en metálico, que mantienen con determinados parientes. Esta obligación

natural y legal comprende la satisfacción de requerimientos básicos de los alimentantes en su intento de supervivencia y desarrollo⁵⁰.

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, Salinas Siccha (2005, 389) ha destacado que en este delito lo que se busca salvaguardar “es la familia, pero no toda la familia sino, específicamente los deberes de tipo asistencial”.

A nuestro criterio, a estos aportes habría que agregarle dos precisiones: primero, los deberes “no se protegen sino que se imponen”, en tal sentido, el bien jurídico penal sería el “conjunto de derechos de asistencia familiar material correspondientes a la víctima” (Reyna Alfaro 2011, 183); y, segundo –aspecto que usualmente se olvida–, el tipo penal exige que dicha obligación sea “establecida”⁵¹ mediante resolución judicial, por lo que, lo que se protege son las obligaciones de tipo asistencial requeridas mediante resolución judicial.

En tal sentido, resulta acertada la visión de Reyna Alfaro (2011, 182) quien precisa: “lo que castiga [...] el artículo 149 del Código Penal no es el incumplimiento de obligaciones entre particulares sino el incumplimiento de resoluciones judiciales”.

b.- Sujetos:

Activo: Es aquella persona que tiene la precitada obligación de prestar alimentos, fijada previamente por resolución judicial. Más precisamente, los sujetos obligados sólo son aquellos reseñados por el artículo 474 del Código Civil.

Pasivo: Serán aquellas personas que son beneficiarias de la prestación alimentaria establecida mediante resolución judicial, sin importar su edad cronológica.

⁵⁰ Debe entenderse que los alimentos resultan fundamentales para la “subsistencia” de la vida, por eso, de no existir la seguridad aludida se pone en peligro y riesgo la vida e integridad de la persona de quien se tutela el derecho.

⁵¹ Conforme precisaremos en su oportunidad, y desde la óptica que planeamos, el término “establecer” del tipo penal, debe entenderse en sentido amplio (con el requerimiento judicial también se establece de manera “cierta” y “exigible” la obligación concreta que el obligado debe cumplir); pues la situación pre típica generadora de actuar se encuentra en la “sentencia firme”, en la “conciliación homologada judicialmente” y los “acuerdos extrajudiciales celebrado en la DEMUNA”.

c.- Situación típica: sobre este elemento se ha señalado que:

se da cuando se verifica la interrelación de conflicto entre dos personas (en principio) vinculadas legalmente con la obligación de asistencia familiar, de las cuales una no está en condiciones de satisfacer sus necesidades vitales, y la otra se encuentra en la posibilidad de asumir la manutención de esta. (Nakasaki Servigon 2008, 110)

A ello debemos agregar, en virtud al principio de legalidad, que en este caso la situación “típica” esta descrita en la ley cuando señala “obligación de prestar alimentos que establece una resolución judicial” (Villavicencio 2006, 657). Por ello, precisamente, el problema radica en determinar a qué clase de “resolución judicial” se refiere el tipo penal, cuestión que no es analizada bajo estos parámetros por ningún autor nacional.

A nuestro criterio, la situación típica generadora del deber de actuar estaría conformada por el auto que contiene el requerimiento de pago de pensiones devengadas, bajo apercibimiento de remitir copias al Ministerio Público.

d.- La no realización de la acción mandada: según el profesor Nakasaki Servigon: “se verifica con la no prestación de alimentos en la forma, cantidad y oportunidad fijadas en la sentencia emanada del proceso civil de alimentos”. (2008, 110)

No obstante, si entendemos que el elemento del tipo penal “resolución judicial” hace referencia al auto que contiene el requerimiento de pago bajo apercibimiento de remitir copias al Ministerio Público, este elemento se verificará cuando el obligado no presta los alimentos que son requeridos mediante esta resolución.

e.- La capacidad de acción: “se da cuando se determina que el omitente no cumplió con el deber de prestar alimentos, estando en la capacidad física real de hacerlo” (Nakasaki Servigon 2008, 110). Desde la perspectiva aquí defendida, esta

capacidad debe evaluarse al momento de que el obligado es notificado con la resolución que contiene el requerimiento de pago de los alimentos devengados, bajo apercibimiento de remitir copias al Ministerio Público.

f.- Consumación

Determinar el momento consumativo, tiene una importancia medular –entre otros aspectos– para la determinación del cómputo de la prescripción en los diferentes tipos penales. Así el profesor Fidel Rojas Vargas (1997, 418) expresa:

es de gran importancia sobre todo para: a) la individualización de la norma a aplicar en el caso de sucesión de leyes penales en el tiempo; en lo que respecta al inicio de los términos de prescripción; c) en lo concerniente a los fines de la amnistía y el indulto; d) para los fines de competencia territorial; y, finalmente e) para la aplicación de la ley respecto a la ley extranjera.

Respecto al delito *sub materia*, en la doctrina existe controversia; por un lado, se sostiene que este delito se consuma cuando el obligado deja de cumplir con el pago, es decir, con el incumplimiento de su obligación; y, por otro lado, se consuma cuando se vence el plazo del requerimiento judicial bajo el apercibimiento expreso. Bramont Arias y García Cantizano (1998, 178) se adhieren a la segunda posición. Como ya lo recalcamos en los antecedentes, los análisis respecto a este tema han sido parcializados y en otros casos contradictorios, por lo que corresponderá en su momento una discusión profunda.

2.3.6. Tipicidad Subjetiva

El dolo:

abarca el conocimiento de la necesidad de una persona que no tiene la posibilidad de auto mantenerse, el conocimiento del deber que se tiene de asistencia respecto del indigente y el conocimiento de la capacidad del agente para cumplir con su deber de manutención. (Nakasaki Servigon 2008, 110)

2.3.7. Naturaleza Jurídica del delito

Existe una división en la doctrina, algunos consideran que se trata de un delito permanente, pues al tratarse de una conducta omisiva entonces el delito se mantiene en el tiempo en tanto que el agente no realice la acción esperada. En cambio, otros lo califican de delito instantáneo de efectos permanentes; y, no faltan los que expresan que se trata de un delito continuado.

En esta parte de la tesis, teniendo en cuenta la forma cómo vamos a contrastar nuestra hipótesis, sólo nos limitaremos a justificar por qué la discusión radica solo en la consideración de si se trata de un delito permanente o de un delito instantáneo de efectos permanentes, destacando las posiciones más destacables y los argumentos correspondientes, y porqué hemos descartado su naturaleza “continuada”, veamos.

En la doctrina nacional, Bramont Arias y García Cantizano, consideran que se trata de un delito continuado, porque está constituido por una “pluralidad de hechos que deben ser considerado como una sola acción”. A nuestro criterio, el delito de incumplimiento de obligación alimentaria, no puede ser considerado como un delito continuado, porque el obligado con su desatención al pago no está iniciando y consumando reiteradamente tipos penales que pueden ser calificados individualmente cada uno de estos actos como un delito independiente. No se puede volver a omitir lo que ya está siendo desatendido. Se trata entonces, o bien, de una sola conducta típica que se consuma en el momento mismo en que omite el pago de la pensión alimenticia y se prolonga en el tiempo; o bien, que se consuma en un solo instante y que los efectos son los que perduran.

Lo que nos resta decir aquí, es que la determinación de su naturaleza tiene incidencia en la prescripción de la acción penal (como se verificará en la contrastación de nuestra hipótesis), y se desarrollará en el *ítem* 2.5.

2.3.8. Antijuridicidad y Culpabilidad

Se entiende además que para la configuración integral del delito no deberá concurrir ninguna causal de justificación, de inculpabilidad o exculpación.

2.4. Especial configuración del delito de incumplimiento de obligación alimentaria

En la práctica apreciamos que cada liquidación de los devengados motiva una nueva denuncia y es visto como un delito independiente: “los incumplimientos responden a una diversidad de manifestaciones de la voluntad del sujeto dando lugar a una responsabilidad punitiva independiente” (Domínguez Izquierdo 2005, 63)

Este delito tiene una característica especial, que viene dado por las liquidaciones que fraccionan los tiempos. Toda denuncia por este delito se realiza previa liquidación de las cuotas dejadas de pagar, de modo que en cada denuncia siempre subsiste un periodo que comprende varios meses impagos.

Sin embargo, cabe hacer una precisión, y es que dado el carácter peculiar del delito [...] su culminación puede darse de una manera distinta de los otros ilícitos, puesto que normalmente en los delitos permanentes la situación antijurídica que se mantiene en el tiempo cesa [...] por la propia decisión del autor o por causas extremas; empero en el delito que comentamos concurre una situación especial que delimita el cese de esta situación delictiva para convertirlo posteriormente en un nuevo delito en el caso de que persista e incumplimiento, y esto es la *denuncia penal*, porque a partir de ese entonces la persistencia del incumplimiento será visto como otro delito”. (Torres Gonzales 2010, 60)

La nueva liquidación va a dar lugar a que se requiera al demandado y en el caso en que persista el incumplimiento generará una denuncia penal como un delito distinto. Es a partir de ese momento, de la denuncia, donde la omisión se divide como un periodo independiente, pese a que se trata en realidad de un mismo incumplimiento.

Con la denuncia penal se entiende que el inculpado va a responder por los pagos anteriores a esa fecha. Todo análisis de su presunta responsabilidad va a estar referido de esa fecha hacia atrás, y el tiempo que sigue transcurriendo va a ser materia de la nueva liquidación, es decir de otra denuncia penal en caso de que continúe este incumplimiento.

2.5. La prescripción de la acción penal

2.5.1. Concepto y clases

Existen dos formas de prescripción, por un lado, la prescripción de la acción penal; y, por otro, la prescripción de la pena. La primera,

Le pone fin a la potestad represiva *antes* que la misma se haya manifestado concretamente en una sentencia condenatoria *firme*, lo que ocurre ya sea porque el poder penal del Estado nunca dio lugar a la formación de la causa (cualquiera que fuere el motivo), o porque iniciada ya la persecución, se omitió perseguirla con la continuidad debida y dentro de un plazo legal que vence sin que se haya expedido sentencia *irrecurrible*. (Roy Freyre 1997, 48)

La segunda,

Es la que hace expirar la potestad punitiva del Estado *después* de haberse expedido la sentencia condenatoria *ejecutoriada*, penalidad que no ha podido hacerse efectiva en su extremo judicialmente indicado por diversos motivos (fuga del reo, no captura o recaptura del sentenciado en los casos de: revocación de la condena condicional, reserva de fallo condenatorio, semi-libertad, etc.). (Roy Freyre 1997, 49)

Teniendo en cuenta los alcances de nuestra investigación destacaremos la problemática que genera la prescripción de la acción penal. En tal sentido, una de estas problemáticas radica en la determinación del inicio del cómputo del plazo, pues ello depende de si se trata de un delito instantáneo, de un delito continuado o de un permanente. Así, el artículo 82 del Código Penal, prescribe que dichos plazos comienzan a partir del día en que se consumó, desde el día en que terminó la actividad delictuosa; y, a partir del día en que cesó la permanencia, respectivamente.

2.5.2. Fundamentos de la Prescripción

La doctrina dominante y la legislación contemporánea están de acuerdo en sostener la conveniencia social de la prescripción. Esta tesis afirmativa se inspira en alguna, o algunas, de las siguientes ideas destacadas por el profesor Roy Freyre, quien expresa

- a) La sociedad olvida paulatinamente el delito hasta el extremo que su recuerdo mismo desaparece.
- b) La aplicación tardía de la pena carece de eficacia o ejemplaridad.
- c) El transcurso del tiempo tiene la virtud de corregir al autor o partícipe del delito.
- d) La legitimidad de la persecución y la conveniencia de ejecutar la pena son canceladas por el simple discurrir del tiempo durante el cual el *ius puniendi* no logra su objetivo debido a la negligencia de los órganos estatales.
- e) El tiempo hace que los medios de prueba se debiliten o desaparezcan.
- f) La transformación del delincuente, operada en el transcurso del tiempo, impide calcular la pena a imponerse, o tener seguridad acerca de la eficacia de su ejecución. (1997, 50)

Siguiendo esta línea argumentativa, Alberto Binder (1993, 130) expresa:

“ni el olvido del hecho”, “ni la enmienda del reo” o “las dificultades para recolectar pruebas” constituyen el fundamento de la prescripción. El hecho podrá ser olvidado o permanecer en la memoria colectiva, el reo podrá continuar con sus fechorías o transformarse en un filántropo y la investigación será más o menos fácil, pero ninguna de estas razones influyen a mi juicio en la naturaleza política de la prescripción de la acción penal: la necesidad valorativa y política que funda la existencia de ese límite temporal nace del hecho de que el otorgamiento al Estado de un poder de tal intensidad (recuerde el lector, lo que no me cansaré de repetir, que “imponer una prisión” consiste en encerrar a un ser humano, a veces por el resto de su vida), implica siempre un peligro potencial sobre la dignidad de las personas, y un Estado de Derecho debe procurar al mínimo las posibilidades de afectar esa dignidad.

En cuanto al fundamento que nuestro Código Penal le ha otorgado a la prescripción podemos decir que:

Si consideramos que la prescripción de la acción penal y de la pena operan en función de los plazos, que la extinción de la primera se interrumpe por las actuaciones diligentes del Ministerio Público y del Poder Judicial, así como por la comisión de un nuevo delito doloso; y, que la segunda mencionada se interrumpe por la aprehensión o captura del condenado que ha cometido un nuevo delito doloso, entonces tenemos que arribar a la conclusión que la prescripción penal en el texto codificado de 1991, no tiene un basamento

único, sino múltiple: el transcurso del tiempo, la negligencia o falta de celo de las autoridades (jueces, fiscales y policía) y la posible corrección del reo. (Roy Freyre 1997, 53)

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el N° 3523-2008-HC/TC, ha señalado que:

la prescripción de la acción penal tiene relevancia constitucional, toda vez que se encuentra vinculada con el contenido de derecho al plazo razonable del proceso, el cual forma parte del derecho fundamental del debido proceso [...] En el caso que la justicia penal hubiera determinado todos los elementos que permitan el cómputo del plazo de prescripción, podrá ser cuestionado ante la justicia constitucional la prosecución de un proceso penal a pesar de que hubiera prescrito la acción penal. (Fundamentos 8 y 10)

Por su parte, nuestra Corte Suprema también se ha pronunciado sobre esta institución, mediante Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, *nuevos alcances de la Prescripción*, expresando lo siguiente: “la prescripción es el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal por un delito incriminado” (fundamento 6).

En suma, se advierte que el fundamento de la prescripción en nuestro sistema jurídico penal, no es único sino múltiple⁵².

2.5.3. Inicio de la Prescripción en el Delito instantáneo, permanente y continuado

En el **delito instantáneo**, la ofensa al bien jurídico protegido se produce mediante una actividad momentánea, que marca la consumación y es al mismo tiempo el punto de partida para contar el plazo de la prescripción. Como es obvio, no plantea este delito ninguna duda en cuanto al momento en que empieza a correr la prescripción, ya que coincide con el momento de la consumación del delito, de tal manera que el día en que el delito se consuma es ya el primer día del plazo prescriptivo.

⁵² Para el profesor Ivan Meini (2009, 305), el fundamento de la prescripción radica en: “consideraciones de política criminal orientadas a evitar el colapso del sistema penal con más casos de los que pueda resolver”.

El delito **permanente**, el plazo de la prescripción empieza a correr a partir del día en que cesó la permanencia. La doctrina nacional e internacional, es unánime al señalar como ejemplos de este tipo de delitos, al secuestro, en el cual se afecta un bien jurídico personalísimo como la libertad.

Además, la doctrina y jurisprudencia habla de delitos instantáneos de efectos permanentes, en los cuales la consumación es instantánea pero sus efectos permanecen en el tiempo. En nuestro ordenamiento jurídico, no se ha reconocido explícitamente esta categoría para delimitar el inicio de la prescripción, pero fácilmente, puede ser reconducido a los plazos del delito instantáneo, pues una cosa es la consumación del delito y otra muy distinta los efectos que genera. Así, el Tribunal Supremo Español, en la sentencia de fecha 16 de febrero de 1962, computó el plazo desde la consumación (Rey González 2004, 128-129), del modo siguiente:

Considerando que es procedente acoger en su integridad el segundo motivo del recurso, apoyado en el acto de la vista por el Ministerio Fiscal, porque aceptado también que se inició el procedimiento en fecha 17 de marzo de 1958, y datando la falsa inscripción en el Registro de 7 de mayo de 1950, han sido ampliamente rebasados los cinco años que para la prescripción de los delitos de pena superior a los seis [...] El hecho de que la falsificación del documento oficial viene continuando vigente mientras no se realizase por las partes la rectificación de la partida del Registro, doctrina que pugna con la naturaleza instantánea del delito de falsedad, consumada en el momento mismo en que por la inscripción se vulnera el bien jurídico de la fe registral, sin que sea obstáculo para ello la producción de efectos permanentes, que es cosa distinta de la continuidad. (Rey González 2004, 128-129)

En cuanto al delito **continuado**, la expresa mención que de este delito hace ahora nuestro Código, señalando como *dies a quo* el de la fecha de la última infracción cometida.

2.5.4. Prescripción del delito de incumplimiento de obligación alimentaria

Este delito prescribe en su tipo básico –primer párrafo– a los tres años, en forma ordinaria, y a los cuatro años y medio, en forma extraordinaria. En este último supuesto, en los casos que exista interrupción conforme al artículo 83 último párrafo del Código Penal, o como prescribe la norma, en todo caso “cuando el tiempo transcurrido sobrepasa una mitad el plazo ordinario de la prescripción”.

Sobre este punto no existe discusión, el problema radica en establecer desde cuándo se empieza a computar dicho plazo, pues ello dependerá, como destacamos, de si se considera que estamos ante un delito instantáneo de efectos permanentes o ante un delito permanente. En el primer caso, se entiende que se computa desde el instante en que se consumó el delito (en adelante se cuenta 3 años o 4 años y medio); mientras que, en el segundo caso, desde que el obligado cumple con el pago de los devengados.

La opción que elijamos dependerá, de cuál es nuestra posición sobre la naturaleza jurídica que de este delito asumamos. En otras palabras, aquí se materializan los efectos prácticos o consecuencias de la posición asumida precedentemente.

En tal sentido, de manera casi unánime, la doctrina, al considerar que se trata de un delito permanente, señalan que el plazo se empieza a computar a partir del día en que se efectúa el pago, pues con este acto cesa la permanencia, a excepción de Torres Gonzáles (2010, 135), quien señala que también puede cesar por una nueva “denuncia”, aunque sin mayores argumentos.

Incluso, Prado Saldarriaga (1999, 442), nos da cuenta de que parte de la jurisprudencia ha señalado que:

El delito de omisión de asistencia familiar es un delito permanente, por lo que el plazo de prescripción que le corresponde debe contabilizarse conforme a los dispuesto en el inciso 4 del artículo 82 del Código Penal; es decir, desde que cesó la permanencia. (Exp. N° 1202-98).

Sobre este tema, conviene precisar que en el Acuerdo N° 2 del Pleno Jurisdiccional Penal de 1998 (Ver apéndice 2), se señaló que este delito, debe ser reputado como instantáneo de efectos permanentes. Este acuerdo, ha sido criticado por Cayro (2011, 109), quien señala que este acuerdo no es vinculante, pues en ninguno de sus considerandos cita fuentes, esto es, amparo doctrinario o jurisprudencial, teniendo en cuenta que el asunto era relevante y digno de ser tratado conforme a la dogmática penal. Por su parte, Torres Gonzáles (2010, 53) expresa: “En estos acuerdos plenarios no se desarrollan, lamentablemente, los criterios por los que se arriba a dicha conclusión, apareciendo solo algunos fundamentos muy escuetos”. Salinas Siccha (2005, 412), precisa:

Tal acuerdo confunde los conceptos y ha originado la emisión de resoluciones judiciales que lesionan el valor de la justicia, toda vez que los procesos judiciales de omisión de asistencia familiar iniciados están finalizando con la declaración de la prescripción de la acción penal sin que el obligado haya llegado a cumplir realmente su obligación.

Mientras que Campana Valderrama (2002, 77), se limita a citar este Pleno; sin embargo, no discute sus conclusiones⁵³.

Como se aprecia, la doctrina es casi unánime al considerar que los alcances de la prescripción de la acción penal de este delito, opera bajo las reglas de la consideración de que se trata de un delito permanente, para lo cual critican las conclusiones del citado Pleno Jurisdiccional; no obstante, existen más acuerdos que desarrollan esta problemática (ver apéndice b), los cuales lamentablemente no han sido nuevamente analizados por la dogmática penal.

⁵³ Para la refutación de las críticas hechas a estos Plenos Jurisdiccionales, véase *ítem* 3.4.4.

2.5.5. Ley que modifica el artículo 2001 del Código Civil, referido al plazo de prescripción de la acción que proviene de la pensión alimenticia

Un tema discutido, el cual también debe ser aclarado en este *ítem*, con la finalidad de que los resultados de nuestra investigación no sean malinterpretados, es el que se presenta de la interpretación del artículo 2001 inciso 4 del Código Civil, el cual antes de la modificatoria experimentada por la ley 30179, prescribía que las acciones civiles sobre pensión alimenticia prescriben a los dos años.

Los efectos de esta interpretación, han hecho suponer que las acciones penales no pueden proceder sobre los devengados, cuando haya transcurrido dicho plazo; mientras que otros consideran que hay que distinguir entre los derechos de acción con la ejecución de sentencias, siendo que los devengados al constituirse en una ejecución de sentencia, el plazo correspondería a diez años porque se refiere a las acciones de una ejecutoria.

Sobre esta problemática, el 06 de abril del presente años dos mil catorce, se ha publicado en el diario oficial el peruano la precitada ley 30179⁵⁴ que modifica el artículo 2001 del Código Civil, la misma que contiene un artículo único que expresa:

Artículo único. Modificación del inciso 4 y adición del inciso 5 al artículo 2001 del Código Civil

Modifíquese el inciso 4 y adiciónese el inciso 5 al artículo 2001 del Código Civil, en los términos siguientes:

“Artículo 2001.- Plazos de prescripción

Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

(...)

4.- A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo.

5.- A los quince años, la acción que proviene de pensión alimenticia.”

⁵⁴ Los orígenes de esta autógrafa se remontan a dos Proyectos de Ley: a) El Proyecto de Ley N° 933/2011-CR, el cual en resumidas cuentas pretendía incorporar la imprescriptibilidad del derechos de alimentos y la acción para incoarla –modificación del artículo 481 del CC y suprimir la parte del numeral 4° del artículo 2001 del mismo cuerpo normativo. b) El Proyecto de Ley N° 1902/2012-CR, el cual pretendía sólo modificar el numeral 4° del artículo 2001 incorporando la imprescriptibilidad de las acciones que provienen del alimentista incapaz o del menor de edad.

Independientemente de la conveniencia o no de esta modificatoria, cuyo análisis excede los alcances de nuestra investigación, nosotros consideramos que los plazos de prescripción de la acción civil y penal, no solo son independientes sino también diferentes, tal y como se verifica de sus propias regulaciones, en el Código Civil y Código Penal⁵⁵, respectivamente.

En tal sentido, compartimos las reflexiones aclaratorias de Torres Gonzales (2010, 245), quien expresa:

las acciones civiles no tienen el mismo fundamento que los procesos penales, puesto que en el primero de ellos se procura en esa vía civil la materialización del pago; en tanto que en el proceso penal se sanciona el riesgo generado por la sustracción de estos deberes.

En tal sentido:

la prescripción de la acción penal se rige por sus propias normas, entenderlo de otra manera significa confundir la finalidad del proceso penal [el cual] no es perseguir en sí el pago de las pensiones sino sancionar la conducta que vulnera o pone en peligro el bien jurídico. (Torres Gonzales 2010, 245)

2.6. La “conciliación homologada judicialmente” en el proceso de alimentos

Teniendo en cuenta los fines de nuestra investigación, como cuestión previa, es necesario destacar que la información que brindemos en este *ítem*, sólo nos servirá a efectos de contrastar nuestra hipótesis, como un argumento más dentro de los que desarrollamos. En decir, es una herramienta para nuestra contrastación, mas no es nuestra contrastación misma.

En tal sentido, la pretensión alimentaria dentro del proceso civil, se tramita bajo las normas del proceso único, debiendo entenderse que deben cumplirse los

⁵⁵ Sobre ambos tipos de prescripción, puede consultarse con amplitud: Cárdenas Rodríguez y Villegas Paiva (2013)

requisitos que las normas materiales, y sobre todo de las procesales⁵⁶. En lo que nos atañe, es menester precisar que “la conclusión de un proceso puede provenir por obra de una sentencia firme o por '**acuerdo homologado por el juez**'”. (Ledesma Narváez 2012, 310)⁵⁷

Respecto a estos “acuerdos homologados por el Juez”, conviene precisar que dentro del proceso civil en general, y dentro del proceso de alimentos en específico, es una de las formas de conclusión del proceso, al igual que la sentencia, pues la norma le atribuye sus efectos, pero no es una sentencia en sentido estricto.

Dentro de la práctica forense, se puede apreciar que los jueces instan siempre estos acuerdos como una forma anticipada de concluir el proceso, teniendo en cuenta las pretensiones de las partes, quienes en última instancia son los que llegan a un acuerdo, siendo que el Juez cumple un rol de facilitador y controlador de la legalidad del mismo, el cual se va a plasmar en el acta de homologación correspondiente.

El problema que pretendemos resolver con la asunción del primer o segundo criterio de interpretación, es escudriñar si la obligación alimentaria derivada de un “acuerdo homologado por el Juez”, se subsume o no dentro de los alcances del tipo penal 149.

2.7. El “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”

Sin perjuicio de lo que precisemos más adelante, las actas de la DEMUNA, son consideradas títulos ejecutivos, por lo que es necesario desarrollar las normas generales que regulan el “proceso único de ejecución” donde precisamente se van a materializar. Del mismo modo, la ejecución de resoluciones judiciales dentro de las

⁵⁶ Sobre los aspectos materiales y procesales: desde el artículo 472 a 487 del Código civil; desde el artículo 560 al 572 del Código Procesal Civil; y, desde el artículo 164 al 182 del Código del Niños y del Adolescente.

⁵⁷ Los énfasis son nuestros.

cuales se puede encontrar una sentencia firme, también se encuentran sujetas a estas mismas normas generales. Por ello, a continuación desarrollamos dicho proceso.

2.7.1. Proceso único de ejecución

Concepto

El proceso de ejecución puede ser definido como

aquel que, partiendo de la pretensión del ejecutante, realiza el órgano jurisdiccional y que conlleva un cambio real en el mundo exterior, para acomodarlo a lo establecido en el título que sirve de fundamento a la pretensión de la parte y a la actuación jurisdiccional. (Ledesma Narváez 2012, 647)

Citando las palabras de Courture

si la sentencia condena a demoler el muro, se demuele; si condena a entregar el inmueble se aleja de él a quienes lo ocupen; si condena a pagar una suma de dinero y esta no existe en el patrimonio del deudor, se embargan y se venden otros bienes para entregar su precio al acreedor. Hasta el momento, el proceso se había desarrollado como una disputa verbal, simple lucha de palabras; a partir de ese instante cesan las palabras y comienzan los hechos. (1977, 442)

De tal manera que, la jurisdicción no se limita a declarar el derecho, comprende también la ejecución del mismo. La ejecución se dirige a asegurar la eficacia práctica de las sentencias de condena. El proceso de cognición y proceso de ejecución son independientes entre sí. Por ejemplo, no siempre a la ejecución debe preceder la cognición judicial, en determinados casos se puede proceder a la ejecución sin necesidad de realizar precisamente un proceso de cognición judicial, como es la conciliación extrajudicial, donde las partes han definido consensualmente el derecho. Por ello, la tutela efectiva no solo se agota con los procesos de cognición sino con los de ejecución.

En suma, podemos decir que:

El proceso de ejecución es aquella actividad con la cual los órganos judiciales tratan de poner en existencia coactivamente un resultado práctico, equivalente a aquel que habría debido producir otro sujeto, en cumplimiento de una obligación jurídica. (Ledesma Narváez 2012, 648)

2.7.2. Títulos Ejecutivos

El instrumento a través del cual se puede iniciar un proceso de ejecución, se denomina título ejecutivo. Desde una perspectiva sustancial “es un acto jurídico del que resulta la voluntad concreta de la ley” y en sentido formal, “es el documento en que el acto está contenido”. Nuestro ordenamiento procesal ha acogido el sistema de enumeración taxativa, pues “solo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso” (Art. 688 Código Procesal Civil).

Los títulos ejecutivos provienen de la actividad judicial (V.gr. Resoluciones Judiciales) o extrajudicial (V. gr. Títulos valores, actas de conciliación extrajudicial, etcétera); sin embargo, éstos últimos, pueden clasificarse en atención a la procedencia del acto jurídico en: títulos contractuales, de origen administrativo y los que emanan de actos unilaterales del deudor.

En cuanto a los títulos **contractuales**, la declaración proviene de las partes, quienes documentalmente consignan las declaraciones de voluntad, mediante la cual se obligan, pero observando los requisitos prefijados por la ley (títulos valores, transacción, etcétera). En los títulos ejecutivos de origen administrativo, la declaración de voluntad que contiene la obligación se hace por autoridad o entidad administrativa a favor de un particular y que por disposición de la ley se presta mérito ejecutivo (resoluciones de INDECOPI). En el caso los que emanan de actos unilaterales del deudor, son los documentos provenientes del acto unilateral mediante el cual una persona se obliga a favor de otra (testamentos, pruebas anticipadas, etcétera).

2.7.3. Régimen legal según el Código Procesal Civil

El proceso de ejecución fue unificado mediante la modificatoria hecha por el Decreto Legislativo N° 1069, publicado el 28 de junio del año 2008, recibiendo la denominación de “Proceso único de ejecución”. Respecto a lo que nos atañe, el artículo 688 del Código Procesal Civil describe los títulos que pueden ser materia de este proceso, así se describen a los siguientes: Las resoluciones judiciales firmes, los laudos arbitrales firmes, **las Actas de Conciliación de acuerdo a ley**, los Títulos Valores, la constancia de inscripción y titularidad expedida por la Institución de Compensación y Liquidación de Valores, la prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido; la copia certificada de la Prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o *ficta*, el documento privado que contenga transacción extrajudicial; el documento impago de renta por arrendamiento, siempre que se acredite instrumentalmente la relación contractual, el testimonio de escritura pública; y otros títulos a los que la ley les da mérito ejecutivo.

En cuanto a su procedencia, el artículo 689 señala que la ejecución procede cuando la obligación contenida en el título es **cierta, expresa y exigible**. En el artículo 690, se regula la legitimación de los sujetos para promover este proceso, debiéndose entender que son aquellos que tienen reconocido un derecho a su favor.

En el artículo 690-A se precisan los requisitos que debe contener una demanda de proceso único de ejecución, los que además de los requisitos y anexos previstos en los artículos 424 y 425, debe observarse los requisitos señalados en las disposiciones especiales (Proceso de ejecución de garantías, ejecución de resoluciones judiciales, obligación de dar suma de dinero). En el artículo 690-B, se regula la competencia, distinguiéndose en razón de si se trata de un título ejecutivo de naturaleza extra judicial o judicial. En el primer caso, es competente para conocer estos procesos el

Juez Civil y el de Paz Letrado. Este último es competente cuando la cuantía de la pretensión no sea mayor de cien Unidades de Referencia Procesal, mientras que las pretensiones que superen dicho monto son de competencia del Juez Civil. En el segundo caso, es competente para conocer estos procesos, el Juez de la demanda, mientras que los procesos de ejecución con garantía constituida es competente el Juez Civil.

En el artículo 690-C, se regula la forma de inicio o procedencia una vez admitida la demanda. Así se señala, el mandato ejecutivo, dispondrá el cumplimiento de la obligación contenida en el título; bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada. **En caso de exigencias no patrimoniales, el Juez debe adecuar el apercibimiento.**

Por otro lado, el artículo 690-D regula el trámite de la contradicción por parte del ejecutado, este artículo prescribe, dentro de cinco días de notificado el mandato ejecutivo, el ejecutado puede contradecir la ejecución y proponer excepciones procesales o defensas previas. En el mismo escrito se presentarán los medios probatorios pertinentes; de lo contrario, el pedido será declarado inadmisibles. Sólo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia. Se señala asimismo que, la contradicción sólo podrá fundarse según la naturaleza del título en: 1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título; 2. Nulidad formal o falsedad del título; o, cuando siendo éste un título valor emitido en forma incompleta, hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia; 3. La extinción de la obligación exigida.

Respecto a los artículos 690-E y 690-F, se regula el trámite en el caso de que exista contradicción y/o excepciones procesales o defensas previas, asimismo en el

caso de que se requiera la actuación de medios probatorios; y, la forma de procedencia del juez (denegatoria de plano) en el caso de que el título no reúna los requisitos formales, respectivamente.

En el artículo 691, se regula el plazo para interponer el recurso de apelación contra el auto que resuelve la contradicción. Por su parte, el artículo 692 del Código Procesal Civil, regula el supuesto de ejecución cuando se ha constituido prenda, hipoteca o anticresis en favor del ejecutante en garantía de su crédito, siendo que no podrá cautelarse éste con otros bienes del deudor, salvo que el valor de los bienes gravados no cubran el importe de lo adeudado por capital, intereses, costas y costos, o por otros motivos debidamente acreditados por el ejecutante.

Por último, el artículo 692 regula el trámite del señalamiento de bien libre, así se expresa que, si al expedirse el auto que resuelve la contradicción y manda llevar adelante la ejecución en primera instancia y el ejecutante desconoce la existencia de bienes de propiedad del deudor, solicitará que se le requiera para que dentro del quinto día señale uno o más bienes libres de gravamen o bienes parcialmente gravados cuyo saldo de cobertura posible resulte cuantitativamente suficiente para cuando menos igualar el valor de la obligación materia de ejecución, bajo apercibimiento del Juez de declararse su disolución y liquidación. Asimismo se regula que, consentida o firme la resolución, concluirá el proceso ejecutivo y el Juez remitirá copia certificadas de los actuados a la Comisión de Procedimientos Concursarles del INDECOPI o a la Comisión Delegada que fuera competente, la que, conforme a la Ley de la materia, procederá a publicar dicho estado, debiendo continuar con el trámite legal. Por último, se destaca que, el apercibimiento contenido en el presente artículo también será de aplicación en la etapa procesal de ejecución forzada de sentencia derivada de un proceso de conocimiento, abreviado o sumarísimo.

2.7.4. Ejecución de actas de conciliación extrajudicial y de resoluciones judiciales

Habiendo desarrollado los requisitos generales del proceso de ejecución, teniendo en cuenta los alcances de nuestra investigación, desarrollemos en esta parte la regulación específica, en el caso de las resoluciones judiciales (“sentencia firme” en proceso de alimentos) y en el caso de las actas de conciliación extrajudicial (“actas de la DEMUNA”).

Es conveniente señalar que no existe regulación específica para el caso de las actas de conciliación extrajudicial. En tal sentido, es necesario recurrir a lo que prescribe el artículo 18 del Decreto Legislativo Decreto Legislativo N° 1070 –que modifica la ley N° 26872, ley de conciliación–, el cual prescribe:

Artículo 18.- Mérito y ejecución del acta de conciliación

El Acta con acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución. Los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles que consten en dicha Acta se ejecutarán a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

Respecto a este punto, como señalamos, el elemento que imprime la certeza suficiente para iniciar un proceso de ejecución es el título, el cual puede ser una resolución judicial de condena o un acto negocial o administrativo que acredite la existencia de un derecho cierto, expreso y exigible. Los títulos de ejecución contienen actos constitutivos, declarados no solo por el órgano jurisdiccional sino que también pueden tener su origen en la voluntad de las partes involucradas en el conflicto. En este orden de ideas, esta vinculación “contractual” en la que intervienen las partes, se va a expresar en “las actas de conciliación de acuerdo a ley” como lo señala el inciso 3 del artículo 688 del Código Procesal Civil. El acta conciliatoria, es la manifestación de voluntad de las partes. Su validez está condicionada a la observancia de las formalidades establecidas en el artículo 16 de la ley 26872 (modificado por el Decreto

Legislativo 1070), bajo sanción de nulidad. Para que el acuerdo conciliatorio extrajudicial tenga la condición de título de ejecución, debe ser sometido a un previo control de legalidad⁵⁸.

Ahora bien, así las cosas, respecto a la ejecución de resoluciones judiciales, el artículo 715 precisa que si el mandato de ejecución contuviera exigencia no patrimonial, el Juez debe adecuar el apercibimiento a los fines específicos del cumplimiento de lo resuelto. Por su parte, el artículo 716, regula el caso de la ejecución cuando se trata de una suma líquida. Así se señala que, si el título de ejecución condena al pago de cantidad líquida o hubiese liquidación aprobada, se concederán a solicitud de parte, medidas de ejecución con arreglo al Subcapítulo sobre medidas cautelares para futura ejecución forzada. Si ya hubiese bien cautelado, judicial o extrajudicialmente, se procederá con arreglo al Capítulo V de este Título (medidas cautelares para futura ejecución forzada, sobre todo los diferentes tipos de embargos). Por último, el artículo 717, regula el supuesto de cantidad ilíquida, así prescribe que, si el título de ejecución condena al pago de cantidad ilíquida, el vencedor debe acompañar la liquidación realizada siguiendo los criterios establecidos en el título o en su defecto los que la ley disponga.

De manera específica, para la ejecución de la resolución judicial –sentencia firme– derivada del proceso de alimentos, el Código Procesal Civil ha establecido el siguiente procedimiento especial.

El artículo 566 prescribe que, la pensión de alimentos que fije la sentencia debe pagarse por período adelantado y se ejecuta aunque haya apelación, siendo que una vez obtenida sentencia firme que ampara la demanda, el Juez ordenará al

⁵⁸ Artículo 16.- “Acta [...] k. El nombre, registro de colegiatura, firma y huella del Abogado del Centro de Conciliación Extrajudicial, quien verificará la legalidad de los acuerdos adoptados, tratándose del acta con acuerdo sea este total o parcial [...]”. Decreto Legislativo que modifica la ley N° 26872, ley de conciliación, Decreto Legislativo N° 1070.

demandado abrir una cuenta de ahorros a favor del demandante en cualquier institución del sistema financiero. Respecto de la liquidación de devengados, se precisa en el artículo 568 que, concluido el proceso, sobre la base de la propuesta que formulen las partes, el Secretario de Juzgado practicará la liquidación de las pensiones devengadas y de los intereses computados a partir del día siguiente de la notificación de la demanda, esta liquidación se concederá traslado al obligado por el plazo de tres días y con su contestación o sin ella, el Juez resolverá. Asimismo, en el artículo 566-A, se regula el apercibimiento y la remisión al fiscal, precisando la norma que, si el obligado, luego de haber sido notificado para la ejecución de sentencia firme, no cumple con el pago de los alimentos, el Juez, a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso, remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al Fiscal Provincial Penal de Turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones, siendo que este acto, sustituye el trámite de interposición de denuncia penal.

Teniendo en cuenta que al momento de contrastar nuestra hipótesis, haremos referencia al citado artículo 566-A del Código Procesal Civil, desarrollemos brevemente los alcances de este artículo.

2.7.5. Breve comentario al artículo 566-A del Código Procesal Civil

El proceso, según la finalidad que persigue puede ser de conocimiento o de ejecución. La norma precisamente, nos ubica en este último, donde la existencia de una sentencia de condena, impone el cumplimiento de prestaciones de dar, de hacer o de no hacer. Además, de la condena, se requiere que dicho fallo no sea cumplido por el vencido, quien se torna resistente.

La sentencia que define los alimentos se puede considerar como la llave indispensable para abrir la puerta de la ejecución o mejor como la tarjeta de entrada sin la cual no es posible atravesar el umbral del proceso de ejecución. Podría definirse a este proceso como aquel cuyo objeto consiste en una pretensión tendiente a hacer efectiva –de acuerdo a la modalidad correspondiente al derecho que debe satisfacerse– la sanción impuesta por una sentencia de condena.

Lo que busca es modificar una situación de hecho existente para adecuarla a una sentencia condenatoria, que, en razón de su contenido, goza de una presunción favorable respecto a la legitimidad del derecho del acreedor. Ya no se trata, como ocurre con la pretensión de conocimiento, de obtener un pronunciamiento acerca de un derecho discutido, sino de actuar, de traducir en hechos reales un derecho que ha quedado insatisfecho.

La ejecución, en un proceso civil, se halla supeditada al pedido de la parte interesada, el cual frente a la hipótesis de incumplimiento de la sentencia por vencido, constituye el medio para que, por obra de órganos judiciales del Estado, y a través del empleo de las medidas coactivas correspondientes, se sustituya la ejecución forzada a la ejecución voluntaria.

Cuando nos ubicamos ante la resistencia del condenado al cumplimiento de la prestación, el Estado en ejercicio de su poder jurisdiccional, ejercerá la *executio* de lo declarado, procediendo a su ejecución forzada. Para ingresar a esta fase, dentro del proceso de ejecución, se requiere que el obligado haya sido requerido para la satisfacción de la condena, bajo la advertencia de proceder a la ejecución forzada de ello. Como literalmente señala la norma: “el juez a pedido de parte y previo requerimiento [...] a sus atribuciones”.

En esta redacción debe resaltarse que los procesos de ejecución se impulsarán a pedido de parte. Aquí la regla general del impulso de oficio no opera, sino para la función cognoscitiva del proceso, mas la satisfacción de ese derecho estará sujeta a la actividad de la parte. Esta redacción resulta concordante con el artículo 713 del CPC que señala que la ejecución de los títulos se ejecutará a pedido de parte y de conformidad con las reglas del capítulo del proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

El apercibimiento es una advertencia conminatoria respecto de una sanción especial. Esta advertencia es intimada por la autoridad, con potestad para el acto preventivo. Todo apercibimiento judicial hecho a una de las partes. En cualquier materia, para que tenga validez, es menester fundarlo en una ley que lo autorice. Como dice la norma, “el juez a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada [...] remitirá copia certificada de la [...] Dicho acto sustituye el trámite de interposición de denuncia penal”. (Ledesma Narváez 2012, 307)

En suma, cuando se ejecute un acta de conciliación extra judicial (título ejecutivo) o una sentencia firme, el procedimiento a seguir es el de ejecución de resoluciones judiciales reseñado precedentemente. El Juez competente, en el primer supuesto, será el Juez de Paz Letrado cuando la cuantía de la pretensión no es mayor de cien Unidades de Referencia Procesal, mientras que las pretensiones que superen dicho monto son de competencia del Juez Civil. En el segundo caso, es competente para conocer estos procesos el Juez de la demanda.

2.7.6. Mérito ejecutivo del Acta de conciliación de la DEMUNA

Como uno de los títulos subsumibles dentro del inciso 3 del artículo 688 del Código Procesal Civil, tenemos de manera específica, a las actas de conciliación

celebradas en la DEMUNA. Así, la ley 27007 –“Ley que faculta a las Defensorías del Niño y del Adolescente a realizar Conciliaciones Extrajudiciales con Título de Ejecución” – (publicada el 20/11/1998), regula la formalidad de estas actas, los requisitos que deben observarse y quizá lo más importante su mérito ejecutivo.

Más precisamente, el artículo 1 de dicha ley prescribe que, las Defensorías del Niño y el Adolescente debidamente autorizadas⁵⁹, podrán realizar conciliaciones extrajudiciales sobre las materias contempladas en el Artículo 48, literales c) y d) del Código de los Niños y Adolescentes y en la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, Ley N° 26260, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N° 006-97-JUS, en temas que versen sobre derechos disponibles, con carácter de gratuidad y acorde con las formalidades establecidas en la Ley N° 26872. Las Actas derivadas de estas conciliaciones constituyen título de ejecución.

El artículo 2, precisa que, las Defensorías del Niño y el Adolescente, a las que se refiere el Artículo 1 de la presente ley, realizan acciones de conciliación sin el requisito de convertirse en Centros de Conciliación, y las Actas suscritas ante ellas constituyen título de ejecución, para lo cual, debe cumplir con lo establecido en el artículo 16 de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, entendiéndose que el inciso 7) está referido al nombre y firma del abogado de la Defensoría del Niño y el Adolescente, quién verificará la legalidad de los acuerdos adoptados.

Sin embargo, es necesario precisar lo siguiente: el reglamento de dicha ley se promulga mediante Decreto Supremo N° 006-99, y mediante ley 27337 se promulgo el “nuevo” Código del Niño y del Adolescente; por lo que tuvo que modificarse dicho reglamento y adecuarlo al “nuevo” CNA, siendo que mediante Decreto Supremo N° 007-2004, se procede a la adecuación correspondiente.

⁵⁹ Como ya recalcamos en la introducción de la presente investigación, nos referimos a las **Defensorías acreditadas** ante el MIMP como Centros de Conciliación.

Así, en este último Decreto Supremo, se regula de manera más específica, las materias conciliables (“sólo alimentos, tenencia y régimen de visitas”), los pasos previos a la audiencia de conciliación, concurrencias, desarrollo y conclusión de la conciliación. Asimismo, se regulan los requisitos y del registro de actas de conciliación y otros aspectos. Destacándose que las Defensorías del Niño y del Adolescente celebrarán las actas de conciliación extrajudiciales acorde con las formalidades que establece la ley 27007 y ley 26872, en lo que fuera aplicable.

En definitiva, se entiende que las actas de conciliación en materia de alimentos llevadas a cabo ante las Defensorías acreditadas ante el MIMP como Centros de Conciliación y con las formalidades que la ley ordena, en su ejecución se someten al procedimiento de ejecución de resoluciones judiciales, y es el Juez competente, el de Paz Letrado, cuando la cuantía de la pretensión no es mayor de cien Unidades de Referencia Procesal, mientras que las pretensiones que superen dicho monto son de competencia del Juez Civil.

Ahora bien, a continuación, por cuestiones metodológicas, destacaremos los argumentos doctrinales y jurisprudenciales vertidos acerca de la consumación del delito de incumplimiento de obligación alimentaria, los que nos servirán para realizar una revisión crítica en el siguiente capítulo. Sin embargo, al tener implicancia en otros aspectos, también destacaremos los argumentos vertidos acerca de su **naturaleza jurídica** y de la forma en cómo opera la **prescripción**⁶⁰.

⁶⁰ Sobre la problemática de subsunción típica, sólo se ha desarrollado el Primer encuentro de Jueces de Paz Letrado del Distrito de Junín (Ver Apéndice B), el cual lamentablemente no ha sido comentado por la doctrina.

2.8. Argumentos doctrinales y jurisprudenciales sobre primer criterio de interpretación y aspectos de incidencia

2.8.1. Argumentos doctrinales

Para Bramont - Arias Torres y García Cantizano: “El delito se consuma en el momento de vencerse el plazo del requerimiento que fuere formulado al sujeto activo, bajo apercibimiento, sin que hasta el momento haya cumplido con la obligación de prestar los alimentos” (1996, 160); sin embargo, estos mismos autores precisan: “El Código Penal utiliza el término ‘resolución’, por lo que comprende [...] la sentencia del juicio de alimentos [...]”. Además enseñan que “Es un delito continuado, donde la pluralidad de hechos está considerada jurídicamente como una sola acción dando lugar a un solo delito” (1996, 159).

Por el momento sólo nos limitamos a señalar que esta posición doctrinal, si bien es verdad, toma una posición clara a favor del primer criterio de interpretación de “resolución judicial”; no obstante, más adelante de manera inexplicable se inclinan a favor del segundo criterio de interpretación. En cuanto a la consideración de su naturaleza continuada, será discutido en su momento.

En suma, esta posición doctrinal si bien es verdad toma posición a favor del primer criterio de interpretación, se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de este delito; sin embargo, no desarrolla el tema de la prescripción, omite referirse a la especial configuración de este delito y a la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

2.8.2.- Argumentos jurisprudenciales

La jurisprudencia ha señalado al respecto que, este delito se consuma: “[...] al momento de vencer el plazo de requerimiento judicial del pago de las pensiones alimenticias devengadas, que fue notificado al encausado, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente” (Exp. N 0024-2005, considerando 2)

De manera meridianamente clara, se ha establecido:

Que se encuentra acreditado en autos que el procesado se sustrajo a su obligación de prestar alimentos a sus menores hijas, tal como fue ordenada en sentencia en el Fuero Civil y pese a haber sido requerido conforme a ley para su pago, configurándose el delito materia de instrucción. (Exp N° 79-93-Lima En Peña Cabrera Freyre 2008a, 436).

En el Exp. N° 110-2008, Sala Penal de la Corte de Tumbes⁶¹, se estableció:

a folios veintiséis corre la constancia de notificación recibida personalmente por el ahora sentenciado en la que se le requería el pago de la obligación alimenticia [...] al no haberlo hecho se infiere su renuencia a cumplir con la obligación alimenticia impuesta por mandato judicial; por lo tanto **la conducta típica prevista** en el artículo 149 del Código Penal se ha configurado al **incumplir el referido requerimiento de pago**.

En el Exp. N° 1907-98, se dejó sentado lo siguiente:

la conducta que ostenta contenido penal se verifica cuando el encausado pese a haber tenido conocimiento de su obligación alimentaria hace caso omiso a la misma, consumándose así el comportamiento omisivo en la fecha del requerimiento personal para el cumplimiento de su deber [...] con la resolución respectiva.

En el Exp. N° 6473-97-Lima, se expresó:

La sentencia judicial no se ejecuta por sí sola, sino mediando resolución conminatoria, con mayor razón en los procesos de alimentos en los que la alimentista puede optar entre el embargo y la amenaza punitiva; **tales conceptos deben asistir en la interpretación del artículo 149 del Código Penal**: no basta la existencia de una sentencia fijando una pensión alimenticia

⁶¹ Los expedientes citados que no remitan a otra fuente, se encuentran en el CD publicado por revista Jurídica Gaceta Penal y Procesal. **DATA PENAL**. 2011. *Legislación y Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*. CD Gaceta Penal y Procesal Penal.

y el presumido incumplimiento para que proceda *ipso facto* la denuncia por omisión de asistencia familiar, sino que además debe constatarse la presencia de una **resolución judicial conminatoria bajo apercibimiento de acción punitiva**, dicho de otra manera, que exista requerimiento expreso bajo apercibimiento de ser denunciado por el ilícito mencionado.

En el Exp. N° 3062-98-Lima, se estableció:

El delito de omisión de asistencia familiar se produce cuando el infractor incumple dolosamente su obligación alimentaria judicialmente declarada; en el presente caso al hallarse tal obligación señalada en resolución judicial superior debidamente notificada al procesado, **quien fue requerido para el pago de pensiones devengadas**, las mismas que no han sido canceladas, existen suficientes fundamentos para que el encausado sea pasible de condena.

Como se aprecia de lo expuesto, existe una asunción doctrinaria hacia el primer criterio de interpretación empero no se advierten argumentos que sustenten esta posición. Por el contrario, en la jurisprudencia si se advierten argumentos.

2.9. Argumentos doctrinales y jurisprudenciales sobre segundo criterio de interpretación y aspectos de incidencia

Como destacamos en el planteamiento del problema, dentro de los autores que defienden esta posición, existe una división: a) por un lado, aquellos que consideran que el requerimiento que se hace al obligado, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente, se constituye en un requisito de procedibilidad, Salinas Siccha (2005, 395-396), Campana Valderrama (2002, 86); Peña Cabrera Freyre (2010b, 453); y, Torres Gonzales (2010, 59), b) mientras que, por otro lado, aquellos que piensan que en este delito no existe tal requisito de procedibilidad, sino que basta la mera omisión, Reyna Alfaro (2011, 199-200); y, Gálvez Villegas y Rojas León (2012, 1115). En tal sentido, corresponde citar de manera separada sus argumentaciones.

2.9.1.- Argumentos que consideran que existe requisito de procedibilidad

2.9.1.1. - Argumentos doctrinales

El profesor Salinas Siccha explica que:

el ilícito penal de omisión de asistencia familiar se perfecciona o consuma, cuando el sujeto activo teniendo pleno conocimiento de la resolución judicial que le ordena pasar determinada pensión alimenticia mensual al beneficiario, dolosamente omite cumplir tal mandato. (2005, 395-396)

Más adelante agrega:

Cuestión diferente es el requerimiento que debe hacerse al obligado con la finalidad que cumpla con lo ordenado por la resolución judicial. Ello simplemente es una formalidad que se exige y debe cumplirse para hacer viable la acción penal respecto de este delito. El requerimiento que se hace al obligado que dé cumplimiento lo ordenado en resolución judicial, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente, se constituye en un requisito de procedibilidad. (2005, 396)

Por último se puede encontrar en su pensamiento:

Es un delito permanente [...] La omisión de cumplir con la resolución judicial que obliga a pasar una pensión alimenticia mensual y por adelantado se produce y permanece en el tiempo, sin intervalo, siendo el caso que tal estado de permanencia concluye cuando el obligado, quien tiene dominio de la permanencia, voluntariamente decide acatar la orden judicial o por la intervención de la autoridad judicial que coactivamente le obliga a cumplir su deber asistencial. (2005, 391)

Como se aprecia este criterio se inclina a favor del segundo criterio de interpretación; aborda el tema de la naturaleza permanente de este delito de manera directa, y el tema de la prescripción de manera indirecta; sin embargo omite tomar en cuenta la especial forma de configuración de este delito y la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

Campana Valderrama (2002, 86) expresa:

es nuestra opinión que el delito *sub examine* se consuma en el momento que se abandona o se pone en peligro al sujeto pasivo. Esto ocurre cuando el hechor deja de cumplir con su obligación, dejando sin recursos viables para la subsistencia al titular del derecho lesionado. Dicho de otra manera, nos aunamos a la tesis doctrinal que sostiene que el delito en sede se consuma **cuando el agente deja de cumplir con la obligación impuesta.**

Más adelante, contestando a los que asumen el primer criterio de interpretación (2002, 87) agrega:

quienes aseveran que el delito en sede se consuma cuando vence el plazo del requerimiento efectuado; sólo diremos que este acto procesal es la formalidad exigida para ejercitar la acción punitiva; ya que ésta constituye un requisito de procedibilidad de la acción y, por tanto, su viabilidad no comporta que efectivamente se desprenda que a partir de allí se materialice la lesión al bien jurídico.

Este mismo autor cuando desarrolla el tema de la prescripción (2002, 132) señala:

el plazo de la prescripción para los delitos permanentes en el momento que terminó la permanencia; es decir, la permanencia termina cuando el agente hace efectivos el pago de las pensiones alimenticias; de manera que si éste no hace efectivo el pago, el efecto permanente continúa con su acción y por lo tanto el delito no prescribe.

Como se aprecia esta postura se inclina a favor del segundo criterio de interpretación; aborda el tema de la naturaleza permanente de este delito de manera directa, y el tema de la prescripción de manera indirecta; sin embargo omite tomar en cuenta la especial forma de configuración de este delito y la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

Peña Cabrera Freyre (2010b, 450), expresa sobre el momento consumativo

Basta [...] para dar por configurado el supuesto de hecho, que exista previamente una intimidación judicial y, luego el incumplimiento deliberado del sujeto obligado.

Respecto a la naturaleza del delito señala:

Se trata de un delito permanente, pues mientras no cese el acto antijurídico, el bien jurídico será lesionado de forma también indefinida. (2010b, 451)

Sobre el requisito de procedibilidad expone:

En el tipo penal previsto en el artículo 149 del C.P. se requiere previamente que el agente, haya sido demandado en un proceso civil de alimentos [...] de que se haya expedido una **resolución jurisdiccional firme** en dicha vía, dando lugar a la emisión de una intimación judicial de apercibimiento de ser denunciado penalmente, si es que no cumple con la prestación alimenticia a su cargo. (2010b, 453)

Como se puede observar, esta postura se inclina a favor del segundo criterio de interpretación; aborda el tema de la naturaleza permanente de este delito de manera directa, y el tema de la prescripción de manera indirecta; sin embargo omite tomar en cuenta la especial forma de configuración de este delito y la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

Del mismo modo, aunque con algunos matices, el profesor Torres Gonzáles (2010, 59), señala que se trata de un delito de naturaleza permanente:

Nosotros nos adherimos a la posición de considerar el delito de omisión a la asistencia familiar como permanente, no por el simple hecho de que se trate de un delito omisivo, porque esto ya los hemos explicado: no puede ser el factor determinante para su calificación, sino porque sus características así lo definen. Esto es que el agente mantiene la situación de riesgo sobre el bien jurídico, y puede hacerlos cesar en determinado momento por su propia decisión.

Más delante (2010, 59), expresa:

Sin embargo, cabe hacer una precisión, y es que dado el carácter peculiar del delito de omisión a la asistencia familiar, su culminación puede darse de una manera distinta de los otros ilícitos, puesto que normalmente en los delitos permanentes la situación antijurídica que se mantiene en el tiempo cesa, porque el bien jurídico es destruido o de lo contrario ha dejado de ser afectado, situación que puede obedecer a diversos factores como sería la propia decisión del autor o por causas externas; empero en el delito que comentamos concurre una situación especial que delimita el cese de esa situación delictiva para convertirlo posteriormente en un nuevo delito en el caso de que persista el incumplimiento, y esto es la “denuncia penal”, porque a partir de ese entonces la persistencia del incumplimiento será visto como otro delito.

La nueva liquidación va a dar lugar a que se requiera al demandado y en el caso que persista el incumplimiento generará una denuncia penal como un delito distinto. Es a partir de ese momento de la denuncia donde la omisión se divide como un periodo independiente, pese a que se trata en realidad de un mismo incumplimiento.

[...]

Con la denuncia penal se entiende que el inculpado va a responder por los pagos anteriores a esa fecha. Todo el análisis de su presunta responsabilidad va a estar referido de esa fecha hacia atrás, y el tiempo que sigue transcurriendo va a ser materia de la nueva liquidación, es decir de otra denuncia penal en caso de que continúe este incumplimiento.

Respecto la consumación, señala (2010, 135):

Nosotros como ya lo venimos señalando entendemos que se trata de un delito permanente, y que por lo tanto el momento consumativo si bien se da desde el momento en que el inculpado incumple la obligación, este periodo se extiende hasta el momento en que se inicia otra denuncia penal por una nueva liquidación o se ejecuta el pago.

Más adelante (2010, 136) agrega:

su consumación se produce cuando se llega a realizar la conducta descrita y consecuentemente se genere un riesgo para el alimentista y ello se entiende desde el momento en que el obligado no cumple con la obligación ordenada en una resolución judicial, y genera un abandono en el sujeto pasivo del delito.

Respecto al tema de la prescripción (2010, 243) expresa:

Desde nuestra posición el plazo se contabiliza desde el momento en que el inculpado omite el incumplimiento de su obligación, precisándose que esta consumación se va a mantener hasta que el procesado realice el pago, o se extinga la obligación o en todo caso se interponga la denuncia penal, puesto que se trata de un delito permanente.

Como se evidencia de esta postura se inclina a favor del segundo criterio de interpretación; aborda de manera directa el tema de la naturaleza permanente de este delito y la especial forma de configuración de este delito; no obstante, no abordan la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

En suma, estas posturas se inclinan a favor del segundo criterio de interpretación; abordan el tema de la naturaleza permanente y la prescripción de este delito; sólo una de ellas toma en cuenta la especial forma de configuración de este delito; sin embargo, no afrontan la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

2.9.1.2.- Argumentos jurisprudenciales

En cuanto a los argumentos vertidos por la jurisprudencia, respecto a la consumación de este delito se ha señalado que:

que reiterada ejecutoria inciden en que previamente a la formalización de la denuncia penal por delito de omisión de asistencia familiar, se debe verificar que el demandado fue debidamente notificado de las resoluciones que lo requerían para que cumpla con sus obligaciones, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente [...] que, en consecuencia, del estudio de autos se advierte que el procesado varió su domicilio legal [...] por lo que, al haberse notificado en domicilio diferente al anotado [...] se infiere que el procesado no ha tomado conocimiento efectivo del requerimiento anotado, lo cual importa la no concurrencia de uno de los requisitos de procedibilidad de la presente acción penal. (Exp N° 2399-Ica En Salinas Siccha 2005, 388)

En igual sentido:

que, la omisión de asistencia familiar [...] se configura siempre que el agente desatendiendo una resolución judicial no cumple con pagar las pensiones alimenticias, por consiguiente es necesario que antes de proceder a la denuncia penal se acredite la notificación con el apercibimiento expreso de acudir o la vía penal, pues este hecho acreditará su renuencia consciente de cumplir con

sus obligaciones alimentarias, situación que no se produce en el caso materia de autos. (Exp N° 4697 En Salinas Siccha 2005, 387)

Asimismo:

No basta la existencia de una sentencia fijando una pensión alimenticia y el presumido incumplimiento para que proceda *ipso facto* la denuncia por omisión a la asistencia familiar, sino que además debe constatar la presencia de una resolución conminatoria bajo apercibimiento de ser denunciado por el ilícito mencionado. (Exp N° 6473-97-Lima En Peña Cabrera Freyre 2008a, 436)

Del mismo modo:

El delito de omisión a la asistencia familiar tiene como requisito de procedibilidad el que exista una sentencia que ordene al inculpado el pago de la pensión alimenticia, debiéndose realizar la liquidaciones devengadas. El delito se configura con la negativa de pago del inculpado de las pensiones ante el requerimiento de pago. No constituye requerimiento legal de pago el realizado sin aprobarse la liquidación de pensiones, ni señalar el monto de la deuda”. (Exp. N° 99-0015 En Urquizo Olaechea 2014, 500)

En el Exp. 600-98-Lima⁶², se estableció:

El comportamiento en el ilícito instruido consiste en omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida por una resolución judicial. Es decir, **basta con dejar de cumplir con la obligación para realizar el tipo, teniendo en consideración que el bien jurídico protegido es la familia y especialmente los deberes de tipo asistencial.**

En el 1049-2007- Lima, se dejó sentado que:

Conforme a su descripción típica el delito contra la familia en su modalidad de omisión a la asistencia familiar requiere para su configuración un comportamiento del agente consistente en omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida en una resolución judicial, esto es el incumplir sus deberes legales de asistencia, no requiriéndose de la causación de un perjuicio efectivo, siendo suficiente la sola puesta en peligro del bien jurídico protegido; conducta que se presentó en el caso de autos.

Asimismo, en la Ejecutoria Superior del 17 de diciembre de 1997, Exp. N°

6806-97, Sala Penal de Apelaciones para Procesos, se dejó sentado:

Debe acreditarse en los delitos de omisión de asistencia familiar mediante notificación judicial fehaciente que se requirió al procesado a efectos de que cumpla con su obligación bajo apercibimiento de ser denunciado; en caso esta

⁶² Reiteramos, los expedientes citados que no remitan a otra fuente, se encuentran en el CD publicado por revista Jurídica Gaceta Penal y Procesal. **DATA PENAL**. 2011. *Legislación y Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*. CD Gaceta Penal y Procesal Penal.

no corra en autos falta un requisito de procedibilidad. (Estudio Oré Guardia 2011, 14)

2.9.2.- Argumentos que consideran que no existe requisito de procedibilidad

2.9.2.1. Argumentos doctrinales

El profesor Reyna Alfaro (2011, 199-200), respecto de la consumación del delito *sub materia*, expresa:

El delito de omisión de asistencia familiar encuentra su punto consumativo al momento en que el agente “omite” realizar la acción que la ley le exige, en este caso cumplir el mandato judicial que establece una obligación alimenticia. Hay que rechazar, por consiguiente, la afirmación hecha por Bramont-Arias/García Cantizano, en el sentido de que el delito se consumaría “en el momento de vencerse el plazo de requerimiento que fuera formulado al sujeto activo, bajo apercibimiento” [...] confunden el momento consumativo de la conducta con la posibilidad de incoar la acción penal.

Más adelante (2011, 203), agrega:

De la revisión del tenor del artículo 149 del Código Penal se observa que el legislador nacional ha omitido hacer cualquier referencia a cuestiones que condicionen la intervención punitiva su previa satisfacción, de modo tal que en los delitos de omisión a la asistencia familiar no se requiere más que el incumplimiento de la obligación alimenticia para que el afectado pueda incoar la respectiva acción penal.

Asimismo, respecto a la naturaleza del delito (2011, 199), expone:

En torno al debate doctrinal y jurisprudencial se ha suscitado respecto de la condición del delito instantáneo o permanente [...] quisiera manifestar a la tesis que considera el delito en comento como uno de consumación instantánea.

Más adelante (2011, 199), respecto a la prescripción, precisa:

Aunque puede argumentarse que tal posición podría generar cierta indefensión en la víctima, en la medida que provocaría un acortamiento en los plazos de prescripción que beneficiaría al agente que elude la acción de la justicia (reo contumaz o reo ausente), tal déficit de protección es solo aparente.

Y digo que se trata de un déficit de protección únicamente aparente porque, aun cuando se produzca un acortamiento de los plazos de prescripción de la acción penal, nada impide que –de persistir el incumplimiento de las

obligaciones alimenticias– pueda el agraviado recurrir nuevamente a la tutela jurisdiccional penal respecto a los nuevos devengados que por concepto de alimentos se produzcan.

Inclusive tenemos que el agraviado, a pesar de una posible declaración de prescripción de la acción penal (en virtud a la consideración del delito de omisión de asistencia familiar como delito instantáneo), mantiene incólume la exigibilidad civil de acreencia alimenticia.

Por otro lado, Gálvez Villegas y Rojas León (2012, 1124), sobre el momento consumativo expresan:

El delito se consuma con el incumplimiento por parte del agente de la prestación alimenticia impuesta en resolución judicial a favor del beneficiado.

Sobre la naturaleza y forma de prescripción de este delito exponen:

Es un delito **permanente** ya que la omisión de cumplir con el pago de alimentos configura una situación antijurídica que se extiende en el tiempo, en tanto y cuanto el obligado no cumpla con pagar los alimentos ordenados en una resolución judicial, lo cual tiene importancia a efectos de la prescripción del delito, ya que conforme establece el inciso 4 del artículo 82 del Código Penal, el término de la prescripción comienza a computarse a partir del cese de la permanencia. (2012, 1127)

Sobre el “supuesto” requisito de procedibilidad expresan:

En cuanto a la modificación introducida por el artículo 566-A del Código Procesal Civil [...] **no se trata propiamente de un requisito de procedibilidad** como se podría pensar [...]. En tal sentido, la disposición del artículo 566-A del CPC, solo constituye un mecanismo que complementa la protección del alimentista perjudicado con el incumplimiento por parte del obligado, mas no un requisito de procedibilidad que necesariamente deba cumplir el agraviado para viabilizar la denuncia penal [...] Debiendo precisarse que, el hecho que la norma señale que la remisión de copias sustituye el trámite de la interposición de la denuncia, debe entenderse como una acción a favor del agraviado, a quien no se le hará mayores exigencias formales. (2012, 1114-1115)

Como se aprecia de estas argumentaciones se inclinan a favor del segundo criterio de interpretación; abordan el tema de la naturaleza y la prescripción de este delito de manera directa; sin embargo, no toma en cuenta la especial forma de configuración de este delito ni abordan la problemática de subsunción típica de las

obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

2.9.2.2. Argumentos doctrinales

La Corte Suprema, en el considerando Octavo de la Casación N° 02 – 2010-Lambayeque, expresa:

Octavo: Que, asimismo, el primer párrafo del artículo ciento cuarenta y nueve del Código Penal sanciona la conducta de quien “omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial [...]”, que, por tanto, no se advierte que en el citado tipo penal u otra norma legal haga referencia a cuestiones que condicionen la intervención punitiva a su previa satisfacción, de modo tal que en los delitos de omisión a la asistencia familiar es claro que no se requiere más que el incumplimiento de la obligación alimentaria –establecida en una resolución judicial- para que el afectado pueda incoar la respectiva acción penal; que, si bien en la práctica jurisdiccional se solicita entre otros, la resolución judicial que aprobó la liquidación de pensiones alimenticias devengadas, esta no constituye un requisito de procedibilidad para iniciar la acción penal; que, por consiguiente, no existe confusión o necesidad de desarrollo jurisprudencial.

Como se evidencia de estos argumentos, se inclina a favor del segundo criterio de interpretación; no obstante, no aborda el tema de la naturaleza del delito, el de la prescripción de la acción penal, ni no toma en cuenta la especial forma de configuración de este delito y la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”. Por ello, discrepamos de sus argumentos.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Aspectos de incidencia y precisión sobre la forma de contrastación de la hipótesis

Debido a la naturaleza de esta investigación, primero será necesario mencionar algunos criterios de adecuación que han sido tomados en cuenta para la discusión de los resultados que se realizará.

En primer lugar, como se podrá deducir de todo lo desarrollado hasta aquí, la interpretación del elemento “resolución judicial” contenido en el tipo básico del artículo 149 del Código Penal, independientemente de la posición que asumamos, implica necesariamente precisar el momento de su consumación, pues al interpretar a qué tipo de “resolución” se refiere, ello implica afirmar que ahí se consuma. Luego, delimitado el momento de su consumación, es necesario precisar cuál es su naturaleza jurídica, pues ello tiene incidencia práctica para determinar desde cuando se empieza a contar el plazo de la prescripción de la acción penal. A todos estos aspectos, como una línea que los cruza transversalmente, se debe tomar en cuenta la especial forma de configuración de este delito (ver *ítem 2.4*).

Por otro lado, es pertinente aclarar que la resolución de la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”, que es también parte de nuestros ámbitos de incidencia, las hemos considerado solamente por razones prácticas, pues en este plano, optar por tal o cual criterio de interpretación, implica asumir una protección o desprotección de la propia ley. Es esta última razón la que nos ha llevado a considerarlos como parte de nuestros aspectos de incidencia.

Ahora bien, respecto a la forma de contrastación de nuestra hipótesis, aclaramos lo siguiente: a) la elección de la hipótesis la hacemos teniendo en cuenta los efectos prácticos o las consecuencias que acarrea asumir tal o cual criterio de interpretación⁶³, b) luego en la discusión de los argumentos, brindamos razones no solo basándonos en las consecuencias prácticas, sino tomando como punto de partida el texto de la ley. En algunas ocasiones citando argumentos doctrinales y jurisprudenciales, y en otras brindando los nuestros. Esta forma de contrastación, pretende conjugar o realizar una suerte de **síntesis**, entre la interpretación que surge del propio texto de la ley con los efectos prácticos que acarrea.

3.2. Procedimiento de contrastación de la hipótesis

Teniendo en cuenta los criterios plasmados y detallados en el planteamiento del problema y en los *ítems* 2.8 y 2.9 de nuestro marco teórico, corresponde, en esta parte de la presente investigación, someter a prueba estas dos posiciones, teniendo como puntos de referencia de nuestra investigación a la naturaleza jurídica del delito y a la especial forma de su configuración, lo cual tiene incidencia en la forma cómo opera la prescripción de la acción penal y en la resolución de la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”; todo ello con la finalidad de optar por la posición menos refutable y la que

⁶³ Esta forma de proceder y razonar, que utilizamos para contrastar nuestra hipótesis, se basa en el consejo 8 desarrollado por el profesor Manuel Atienza (2008), en su trabajo titulado: “Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática”, el cual expresa:

“8. No obstante, muchos pseudoproblemas –especialmente, si han sido con asiduidad objeto de reflexión dogmática– pueden esconder un problema genuino que se pone al descubierto cuando se lo objeta desde el ángulo adecuado. Por ejemplo, **cuando lo que esté en cuestión sea la 'naturaleza jurídica' de la institución X**, no enfoque el problema como si se tratara de descubrir la 'verdadera esencia' de X. **Por el contrario, comience por indagar qué consecuencias tendría el que a X se le califique de Y o de Z, luego trate de justificar por qué es preferible un tipo de consecuencias a otro.** Cuando haya hecho esto último, habrá resuelto ya el problema de la naturaleza jurídica de X”.

es más coherente desde el punto de vista dogmático y político criminal, y que explique de manera integral la forma cómo opera este delito.

Para lograr dicho objetivo, en primer lugar someteremos a prueba el segundo criterio de interpretación, destacando los problemas prácticos que genera –aspectos de incidencia– y discutiendo críticamente los argumentos vertidos por la doctrina y jurisprudencia reseñados en los *ítems* 2.8 y 2.9 del marco teórico de nuestra investigación. Este mismo procedimiento seguiremos con el primer criterio de interpretación, con la diferencia de que aportaremos nuevos argumentos y se precisará de qué manera este criterio explica de manera integral la forma de operatividad de este delito, que es el hallazgo de nuestra investigación, veamos.

3.3. Segundo criterio de interpretación

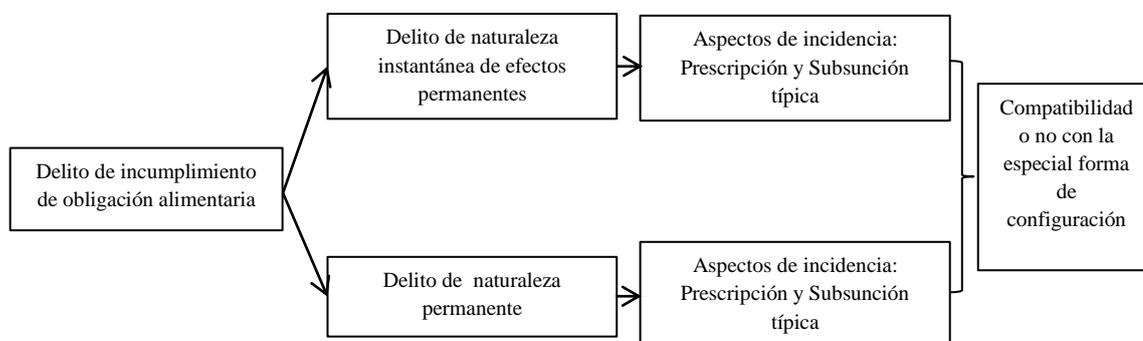
Este criterio señala que el término “resolución judicial” hace referencia a la “sentencia firme”⁶⁴ emitida en el proceso civil de alimentos, por lo que el delito se consumaría cuando se omite cumplir el mandato contenido en esta resolución judicial. Sin embargo, como ya lo destacamos en el planteamiento del problema, dentro de los autores que defienden esta posición, existe una división: a) por un lado, aquellos que consideran que el requerimiento que se hace al obligado, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente, se constituye en un requisito de procedibilidad, Salinas Siccha (2005, 395-396), Campana Valderrama (2002, 86), Peña Cabrera Freyre (2010b, 453); y, Torres Gonzales (2010, 59), b) mientras que, por otro lado, aquellos que piensan que en este delito no existe tal requisito de procedibilidad, sino que basta la mera omisión, Reyna Alfaro (2011, 199-200); y, Gálvez Villegas y Rojas León

⁶⁴ Cabe recordar y como destacamos en el planeamiento del problema (ver *ítem* 1.11.), hemos descartado al “auto de asignación provisional de alimentos” en nuestro análisis. Incluso, el propio Salinas Siccha, se aparta de su primera afirmación y precisa: “el autor debe tener pleno conocimiento de su obligación alimentaria impuesta por medio de **resolución judicial firme**” (2005, 394), mientras que el propio artículo 566-A del CPC, hace referencia de manera expresa: “Si el obligado, luego de haber sido notificado para la ejecución de **sentencia firme** [...]”.

(2012, 1115). En tal sentido, es necesario sub dividir el análisis de procedimiento de contrastación.

En este orden ideas, si asumimos esta posición, existen dos opciones⁶⁵: a) considerar que el delito de incumplimiento de obligación alimentaria es de naturaleza instantánea de efectos permanentes; o, b) que se trata de un delito de naturaleza permanente. A las cuales hay que verificar si son compatibles o no con la especial forma de configuración de este delito. De manera gráfica:

Gráfico 1. Procedimiento de contrastación



3.3.1. Si el delito fuese de naturaleza instantánea de efectos permanentes

Como destacamos precedentemente, dentro de este criterio existe una subdivisión, por lo que corresponde realizar un análisis separado, teniendo en cuenta de si se considera además de que existe o no requisito de procedibilidad.

3.3.1.1. Naturaleza instantánea de efectos permanentes con requisito de procedibilidad

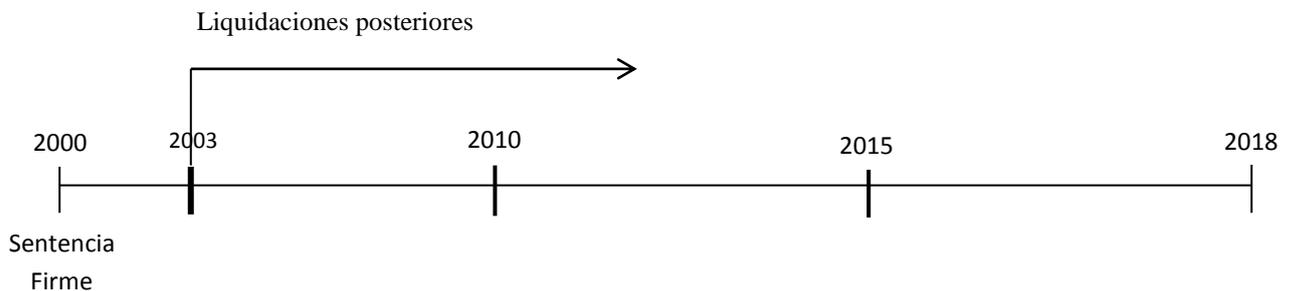
Si esto fuese así, el delito se consumaría cuando la sentencia firme (“resolución judicial”) es notificada al obligado para que cumpla con pagar los alimentos y éste hace caso omiso; mientras que el requerimiento de pago, bajo apercibimiento de

⁶⁵ Véase, consejo 8, brindado por Manuel Atienza (2008), en su trabajo titulado: “Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática”, citado precedentemente.

remitir copia al Ministerio público, sería el requisito de procedibilidad. Empero, esta posición genera los siguientes problemas prácticos:

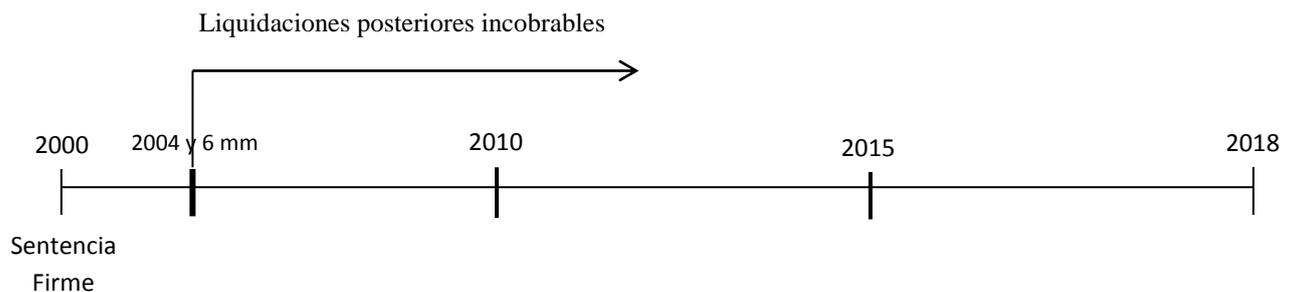
a) No explica convenientemente cómo operaría la prescripción de la acción penal, cuando transcurre un tiempo considerable entre la consumación –sentencia firme– y el requisito de procedibilidad –requerimiento de pago bajo apercibimiento–. En otras palabras, como existe requisito de procedibilidad, en el supuesto que el agraviado quiera liquidar un periodo de 3 años de alimentos devengados (o se tarde 3 años en cumplir con este “requisito”), la acción penal ya habrá prescrito de manera ordinaria, siendo que todas la liquidaciones posteriores a este tiempo serían “incobrables” (Ver gráfico N° 2).

Gráfico 2. Liquidaciones “incobrables” en caso de prescripción ordinaria



En el caso de la prescripción extraordinaria, también las liquidaciones posteriores a este tiempo serían “incobrables” (Ver gráfico N° 3).

Gráfico 3. Liquidaciones “incobrables” en caso de prescripción extraordinaria



b) La obligación alimentaria, derivada de una “conciliación homologada judicialmente” no se subsumiría dentro de los alcances del tipo penal 149, pues sería una conducta atípica. Más precisamente, si según este criterio, el elemento del tipo penal hace referencia a la “sentencia firme”, la resolución judicial que homologa la conciliación a las que llegan las partes en la audiencia única, como no constituye una “sentencia firme”; la conducta del sujeto que omite cumplir la obligación de prestar alimentos “establecida” por esta resolución, no se subsumiría dentro de los alcances del tipo penal 149 del Código Penal; y, del mismo modo, no explica convenientemente la problemática que se presenta cuando se pretende ejecutar un acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución. En este último caso, la obligación tampoco es establecida mediante “resolución judicial” –sentencia firme–, sino mediante convenio o acuerdo de partes, por lo que este supuesto también sería atípico.

A nuestro parecer, en el primer caso –conciliación homologada judicialmente–, implica realizar una inadecuada interpretación restrictiva de la norma penal, pues bajo este razonamiento, solamente las personas, cuyo proceso haya culminado con una sentencia – y ante la omisión de pago del obligado de los alimentos devengados–, tendrían la facultad de acudir a la vía penal la cual además tendría éxito, ya que la conducta del omitente se configuraría dentro de los alcances del tipo penal. Mientras que aquellos, cuyo proceso culmina en virtud a una conciliación entre las partes, ante la omisión de pago del obligado, tendrían la facultad de acudir a la vía penal; sin embargo, la misma debería ser rechazada o se podría cuestionar mediante excepción de improcedencia de acción, pues esta conducta del omitente –que no se distingue de las primeras– no se adecuaría a los alcances del tipo penal 149 del Código Penal. Por ello, esta interpretación no nos parece racional.

En el segundo caso, del mismo modo, realizar una interpretación de esta naturaleza no parece adecuado. En primer lugar, porque no podemos distinguir donde la ley no distingue, si el tipo penal 149 hace referencia de manera genérica al término resolución judicial, el punto de encuentro estará en la “resolución judicial” conminatoria que requiere el pago de los alimentos devengados bajo apercibimiento; el cual siempre se va a emitir no importando el origen de la obligación (sea este en mérito a una sentencia firme, por conciliación homologada o en virtud de un acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución). En segundo lugar, en atención a que si la ley promueve alternativas de solución de conflicto⁶⁶, no es racional que cuando exista incumplimiento de estos acuerdos –que por cierto tienen mérito ejecutivo– y se acuda a un proceso de ejecución donde se le va a requerir mediante “resolución judicial” el pago, no sean protegidos por la ley penal, mientras que solamente los que inician su proceso de alimentos donde se obtiene “sólo” sentencia firme, sí.

Ahora bien, veamos si esta “opción”, es compatible o no con la especial configuración de este delito. A nuestro entender no se compatibiliza con este aspecto, pues si entendemos que cada liquidación da origen un delito y proceso distintos, es contraproducente que una liquidación dependa de una resolución judicial –sentencia firme– que necesariamente prescribirá. Por ejemplo, si el delito se hubiera consumado en el año 2000 –cuando quedó firme la sentencia–, y en el mes de diciembre del año 2010 se practica una liquidación sólo de ese año, el delito ya habría prescrito, por lo que esta liquidación no podría ser “cobrada”, obviando la consideración de que en

⁶⁶ Según la Ley de Conciliación -Ley N° 26872- se consideran como principios medulares o generales de este mecanismo alternativo: Artículo 1°.- Declárese de **interés nacional** la institucionalización y **desarrollo de la Conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos**. Artículo 2°.- La Conciliación propicia una cultura de paz y se realiza siguiendo los principios éticos de equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía.

este delito, debido a su especial configuración, cada liquidación es independiente de la otra⁶⁷.

Este razonamiento no ha sido respaldado por la doctrina ni la jurisprudencia, por lo que, no es factible realizar el análisis crítico correspondiente. Sin embargo era necesario descartar esta posibilidad como alternativa de interpretación del elemento del tipo penal “resolución judicial”.

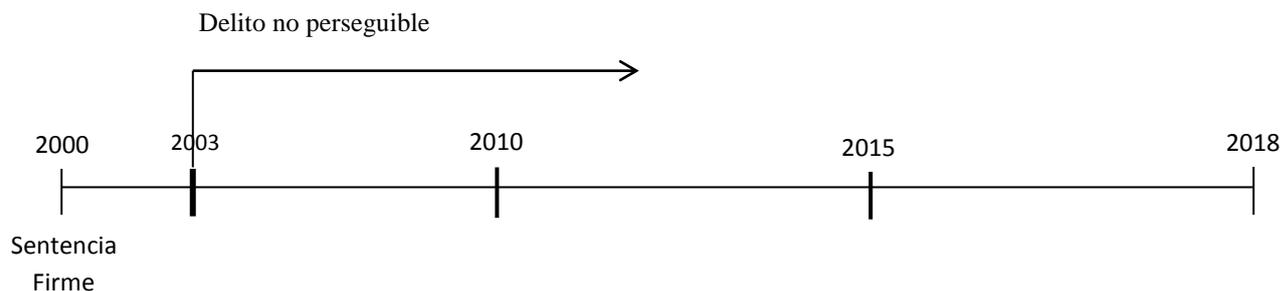
3.3.1.2. Naturaleza instantánea de efectos permanentes sin requisito de procedibilidad

Si esto fuese así, el delito se consumaría cuando la sentencia firme (“resolución judicial”) es notificada al obligado para que cumpla con pagar los alimentos y éste hace caso omiso, no exigiéndose algún requisito adicional para incoar la acción penal. No obstante, esta posición genera los siguientes problemas prácticos:

a) No explica convenientemente cómo operaría la prescripción de la acción penal, cuando; por ejemplo, existiendo una sentencia firme del año 2000 (consumación del delito) y, el “agraviado”, quiera denunciar el delito en el año 2004, se vería impedido de hacerlo o la acción simplemente fracasaría, pues el delito ya habría prescrito ordinariamente. En otras palabras, para esta posición, este ilícito sólo podría ser perseguido dentro de los 3 años de emitida la sentencia firme, lo cual nos parece absurdo. (Ver gráfico N° 4).

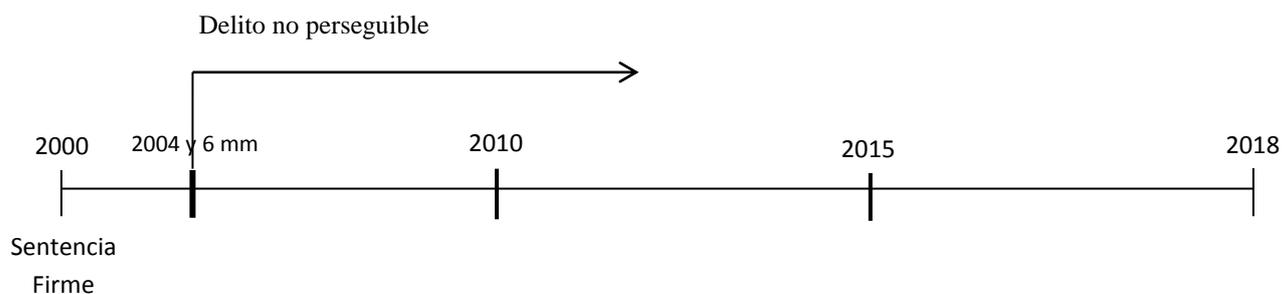
⁶⁷ Puede aplicarse los gráficos 2 y 3. Debe entenderse que al ignorarse este aspecto, la liquidación practicada en el año 2010 (requisito de procedibilidad, según este criterio), es dependiente de la consumación (2000), por lo que, la incoherencia que genera en el plano práctico es evidente.

Gráfico 4. La no persecución del delito en caso de prescripción ordinaria



En el caso de la prescripción extraordinaria, el periodo se extendería a después de 4 años 6 meses. (Ver gráfico N° 5).

Gráfico 5. La no persecución del delito en caso de prescripción extraordinaria



b) La obligación alimentaria derivada de una “conciliación homologada judicialmente” no se subsumiría dentro de los alcances del tipo penal 149, pues sería una conducta atípica. Más precisamente, si según este criterio, el elemento del tipo penal hace referencia a la “sentencia firme”, la resolución judicial que homologa la conciliación a las que llegan las partes en la audiencia única, como no constituye una “sentencia firme”; entonces la conducta del sujeto que omita cumplir su obligación de prestar alimentos, no se subsumiría dentro de los alcances del tipo penal 149 del Código Penal; y, del mismo modo, no explica convenientemente la problemática que se presenta cuando se pretende ejecutar un acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución. En este último caso, la obligación tampoco es establecida mediante

“resolución judicial” –sentencia firme–, sino mediante convenio o acuerdo de partes, por lo que este supuesto también sería atípico. Por lo demás, nos remitimos a los argumentos expuestos precedentemente.

Ahora bien, veamos si esta “opción”, es compatible o no con la especial configuración de este delito. A nuestro entender no se compatibiliza con este aspecto, pues para este criterio ni siquiera es necesario realizar la liquidación de pensiones devengadas sino que basta la mera omisión de la sentencia firme.

Este razonamiento ha sido respaldado por parte de la doctrina (Reyna Alfaro 2011, 199-200) y la jurisprudencia.

3.3.2 Discusión crítica de los argumentos doctrinales y jurisprudenciales

Como recalcamos sólo esta última posición ha encontrado respaldo doctrinal y jurisprudencial; por lo que, corresponde realizar un análisis crítico de sus argumentos, veamos.

A.- Argumentos doctrinales

Respecto a la consumación, Reyna Alfaro, precisa que no hay que confundir el momento consumativo de la conducta con la posibilidad de incoar la acción penal y que en este delito no se requiere más que el incumplimiento de la obligación alimenticia para que el afectado pueda incoar la respectiva acción penal (2011, 199-200); no obstante, como ya demostramos, no explica los problemas prácticos que genera su posición, y lo que es más, no se evidencian los argumentos por los cuales llega a esta conclusión.

Sobre la naturaleza de este delito, este autor señala que se adhiere a la tesis que considera el delito en comento, como uno de consumación instantánea (2011, 199), no

obstante tampoco se advierten los argumentos de tal aseveración. Incluso se le objetar lo siguiente:

Asumir esta tesis es caer en una confusión, porque parecería desde esta posición que los meses que siguen al primer incumplimiento constituirían nuevos delitos, y así **habría tantos ilícitos como mensualidades impagas**, lo cual no parece razonable. Pero si se tomara todos esos meses impagos como un solo periodo, entonces, no se podría dejar de reconocer que estaríamos ante una continuidad de conductas omisivas. Lo cual se contradice con un delito instantáneo. (Torres Gonzáles 2010, 58)

Respecto al tema de la prescripción, este doctrinario desarrolla dos argumentos.

En un inicio señala que, se podría generar cierta indefensión en la víctima, en la medida que provocaría un acortamiento en los plazos de prescripción que beneficiaría al agente que elude la acción de la justicia, no obstante solo es aparente, ya que aun cuando se produzca un acortamiento de los plazos de prescripción de la acción penal, nada impide que –de persistir el incumplimiento de las obligaciones alimenticias– pueda el agraviado recurrir nuevamente a la tutela jurisdiccional penal respecto a los nuevos devengados que por concepto de alimentos se produzcan (2011, 199). Sin embargo, dicha argumentación es contradictoria, pues si por un lado señala que en este delito basta la omisión del mandato contenido en la sentencia firme y no existe requisito de procedibilidad alguno, no se entiende cómo es que luego afirma que el agraviado puede recurrir nuevamente a la tutela jurisdiccional penal respecto a los nuevos devengados que por concepto de alimentos se produzcan. En otras palabras, primero afirma que no existe requisito de procedibilidad (basta la mera omisión) y luego hace referencia al mismo como si existiera. Esta argumentación vulnera la regla de los actos propios, pues lo que niega al inicio lo afirma luego.

Por otro lado, este autor agrega, como otro argumento, que el agraviado, a pesar de una posible declaración de prescripción de la acción penal, mantiene

incólume la exigibilidad civil de acreencia alimenticia (2011, 199). Este argumento es correcto en parte, pues esta afirmación sólo se aplicaría para los casos en que se inicie la acción penal dentro de los 3 años o 4 años y 6 meses; mas no para los casos posteriores a esta fecha, los cuales, según este criterio, solamente podrían ser exigidos en la vía civil, pues la acción penal ya habrá prescrito. Además debe tomarse en cuenta que, cuando se acuda a la vía civil, necesariamente se tendrá que practicar la liquidación de pensiones devengadas para exigir su cumplimiento, situación que no es analizada.

Como se evidencia de esta opinión doctrinal, se inclina a favor del segundo criterio de interpretación (consideración de que no existe requisito de procedibilidad); aborda el tema de la naturaleza instantánea de este delito de manera directa (sin mayor argumentación), el tema de la prescripción de la acción penal; sin embargo, no toma en cuenta la especial forma de configuración de este delito ni aborda la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

B.- Argumentos jurisprudenciales

Por otro lado, la Corte Suprema, en la Casación N° 02 – 2010-Lambayeque (considerando Octavo), también se ha pronunciado al respecto. Afirma que “*no se advierte que en el citado tipo penal u otra norma legal haga referencia a cuestiones que condicionen la intervención punitiva a su previa satisfacción*”; afirmación que nos parece acertada aunque no compartimos la precisión del momento consumativo de este delito. Asimismo señala “*en los delitos de omisión a la asistencia familiar es claro que no se requiere más que el incumplimiento de la obligación alimentaria para que el afectado pueda incoar la respectiva acción penal*”; no obstante, no se advierten

las razones por la cuales se arriba a dicha afirmación, y lo que es más, no analiza ni resuelve los problemas prácticos que destacamos precedentemente. Del mismo modo, afirma “*que, si bien en la práctica jurisdiccional se solicita entre otros, la resolución judicial que aprobó la liquidación de pensiones alimenticias devengadas, esta no constituye un requisito de procedibilidad para iniciar la acción penal*”; sobre ello, tampoco se evidencia mayor argumentación y profundización.

Siendo ello así, y conforme ha sido planteada la problemática, también discrepamos de la afirmación de que “*no existe confusión o necesidad de desarrollo jurisprudencial*”. Sobre este último aspecto, nosotros consideramos que la Corte Suprema ha perdido la oportunidad de abordar en su real dimensión y complejidad el problema que hemos planteado, en el cual existen diversas opiniones doctrinales y desarrollos jurisprudenciales, que ha generado una práctica disímil; por lo cual, sí era necesario un pronunciamiento sobre el tema.

De esta casación, se aprecia que se inclina a favor del segundo criterio de interpretación (es decir que no existe requisito de procedibilidad). No aborda el tema de la naturaleza de este delito ni el tema de la prescripción de la acción penal. Es más, tampoco toma en cuenta la especial forma de configuración de este delito ni aborda la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias derivadas, de una “*conciliación homologada judicialmente*” y de un “*acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución*”.

En suma, esta posición se inclina a favor del segundo criterio de interpretación (consideración de que no existe requisito de procedibilidad –posición doctrinal y jurisprudencial–); aborda el tema de la naturaleza instantánea de este delito de manera directa aunque sin mayor argumentación –sólo la posición doctrinal–, el tema de la prescripción de la acción penal –sólo posición doctrinal–; sin embargo, ambas no

toman en cuenta la especial forma de configuración de este delito ni abordan la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”. Por ello, y habiendo discutido críticamente sus postulados, no es el criterio de interpretación que debe asumirse.

3.3.3. Si el delito fuese de naturaleza permanente

Al igual que el criterio anterior, dentro de este razonamiento existe una subdivisión, por lo que corresponde realizar un análisis separado, teniendo en cuenta de si se considera además de que existe o no requisito de procedibilidad.

3.3.3.1. Naturaleza permanente con requisito de procedibilidad

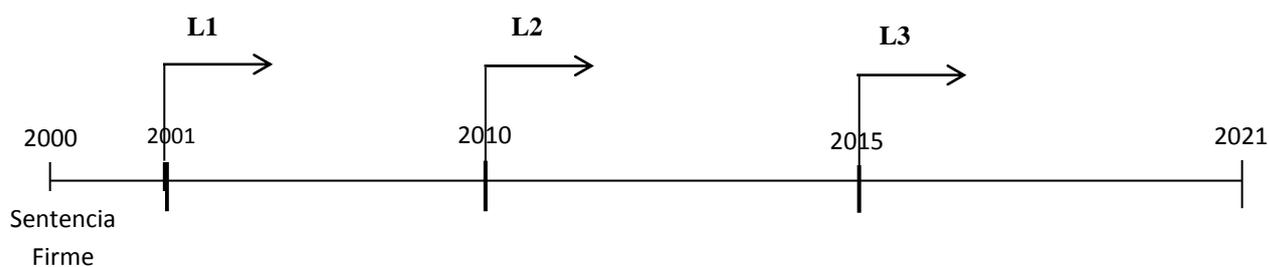
Si se asumiera esta interpretación, el delito se consumaría cuando la sentencia firme (“resolución judicial”), es notificada al obligado para que cumpla con pagar los alimentos y este hace caso omiso, extendiéndose la consumación hasta que el obligado cumpla con el pago correspondiente; existiendo un requisito de procedibilidad previo que cumplir, el cual estaría dado por el requerimiento de pago de los alimentos devengados, bajo apercibimiento de remitir copias al Ministerio Público.

No obstante, esta posición genera los siguientes problemas prácticos:

a) La objeción de la “prescripción irrazonable”, pues mientras el obligado no pague –con este acto cesa la acción antijurídica– el delito seguirá consumándose; pudiendo subsistir liquidaciones de manera casi “indefinida”; en todo caso, aplicando

las normas generales de la prescripción, reguladas en el artículo 80⁶⁸ del Código Penal, el delito prescribiría a los 20 años. Siguiendo una argumentación ejemplificativa, en el supuesto de que exista una sentencia firme del año 2000, y luego de un año -2001- se practica la liquidación respectiva, la cual es requerida bajo apercibimiento (requisito de procedibilidad)⁶⁹ y el obligado no cumple con el pago respectivo (L1), dándose inicio, en consecuencia, a la investigación y proceso correspondientes. En la presunción de que el obligado no pueda ser ubicado o conociendo no se presente al proceso, puede ser perseguido, por ejemplo hasta el año 2015, después de 14 años de practicada esta liquidación. Llevando al extremo el ejemplo, puede ser perseguido incluso hasta los 20 años de practicada esta liquidación; es decir, la liquidación del año 2001, puede subsistir hasta el año 2021 (Ver gráfico N° 6). Y así, este mismo razonamiento se puede seguir para las posteriores liquidaciones (L2 y L3), lo cual a nuestro criterio resulta absurdo.

Gráfico 6. Prescripción “irrazonable”



Este razonamiento vulnera el derecho del denunciado a ser investigado, procesado y sentenciado dentro de un plazo razonable. Incluso se vulneraría el principio de proporcionalidad, pues se estaría equiparando la prescripción de este

⁶⁸ “**Artículo 80.** - Plazos de prescripción de la acción penal. La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad. [...] La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años [...]”

⁶⁹ Se entiende que como el delito es permanente, las liquidaciones que se practiquen sólo son requisitos de procedibilidad, cuya temporalidad no afecta la naturaleza permanente del mismo.

delito con la de los delitos más graves. En otras palabras, si un delito grave prescribe a los 20 años, no es proporcional que un delito “menos” grave prescriba en el mismo tiempo.

b) Al igual que la posición anterior, y por las mismas razones, según este criterio de interpretación, también serían atípicas las obligaciones alimenticias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

Ahora veamos si esta “opción”, es compatible o no con la especial configuración de este delito. A nuestro entender, no es compatible, pues en el caso de existir varias liquidaciones, todas ellas subsistirían mientras el obligado no pague, obviando que cada liquidación da origen a un nuevo delito que es independiente de la anterior.

Este último razonamiento ha sido seguido por gran parte de la doctrina y por parte de la jurisprudencia, por lo que su análisis crítico se realiza en el *ítem* 3.3.4.1.

3.3.3.2. Naturaleza permanente sin requisito de procedibilidad

Bajo esta perspectiva, el delito se consumaría cuando el obligado omite cumplir el mandato contenido en la sentencia firme (“resolución judicial”) que fija la cantidad y forma de pago de los alimentos, extendiéndose la consumación hasta que el obligado cumpla con el pago correspondiente; no existiendo requisito de procedibilidad previo que cumplir.

No obstante, esta posición genera los siguientes problemas prácticos:

a) Al igual que la posición anterior, se mantiene la objeción de la “prescripción irrazonable”, pues mientras el obligado no cumpla con cancelar los alimentos en la

cantidad y forma preestablecidos por la sentencia firme –con el pago cesa la acción antijurídica–, el delito seguirá consumándose; pudiendo subsistir la acción penal de manera casi “indefinida”; en todo caso, aplicando las normas generales de la prescripción, reguladas en el artículo 80⁷⁰ del Código Penal, el delito prescribiría a los 20 años. Como ya precisamos, este razonamiento vulnera el derecho del denunciado a ser investigado, procesado y sentenciado dentro de un plazo razonable. Incluso se vulneraría el principio de proporcionalidad, pues se estaría equiparando la prescripción de este delito con la de los delitos más graves.

Asimismo, este raciocinio es contrario al principio de *última ratio* del Derecho penal, pues bastaría dejar de pagar una sola cuota por concepto de alimentos para afirmar la consumación del delito, obviándose la consideración de que el Derecho penal sólo interviene ante la protección de bienes jurídicos más importantes y frente a los **ataques más graves**. Como corolario de lo anterior, ante una situación de este tipo (incumplimiento de una cuota), el perjudicado tendrá a partir de este momento la facultad de acudir a la vía penal y el Juzgador estará obligado a informar de oficio al Ministerio Público de la comisión de un delito de persecución pública⁷¹. Bajo esta premisa, se podría concluir absurdamente que por cada mes de incumplimiento se podría recurrir al Ministerio Público, generando sendos procesos penales independientes. Esta situación se origina debido a que no se toma en cuenta la “especial configuración de este delito”, que implica tomar en cuenta que cada

⁷⁰ “**Artículo 80.** - Plazos de prescripción de la acción penal. La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad. [...] La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años [...].”

⁷¹ Estaríamos ante lo que se conoce como “prejudicialidad”, regulado en el art. 10 del Código Procesal Penal: “**Artículo 10. 1.** Cuando en la sustanciación de un proceso extra - penal aparezcan indicios de la comisión de un delito de **persecución pública el Juez de oficio** o a pedido de parte, comunicará al Ministerio Público para los fines consiguientes”.

liquidación de pensiones devengadas da origen a una investigación y proceso distintos, como detallamos más adelante.

b) Al igual que la posición anterior, y por las mismas razones, según este criterio de interpretación, también serían atípicas las obligaciones alimenticias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

Ahora veamos si esta “opción”, es compatible o no con la especial configuración de este delito. A nuestro entender, este criterio ni siquiera toma en cuenta este aspecto, pues afirmar que basta la omisión de prestar alimentos, no tendría sentido que se practique liquidación de devengados alguno, situación que genera que ante varios incumplimientos de cuotas mensuales se generen varios procesos penales independientes.

Este último razonamiento ha sido seguido por la doctrina mas no por la jurisprudencia; por lo que, en el siguiente *ítem* (3.3.4.2) realizamos una discusión crítica de sus postulados.

3.3.4 Discusión crítica de los argumentos doctrinales y jurisprudenciales

3.3.4.1 Naturaleza permanente con requisito de procedibilidad

A. Argumentos doctrinales

Sobre el requisito de procedibilidad

Como ya destacamos en los *ítems* 2.8 y 2.9 de nuestro marco teórico, el argumento central de los profesores Salinas Siccha (2005, 395-396), Campana Valderrama (2002, 86), Peña Cabrera Freyre (2010b, 453); y, Torres Gonzales (2010,

59), es que habría que distinguir entre consumación (sentencia firme) y requisito de procedibilidad (requerimiento de pago). Sin embargo, este argumento es rebatible, pues este delito no exige requisito de procedibilidad alguno, como a continuación demostramos⁷².

Primer argumento

El supuesto requisito de procedibilidad estaría regulado en el artículo 566-A del Código Procesal Civil, cuyo texto señala:

Artículo 566-A.- Apercibimiento y remisión al Fiscal

Si el obligado, luego de haber sido notificado para la ejecución de sentencia firme, no cumple con el pago de los alimentos, el Juez, a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso, remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al Fiscal Provincial Penal de Turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones.

Dicho acto, sustituye el trámite de interposición de denuncia penal.

Del propio texto se infiere que la ley procesal civil no señala “expresamente” que sea este el requisito de procedibilidad que deba cumplirse en este delito, tal como la doctrina exige para ser considerado como tal (Sánchez Velarde 2004, 335; Cubas Villanueva 2009, 109; De la Cruz Espejo 2003, 24-25), siendo ejemplos típicos de requisitos de procedibilidad⁷³, los exigidos y estipulados expresamente en los casos de los delitos contra los derechos de autor y los delitos ambientales⁷⁴. Esta norma

⁷² Siendo honesto con la investigación, en el año 2011, a través de un ensayo publicado en Gaceta Penal y Procesal Penal (2011, 71), postulamos que debería asumirse este criterio, pues parece coherente a primer vista; sin embargo, cuando este postulado es analizado a fondo, esta coherencia se desvanece, pues -como hasta aquí hemos resaltado- no explica convenientemente la forma en que opera la prescripción (“prescripción irrazonable”), igual suerte sigue la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de la ejecución de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”; y, además no toma en cuenta la especial forma de configuración de este delito. Pero quizá, si no hubiésemos emprendido este primer acercamiento y luego su revisión a través de la presente investigación, nuestro aporte no hubiera sido posible.

⁷³ La falta de un requisito o condición objetiva de procedibilidad no tiene más efecto, con relación al delito, que impedir el procedimiento, pero el hecho sigue siendo un ilícito penal. Mientras que, el mecanismo de defensa técnico ante la inobservancia de estos requisitos se denomina cuestión previa. (Tello Villanueva 2011, 69).

⁷⁴ La disposición final del Dec. Leg. 822 exige como requisito de procedibilidad el informe técnico emitido por INDECOPI, respecto a si se ha infringido la legislación de la materia; mientras que, el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, expresa que para la formalización de la denuncia en estos delitos, el fiscal deberá requerir previamente a las entidades sectoriales competentes opinión fundamentada por escrito sobre si se ha infringido la legislación ambiental.

simplemente prescribe que el “acto” de notificar al obligado con el requerimiento expreso de remitir copias al Ministerio Público, sustituye a la interposición de la denuncia. Más precisamente, al encontramos en la fase de ejecución del proceso de alimentos,

se requiere que el obligado haya sido requerido para la satisfacción de la condena, bajo la advertencia de proceder a la ejecución forzada de ello. Como literalmente señala la norma: “el juez a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso [...]”.

Aquí la regla general del impulso de oficio no opera [...] la satisfacción de ese derecho estará sujeta a la actividad de la parte. (Ledesma Narváez 2012, 307)

En este sentido, rescatando las reflexiones del profesor Reyna Alfaro (2011, 203), Gálvez Villegas y Rojas León (2012, 1114-1115), y de la Casación N° 02 – 2010-Lambayeque (considerando Octavo), con las precisiones hechas en su momento⁷⁵, en este delito no se hace referencia a cuestiones que condicionen la intervención punitiva, además, no se advierte que en el tipo penal u otra norma legal haga referencia a cuestiones que condicionen la intervención punitiva a su previa satisfacción, de tal manera que, no se requiere más que el incumplimiento de la obligación alimentaria –requerida mediante resolución judicial– para que el afectado pueda incoar la respectiva acción penal.

En suma, no existe requisito de procedibilidad alguno para iniciar la acción penal en este delito.

Segundo argumento

Como el tipo penal señala de manera genérica el término “resolución judicial” **“no podemos distinguir donde la ley no distingue”**. En tal sentido, es necesario recurrir a la interpretación sistemática. Así, el elemento del tipo penal “resolución

⁷⁵ Como destacaremos en su oportunidad, coincidimos con estos argumentos; no obstante, precisamos que el momento de consumación es otro.

judicial” es un **elemento normativo** de valoración jurídica⁷⁶ (ver ítem 2.1.7.2), por lo que su contenido necesita de otras normas para interpretarla correctamente, y estas normas son las procesales civiles. Más precisamente, interpretando sistemáticamente la norma penal (artículo 149) con la citada norma procesal civil (artículo 566-A⁷⁷), el elemento del tipo “resolución judicial” hace referencia al “auto” que contiene el requerimiento de pago, bajo apercibimiento de remitir copias al Ministerio Público; al cual hace referencia de manera explícita dicha norma procesal civil⁷⁸. Por lo que, no es que exista requisito de procedibilidad en este delito, sino que de lo que se trata es de interpretar sistemáticamente la norma penal.

Tercer argumento

Desde una perspectiva procesal, este ilícito penal es un delito de persecución pública, por ende, si el delito se consumaría con el mero incumplimiento de la sentencia firme, el juez debería remitir copias de oficio al Ministerio Público. Sin embargo, ello no es así, porque simplemente no existe delito configurado todavía hasta ese momento, sino que es necesario que se cumpla con este trámite que va a reemplazar a la denuncia y dentro del cual recién se consumará este ilícito.

Siendo ello así, en este delito no se exige ni existe requisito de procedibilidad alguno.

⁷⁶ Al igual que los términos “ajeno”, “funcionario público” y “documento público”, por ejemplo. Incluso puede decirse que requiere una valoración que en cierta medida está preestablecida (“conceptos valorativamente plenos”).

⁷⁷ “Artículo 566-A.- Apercibimiento y remisión al Fiscal

Si el obligado, luego de haber sido notificado para la ejecución de sentencia firme, no cumple con el pago de los alimentos, el Juez, a pedido de parte y **previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso**, remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al Fiscal Provincial Penal de Turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones.”

⁷⁸ Como se profundizará en el ítem 3.4.3.2 –respecto a la consumación–, ello, entre otras razones, se debe a que el punto de encuentro entre aspectos civiles y penales, es el requerimiento, el cual se realiza en la vía extrapenal y se condice con el principio de *última ratio* del Derecho penal.

Sobre su naturaleza jurídica

Por otro lado, Salinas Siccha (2005, 391), Campana Valderrama (2002, 86) y Torres Gonzales (2010, 59), sostienen que el delito sería de naturaleza permanente, pues la omisión de cumplir la resolución que obliga pasar una pensión alimenticia mensual y por adelantado se produce y permanece en el tiempo, sin intervalo, siendo el caso que tal estado de permanencia concluye cuando el obligado, quien tiene dominio de la permanencia, voluntariamente decide acatar la orden judicial o por la intervención de la autoridad judicial que coactivamente le obliga a cumplir su deber asistencial.

A nuestro criterio, el delito no es de naturaleza permanente, como a continuación demostramos⁷⁹:

Primer argumento

Si una persona cumple su pena y no efectúa el pago correspondiente, entonces se llegaría al absurdo de sostener que pese a que el obligado ya cumplió su condena sin pagar, el delito persiste; pues al tratarse de un delito permanente, mientras el obligado no cumpla con el pago, el acto antijurídico continuaría. Apoya esta conclusión, el hecho de que, el propio tipo penal 149, hace referencia al término “sin perjuicio de cumplir el mandato judicial”, ello quiere decir que, el pago es independiente de la consumación del tipo que se produce en un solo instante, como detallaremos y profundizaremos más adelante. Por ende, la aseveración de que es un delito permanente, porque el sujeto agente tiene dominio de la permanencia, no es del todo convincente. Además, debe recalarse que si se considera que se consuma cuando se

⁷⁹ Independientemente de si se considera que el término “resolución judicial”, hace referencia a la sentencia firme o al “auto” que contiene el requerimiento.

pone en peligro el bien jurídico y que el pago es independiente, no se entiende cómo es que luego afirman que la permanencia del delito cesa con el pago.

Segundo argumento

El verbo rector del tipo penal 149, es “omitir” el mandato contenido en la resolución judicial y nada más, no se describe ninguna acción complementaria a dicho verbo rector que implique o sugiera la permanencia de la conducta. En este sentido, y apoyando nuestro argumento, en la Ejecutoria Superior del 6 de septiembre de 2000, Exp. N. ° 2414-2000, la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima estableció:

La imputación formulada contra el encausado por el delito previsto en el artículo 149 del Código Penal, se sustenta en la conducta omisiva que habría mostrado respecto de su obligación alimentaria cuyo cumplimiento le fue requerido el nueve de agosto de 1995, tal como se aprecia de la constancia de notificación, considerándose ésta por tanto el momento consumativo del ilícito; que, a efectos de establecer la naturaleza del delito en cuanto al aspecto consumativo, debe tenerse en cuenta la concepción del verbo rector omitir, de lo que se colige que nos encontramos frente a un delito de consumación instantánea, toda vez que la acción omisiva también ostenta dicho carácter, máxime **si en el tipo penal anotado no se describe ninguna acción complementaria al verbo citado que implique la permanencia de la conducta**, como en el delito de extorsión por ejemplo. (Estudio Oré Guardia 2011, 14)

Más precisamente, a nuestro criterio, este ilícito puede ser considerado sin ningún problema doctrinal como un delito de estado (Mir Puig 2003, 202) o un delito instantáneo de efectos permanentes (Soler 1963, 160; Fontán 1966, 461; Goldstein 1978, 211). (Ver ítem 2.1.8)

En el caso del delito de estado, aunque crea también un estado antijurídico duradero –como en el caso del permanente-, la consumación cesa desde la aparición de éste, porque el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento.

En el caso del delito de incumplimiento de obligación alimentaria, el tipo penal describe solo la acción típica de “omitir” el mandato contenido en la resolución judicial y no se describe ninguna acción complementaria que permita interpretar que la consumación va a permanecer.

En el segundo supuesto, sin mayor problema también puede ser considerado como un “delito instantáneos de efectos permanentes”, como lo ha reconocido la doctrina, pues en el delito *sub materia*, la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento y ello viene determinado por la acción consumatoria definida en la ley mediante el verbo rector “omitir” (Soler 1963, 159), asimismo, tiene esta naturaleza, ya que son los efectos del delito los que son permanentes –se prolonga indefinidamente en el tiempo–, mas no el delito Fontán (1966, 461). En tal sentido, van a ser los efectos materiales dañosos los que van a persistir por la consumación instantánea del delito, la cual se produce en un solo momento (la consumación no se prolonga sino los efectos)⁸⁰.

Citando al profesor Goldstein (1978, 211)

En el delito de efectos permanentes no se prolonga la acción consumativa, sino los efectos materiales dañosos por la consumación instantánea. Estos efectos no suponen, como la permanencia de la consumación, que el autor siga actuando o dejando de actuar, de manera que de su voluntad dependa la persecución o no de la continuidad.

Tercer argumento

Si el delito materia de análisis fuese de naturaleza permanente, entonces, conforme explica el profesor Roxin (2010, 330) “[...] es posible, por ejemplo, la participación, no corre la prescripción y pueden todavía concurrir otros delitos”.

⁸⁰ Además, descartamos la naturaleza solamente instantánea del delito *sub materia*, pues no puede negarse que este delito genera un estado antijurídico de cierta duración.

Este razonamiento nos puede llevar a la siguiente situación. Si una persona decide ejecutar en la vía civil el cobro de lo “adeudado”, y en el procedimiento de ejecución de sentencia o título ejecutivo, se emite el requerimiento de pago, bajo apercibimiento de iniciar ejecución forzada, y siendo el delito de naturaleza permanente; entonces se podría decir que se ha consumado además otro delito, el cual sería el de desobediencia y resistencia a la autoridad, pues se entiende que pueden concurrir otros delitos, originado un posible concurso ideal, lo cual nos parece errado.

En el supuesto de que se asuma la interpretación de nuestra tesis, este problema no se presentaría pues, si se consume en el instante que el obligado no cumple con el pago pese a existir requerimiento expreso, se entiende que los posteriores “requerimientos” no pueden concurrir con otros delitos, pues no es un delito permanente, sino un delito instantáneo con efectos permanentes.

Respecto a la prescripción

Sobre el tema de la prescripción, sólo Campana Valderrama (2002, 86) y Torres Gonzales (2010, 59) se pronuncian de manera expresa. Al postular opiniones disímiles en algunos aspectos, corresponde efectuar un análisis separado.

Campana Valderrama (2002, 132), señala que mientras el obligado “no haga efectivo el pago”, el “delito no prescribe”. Este razonamiento nos parece errado, pues como ya lo destacamos, nos llevaría a aceptar un plazo de prescripción de la acción penal “irrazonable”, vulneraría el principio de proporcionalidad al equiparar la prescripción de este delito con la de los delitos más graves; y, además no toma en cuenta la especial configuración de este delito, aspecto que ni siquiera es analizado.

Por su parte, Torres Gonzales (2010, 59) expresa que es un delito permanente y que se consuma desde el momento en que el inculcado incumple la obligación (2010, 135); sin embargo, cuando desarrolla el tema de la prescripción –creemos para salvar la incoherencia de la “prescripción irrazonable”– se ve obligado a aceptar que la permanencia “se extiende hasta el momento en que se inicia otra denuncia penal por una nueva liquidación o se ejecuta el pago” (2010, 135), tomando en cuenta la especial configuración de este delito (2010, 53).

Este razonamiento es parcialmente errado, pues si el obligado ejecutó el pago, no existe inconveniente en afirmar que ha cesado la acción antijurídica como lo admite mayoritariamente la doctrina; sin embargo, no tiene sustento la afirmación de que la permanencia también cesaría cuando se inicia otra denuncia penal. Siendo ello así, la objeción de la “prescripción irrazonable” no puede ser explicada convincentemente desde esta perspectiva, pues lo que afirma al inicio (“delito permanente cesa con el pago”), luego, amplía el supuesto (también “cesa con la denuncia”), sin sustento doctrinal. En otras palabras, primero cita los argumentos doctrinales para demostrar que se trata de un delito permanente; no obstante, cuando desarrolla el tema de la prescripción, añade una “nueva” causal de cese de la acción antijurídica que no tiene sustento doctrinal alguno. Si bien es verdad, esta argumentación, toma en cuenta la especial configuración de este delito, nosotros utilizamos esta categoría para llegar a conclusiones totalmente distintas.

Por otro lado, Torres González señala que la consumación (2010, 136):

se produce cuando se llega a realizar la conducta descrita y consecuentemente se genere un **riesgo para el alimentista** y ello se entiende desde el momento en que el obligado no cumple con la obligación ordenada en una resolución judicial, y genera un abandono en el sujeto pasivo del delito.

Mientras que Campana Valderrama (2002, 86) expresa:

se consuma en el momento que se abandona o se pone en peligro al sujeto pasivo. Esto ocurre cuando el sujeto deja de cumplir con su obligación, dejando sin recursos viables para la subsistencia al titular del derecho lesionado. Dicho de otra manera, nos aunamos a la tesis doctrinal que sostiene que el delito en sede se consuma **cuando el agente deja de cumplir con la obligación impuesta.**

Nosotros discrepamos de estos argumentos, en base a lo siguiente. Debemos distinguir dos momentos, uno dado por la situación **pre-típica** generadora del deber de actuar (v.gr. sentencia firme⁸¹), y otro dado por el requerimiento de pago bajo apercibimiento⁸² en el cual se materializa la situación típica generadora del deber de actuar, el cual tiene alcances en la interpretación del tipo penal 149 (confluencia entre aspectos civiles y penales). Si ello es así, la puesta en peligro del bien jurídico debe ser evaluada, desde la perspectiva penal, es decir, desde que existe resolución conminatoria bajo apercibimiento expreso. Por ende, el riesgo, desde el punto de vista jurídico penal, se produce en este momento y no antes.

B. Argumentos jurisprudenciales

Sobre el requisito de procedibilidad

Con relación a la supuesta existencia de un requisito de procedibilidad⁸³ en este delito, nos remitimos a los argumentos expuestos precedentemente (véase *ítem* 3.3.4.1). No obstante, realizamos las siguientes observaciones críticas.

Si se acepta que el requerimiento de pago es un requisito de procedibilidad, no se entiende cómo es que en la jurisprudencia se argumenta que “la notificación con el apercibimiento expreso de acudir o la vía penal [...] acreditará su renuencia consciente de cumplir con sus obligaciones alimentarias (Exp N° 4697 En Salinas Siccha 2005, 387), pues se entiende que el “supuesto” requisito de procedibilidad

⁸¹ También estarían los acuerdos homologados judicialmente y los plasmados en las actas de la DEMUNA.

⁸² El apercibimiento es una advertencia conminatoria respecto de una sanción especial. (Ledesma Narváez 2012, 307)

⁸³ Véase *ítem* 2.9.2.

no tiene nada que ver con cuestiones materiales (“renuencia consciente”) o de configuración del delito, sino sólo con cuestiones de persecución.

Incluso, son confusas las ideas vertidas en el Exp. N° 99-0015 (En Urquiza Olaechea 2014, 500), pues por un lado señalan que es necesario cumplir con un requisito de procedibilidad en este delito, mientras que luego afirman que se consuma con la negativa de pago del inculpado de las pensiones ante el requerimiento de pago. Ello es incoherente, pues pretende unir en un solo aspecto cuestiones materiales y procesales. Sería como afirmar que el requisito de procedibilidad forma parte de la estructura típica del delito. Si ello fuese así, el requisito de procedibilidad deja de ser tal.

Sobre su consumación

Respecto a las afirmaciones de que: “basta con dejar de cumplir con la obligación para realizar el tipo, teniendo en consideración que el bien jurídico protegido es la familia y especialmente los deberes de tipo asistencial” (Exp 600-98-Lima); y que:

Conforme a su descripción típica el delito contra la familia en su modalidad de omisión a la asistencia familiar requiere para su configuración un comportamiento del agente consistente en omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida en una resolución judicial, esto es el incumplir sus deberes legales de asistencia, no requiriéndose de la causación de un perjuicio efectivo, siendo suficiente la sola puesta en peligro del bien jurídico protegido; conducta que se presentó en el caso de autos. (Exp 1049-2007- Lima)

Estos argumentos son rebatibles, pues como ya desarrollamos, hay que distinguir dos momentos distintos y tener en cuenta los fines del Derecho penal.

En suma, este criterio, si bien a primera vista parece coherente (diferencia entre consumación y requisito de procedibilidad) –sobre todo el que considera que es un delito permanente–, cuando se le somete a prueba en relación a nuestros puntos de

referencia y los aspectos de incidencia, resulta incoherente; ya que, no explica convincentemente cómo operaría la prescripción, pues se mantiene la objeción de la “prescripción irrazonable”, o en todo caso, cuando trata de “salvarla” lo hace aceptando una contradicción interna en su discurso; del mismo modo, no toma en cuenta o no es compatible con la especial configuración de este delito; y, por último, se considerarían atípicas las conductas derivadas, de una “conciliación homologada judicialmente” y las que emanan de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

3.3.4.2 Naturaleza permanente sin requisito de procedibilidad

A.- Argumentos doctrinales

Es conveniente precisar que solo la doctrina ha seguido este criterio.

Sobre la consumación, naturaleza del delito y prescripción

Sobre la afirmación de que el delito se consuma con el incumplimiento por parte del agente de la prestación alimenticia impuesta en resolución judicial a favor del beneficiado y que no es necesario que se cumpla requisito de procedibilidad alguno (Gálvez Villegas y Rojas León 2012, 1124); como ya destacamos, genera el absurdo de considerar que ante varios meses impagos se deben generar sendas investigaciones y procesos penales independientes.

Respecto al tema de la naturaleza permanente y forma de prescripción de este delito, reiteramos la crítica de la “prescripción irrazonable”.

Sobre el requisito de procedibilidad

Sobre el “supuesto” requisito de procedibilidad, coincidimos plenamente, con Gálvez Villegas y Rojas León (2012, 1114-1115) de que este delito no existe requisito de procedibilidad alguno; sin embargo, discrepamos de la precisión de su momento consumativo. Además asumir esta interpretación, implica pasar por inadvertido los alcances del artículo 566-A del CPC.

En suma, este criterio de interpretación, se inclina a favor del segundo criterio de interpretación; aborda el tema de la naturaleza permanente y la prescripción de este delito de manera directa; sin embargo, no toma en cuenta la especial forma de configuración de este delito ni abordan la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

En definitiva, este criterio de interpretación (“sentencia firme”) con sus distintas posibilidades (naturaleza permanente e instantánea), no toman en cuenta o no son compatibles con la especial configuración de este delito; y, lo que es más, bajo esta perspectiva se considerarían atípicas las conductas derivadas, de una “conciliación homologada judicialmente” y las que emanan de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”. Y lo que es más, los argumentos doctrinales y jurisprudenciales que defienden este criterio, han sido rebatidos contundentemente (*ítems* 3.3.4.1 y 3.3.4.2). Siendo ello así, consideramos que este criterio no es el correcto, puesto que los argumentos que la sustentan son errados total o parcialmente.

3.4. Primer criterio de interpretación.

Como señalamos en su momento, este criterio señala que el término “resolución judicial” hace referencia al “auto” que contiene el apercibimiento de remitirse copias al ministerio público y que contiene la liquidación de pensiones devengadas, por lo que el delito se consuma cuando vence el plazo que otorga dicha resolución judicial sin que el obligado cumpla el requerimiento judicial. En otras palabras, para este criterio no existe requisito de procedibilidad.

En este orden ideas, si asumimos esta posición, existen dos opciones: a) considerar que el delito de incumplimiento de obligación alimentaria es de naturaleza instantánea de efectos permanentes; o, b) que se trata de un delito de naturaleza permanente. A las cuales hay que verificar si son compatibles o no con la especial forma de configuración de este delito.

3.4.1. Si el delito fuese de naturaleza permanente

Teniendo en cuenta el objetivo de este capítulo, empecemos en orden inverso. Si consideramos que es un delito permanente, el delito se consumaría cuando el “auto” que contiene el apercibimiento es notificado al obligado y este hace caso omiso, y se extendería hasta que el obligado cumpla con el pago correspondiente, pues con el pago cesa la acción antijurídica. Sin embargo, como ya lo demostramos, esta posición genera los mismos inconvenientes o problemas prácticos ya explicitados en la posición anterior, sobre todo respecto a una “extensión irrazonable de la prescripción”; y, además de no tomar en cuenta la especial forma de configuración de este delito, aunque no existiría inconvenientemente para afirmar que la conducta del sujeto cuya obligación alimentaria tenga su origen en una “conciliación homologada judicialmente” o la derivada de un “acta de la DEMUNA y que es ejecutada en un

proceso único de ejecución”, si se subsumiría en el tipo penal 149, pues al hacer referencia al “auto” que contiene el requerimiento de pago, nos encontraríamos ante una “resolución judicial”. Sin embargo, como ya destacamos, el “problema” de la prescripción y la especial configuración, todavía son temas pendientes de resolver.

Este razonamiento no ha sido seguido por la doctrina ni la jurisprudencia. No obstante, era necesario descartar esta posibilidad como alternativa de interpretación del elemento del tipo “resolución judicial”, aunque sea parcialmente.

3.4.2. Si el delito fuese de naturaleza instantánea de efectos permanentes

Ahora bien, si se trataría de un delito de naturaleza instantánea con efectos permanentes, el delito se **consumaría** cuando el sujeto agente omite cumplir el mandato contenido en el “auto” que requiere pago de las pensiones devengadas, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público. Esta es la posición que debe asumirse y que creemos explica de manera integral el delito materia de estudio, veamos porqué.

Respecto al tema de la **prescripción** de la acción penal, si se considera que es un delito instantáneo “con efectos permanentes”, el plazo de la prescripción se computará a partir de que el sujeto activo omita el mandato establecido en el “auto” que contiene el apercibimiento de remitir copias al Ministerio Público, por lo que, se tendrá a lo mucho 4 años y medio para juzgar al sujeto que presuntamente ha cometido este delito; siendo ello así, no se vulnera los derechos del obligado a ser investigado, procesado y sentenciado dentro de un plazo razonable, ni mucho menos se afecta el principio de proporcionalidad. En otras palabras, el plazo de la prescripción empieza a operar desde que el obligado, pese haber sido notificado con la resolución que

contiene el requerimiento expreso, omite cumplir con su obligación de pago de los alimentos devengados dentro del plazo concedido por esta resolución.

Además esta interpretación toma en cuenta la “**especial forma de configuración**” de este delito, pues cada liquidación de pensiones devengadas da origen a un delito y proceso distintos. Más precisamente, cada liquidación que se practique con su respectivo apercibimiento, generará delitos y procesos autónomos, y en consecuencia la prescripción de liquidaciones independientes. Por lo que, será razonable que el investigado, cuando no pueda ser sentenciado dentro del plazo de ley, haga uso de la prescripción, lo cual por cierto no significa que puedan practicarse liquidaciones futuras, o en todo caso, si procediese, efectuar el cobro de los alimentos devengados en la vía civil.

Respecto a la **problemática de subsunción típica** de las obligaciones derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” o de un “acta de la DEMUNA y que es ejecutada en un proceso único de ejecución”, sin perjuicio de lo que ya señalamos, podemos decir, que también explica convenientemente estas problemáticas, pues si se considera que el término “resolución judicial” hace referencia al “auto” que contiene el requerimiento de pago, no existe inconveniente en afirmar la tipicidad de ambas conductas en el tipo penal 149 del CP., pues en ambas hipótesis se deberá requerir el pago también mediante un “auto”.

3.4.3. Discusión crítica de los argumentos doctrinales y jurisprudenciales

Este último razonamiento ha sido abordado por la doctrina y la jurisprudencia; por lo que, analicemos críticamente sus argumentos.

3.4.3.1. Argumentos doctrinales

Respecto a la consumación

Bramont - Arias Torres y García Cantizano (1996, 160) asumen este criterio, al señalar: “El delito se consuma en el momento de vencerse el plazo del requerimiento que fuere formulado al sujeto activo, bajo apercibimiento, sin que hasta el momento haya cumplido con la obligación de prestar los alimentos”; sin embargo, y de manera contradictoria, estos mismos autores precisan: “El Código Penal utiliza el término ‘resolución’, por lo que comprende [...] la sentencia del juicio de alimentos [...]”. Como se evidencia de esta posición doctrinal, si bien es verdad toma una posición clara a favor del primer criterio de interpretación de “resolución judicial”, no obstante más adelante, de manera inexplicable se inclinan a favor del segundo criterio de interpretación, no advirtiéndose mayor argumentación sobre el tema.

Sobre su naturaleza jurídica

Bramont - Arias Torres y García Cantizano (1996, 159) enseñan que: “Es un delito continuado, donde la pluralidad de hechos está considerada jurídicamente como una sola acción dando lugar a un solo delito”. Nosotros discrepamos abiertamente de esta posición, pues olvidan que en el delito continuado hay pluralidad de acciones, donde cada acción se consuma de forma independiente, solo que jurídicamente se le considera como una unidad de acción; situación que no se presenta en el delito materia de estudio; pues en este delito existe un solo incumplimiento, que se da cuando se omite el mandato de la resolución que contiene el requerimiento de pago bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público.

Sin perjuicio de los argumentos desarrollados para demostrar que no nos encontramos ante un delito permanente, sino ante un delito instantáneo de efectos permanentes, podemos añadir los siguientes argumentos:

a) Es una categoría jurídica reconocida por la doctrina (ver ítem 2.1.8.1), contrariamente a lo que se señala Cayro (2011, 109); y,

b) El tipo penal 149 prescribe: “*el que omite su obligación de prestar alimentos que establece una resolución judicial [...] sin perjuicio del cumplir el mandato judicial*”, ello quiere decir que el delito se consuma con la “mera” omisión del mandato contenido en la “resolución judicial”, siendo que el no pago es el *efecto* que genera el delito ya consumado, o como señala doctrina “los efectos son permanentes”; sólo así se puede entender que el tipo penal señale en su texto “sin perjuicio de cumplir el mandato judicial”. Siendo ello así, los efectos que generan el pago parcial y el pago tardío, no afectan la consumación del delito⁸⁴.

En definitiva, se consuma en un instante pero los efectos persisten; luego vuelve a cometerse (al desobecer otra liquidación), y así sucesivamente.

Respecto a la Prescripción

Bramont - Arias Torres y García Cantizano, no se pronuncian de manera expresa; sin embargo, se deduce que el inicio del plazo de la prescripción debería operar desde el día en que terminó la actividad delictuosa, situación que no es explicada ni analizada por estos autores. A nuestro criterio, esta posición nos envuelve nuevamente en la problemática del cese de la acción delictuosa que operaría cuando el obligado pague los alimentos devengados; no obstante, genera las mismas críticas que esbozamos para el delito permanente.

⁸⁴ Nuestra hipótesis también se condice con estos temas. Sobre el pago tardío, véase en análisis detallado de esta problemática hecha por Tapia Vivas (2002, 99-106). Sobre los criterios jurisprudenciales generados respecto de los pagos parciales, entre otras, puede consultarse: EXP. N° 110-2008- Tumbes; EXP. N° 421-2007-Tumbes y EXP. 5711-9-Lima, las cuales se encuentran el CD elaborado por Gaceta Penal y Procesal Penal que se cita en la lista de referencias.

En este punto, es conveniente responder a la afirmación hecha por Cayro, de que esta interpretación generaría una afectación a los derechos del agraviado, pues se debe considerar el interés superior del niño y que “mal se haría en aplicar la prescripción, pues indudablemente se vulneraría su derecho irrenunciable a los alimentos” (2011, 111). No obstante, utilizando los argumentos de Reyna Alfaro (2011, 199), no existe tal desprotección, ya que aun cuando se produzca un acortamiento de los plazos de prescripción de la acción penal, nada impide que pueda el agraviado recurrir nuevamente a la tutela jurisdiccional penal respecto a los nuevos devengados generados e incluso mantiene incólume la exigibilidad de la obligación civil.

En suma, a nivel doctrinal, sólo Bramont - Arias Torres y García Cantizano, han defendido este criterio de interpretación, aunque sin mayores argumentos y con contradicciones. Así, cuando abordan el tema de la consumación del delito, no explican claramente las razones de su posición, antes bien, luego la cambian; cuando tratan el tema de la naturaleza del delito consideran que sería un delito continuado, lo cual genera los mismos problemas prácticos y críticas esbozadas de su consideración como delito permanente; y, tratan de manera indirecta el tema de la prescripción; empero omiten referirse a la especial forma de configuración de este delito y tampoco abordan la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

3.4.3.2. Argumentos jurisprudenciales

Por otro lado, respecto a los argumentos jurisprudenciales, conviene realizar un análisis crítico de ellos.

Respecto a la consumación

La jurisprudencia, ha sido contundente al señalar que el delito se consuma al momento de vencer el plazo de requerimiento judicial del pago de las pensiones alimenticias devengadas, que fue notificado al encausado, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente⁸⁵; sin embargo, no se advierten los argumentos por los cuales se llega a esta conclusión, por lo que no es posible realizar el análisis crítico correspondiente.

No obstante, constituye un gran aporte en términos de argumentos interpretativos, lo resuelto en el Exp. N° 6473-97-Lima⁸⁶, donde se expresó:

La sentencia judicial no se ejecuta por sí sola, sino mediando resolución conminatoria, con mayor razón en los procesos de alimentos en los que la alimentista puede optar entre el embargo y la amenaza punitiva; **tales conceptos deben asistir en la interpretación del artículo 149 del Código Penal**: no basta la existencia de una sentencia fijando una pensión alimenticia y el presumido incumplimiento para que proceda *ipso facto* la denuncia por omisión de asistencia familiar, sino que además debe constatarse la presencia de una **resolución judicial conminatoria bajo apercibimiento de acción punitiva**, dicho de otra manera, que exista requerimiento expreso bajo apercibimiento de ser denunciado por el ilícito mencionado.

Nosotros, consideramos acertado este razonamiento, pues permite engarzar las cuestiones civiles con las penales. En otras palabras, esta interpretación –primer criterio y naturaleza instantánea del delito– es más acorde con el principio de *última ratio* del Derecho penal, pues permite entender que solamente cuando se ha agotado las vías previas, recién se puede acudir a la vía penal. En otras palabras, es muy prematuro señalar que el delito se configura cuando se notifica la “sentencia firme”, siendo que el tipo penal señala el término “resolución judicial” de manera genérica, por lo que, “**no podemos distinguir donde la ley no distingue**”. Siendo ello así, nada obsta a que se interprete de la forma precisada, porque los alcances de la norma lo

⁸⁵ Véase ítem 2.8.2.

⁸⁶ Los énfasis son nuestros.

permiten. Además deben tomarse en cuenta que, la calidad del apercibimiento en materia civil y la consumación del delito, hace que sea el punto de encuentro entre estas dos ramas del derecho, tal como sugiere la jurisprudencia citada.

Como se evidencia, si bien es verdad toma una posición clara a favor del primer criterio de interpretación, se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de este delito y desarrolla el tema de la prescripción; no obstante, omite referirse a la especial forma de configuración de este delito y tampoco aborda la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

En suma, los argumentos doctrinales son pocos y contradictorios, mientras que los jurisprudenciales son relativamente escasos. Ante tal situación analicemos lo expuesto en los Plenos Jurisdiccionales.

3.4.4. Discusión crítica de los argumentos vertidos en los Plenos Jurisdiccionales

En primer lugar, tenemos al **Pleno Jurisdiccional Penal Nacional Ica – 1998**⁸⁷, en el cual en su tema 2 titulado: “Delitos continuados, delitos permanentes y delitos instantáneos. Modificación de la ley penal en el tiempo y prescripción de la acción”, se aborda de manera genérica la clasificación de los delitos, y luego se pronuncian respecto a la **naturaleza** del delito de incumplimiento de obligación alimentaria.

Así, se precisa

PRIMERO.- Por unanimidad, declarar que los hechos consumados en un sólo acto debe reputarse como delitos instantáneos, independientemente de la permanencia en el tiempo que puedan mostrar sus efectos. Debe estimarse el

⁸⁷ Creemos que las jurisprudencias que se inclinan a favor del primer criterio de interpretación, se basan en este Pleno. Los énfasis son nuestros.

hecho como delito continuado si él consiste en varias infracciones a la ley que responden a una única resolución criminal fraccionada en su ejecución.

SEGUNDO.- Por unanimidad, declarar que sólo debe estimarse el hecho como un delito permanente si, producida la consumación, ésta se mantiene en el tiempo durante un período cuya duración está puesta bajo la esfera de dominio del agente.

TERCERO.- Por mayoría de treinta y dos votos contra doce, declarar que la ley aplicable a los delitos permanentes es la vigente al inicio del periodo consumativo, y que, en consecuencia, concurren a la sanción de este tipo de hechos todas las leyes vigentes mientras dura el estado consumativo.

CUARTO.- Por aclamación, declarar que en el caso de delitos continuados procede aplicar la ley vigente a la terminación del período de realización de la conducta criminal.

[...]

SEXTO.- Por treintiún votos contra trece, que los delitos de resistencia a la autoridad y los delitos de **omisión a la asistencia familiar deben ser reputados como instantáneos de efectos permanentes.**⁸⁸

Como se evidencia hasta aquí, consideramos acertada la clasificación de los tipos de delitos; sin embargo, el propio pleno nos da cuenta de que el delito de omisión a la asistencia familiar (incumplimiento de obligación alimentaria) fue considerado como un delito instantáneo pero con efectos permanentes, pero **no se evidencian las razones por las cuales se le consideró como tal.** Nosotros consideramos que este aspecto es fundamental, pues solamente justificando por qué se trataría de un delito instantáneo con efectos permanentes –como ya lo demostramos–, se puede entender su real funcionamiento.

En otras palabras, en este pleno se aborda el tema de la naturaleza del delito sin mayor fundamentación al respecto; además, se omite la referencia a la especial forma de configuración de este delito y a la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución.

⁸⁸ Comisión de Magistrados del Pleno Jurisdiccional Penal: Dr. Hugo Príncipe Trujillo, presidente; Dr. José Antonio Neyra Flores; Dra. María Zavala Valladares; Dr. Víctor Prado Saldarriaga.

Respecto a la crítica esbozada por Cayro, quien señala que este acuerdo no es vinculante, pues en ninguno de sus considerandos cita fuentes, esto es, amparo doctrinario o jurisprudencial (2011, 109); consideramos que es acertada; sin embargo, estamos demostrando que este es el criterio de interpretación que debe asumirse, con base no sólo jurisprudencial sino también doctrinal. En relación a la crítica de Torres Gonzáles, en el sentido de que en estos acuerdos plenarios no se desarrollan, lamentablemente, los criterios por los que se arriba a dicha conclusión, apareciendo solo algunos fundamentos muy escuetos (2010, 53). Ello es correcto, empero ello puede reputarse sólo de algunos de ellos, más no de todos –sobre todo a partir del Pleno Jurisdiccional Penal-Huancavelica 2008–, como evidenciaremos en su oportunidad.

Respecto de lo expresado por Salinas Siccha, de que “este acuerdo confunde los conceptos y ha originado la emisión de resoluciones judiciales que lesionan el valor de la justicia, toda vez que los procesos judiciales de omisión de asistencia familiar iniciados están finalizando con la declaración de la prescripción de la acción penal sin que el obligado haya llegado a cumplir realmente su obligación” (2005, 412), como ya lo demostramos, en este delito no existe requisito de procedibilidad y la interpretación se debe realizar teniendo en cuenta los requerimientos del propio texto del tipo penal y el aporte de la doctrina. Respecto a que se lesionaría “el valor de la justicia”, debemos refutar señalando que, el fundamento de la prescripción de la acción penal no se encuentran en razones de este tipo (valor de la justicia), sino en que el Estado tiene un poder de tal intensidad (“imponer una prisión” consiste en encerrar a un ser humano), que implica siempre un peligro potencial sobre la dignidad de las personas, y un Estado de Derecho debe procurar al mínimo las posibilidades de

afectar esa dignidad. Alberto Binder (1993, 130). Por ende, estos argumentos no son convincentes.

En segundo lugar, en el **Pleno Jurisdiccional Distrital Penal-Corte Superior de Justicia de Amazonas, celebrado el 6 y 20 de julio de 2007**, se abordó el siguiente tema “¿Cuál es el inicio del plazo de prescripción en el delito de omisión de asistencia familiar?”, en el cual se desarrollaron los siguientes argumentos:

PRIMERO: Siendo el delito de omisión de asistencia familiar de comisión instantánea con efecto permanente, ya que se consuma desde el día en que se incumple vencido el plazo de requerimiento para el pago de la reparación alimentaria (liquidación de pensión alimentaria devengada y aprobada), bajo apercibimiento de remitirse copias certificadas al Ministerio Público; independientemente de que sus efectos de incumplimiento permanezcan mientras no se verifique el pago total de la deuda; **SEGUNDO:** El cómputo del plazo de prescripción de la acción penal se inicia desde el incumplimiento de la obligación alimentaria, es decir, desde el día siguiente de vencido el plazo de requerimiento de pago, con el apercibimiento indicado en el punto anterior; **TERCERO:** El delito de omisión de asistencia familiar es un delito que de acuerdo a nuestra legislación vigente (artículo 83° parte *in fine* y artículo 149 del Código Penal) prescribe en todo caso, a los 4 años y medio de consumado el delito, en aplicación de la prescripción extraordinaria o extensa, de acuerdo al fundamento de las conclusiones precedentes.

Nosotros compartimos los citados argumentos, pues una cosa es la consumación del delito y otra muy distinta sus efectos, como acertadamente precisa este acuerdo, lo cual tiene respaldo en lo que postulan Soler (1963, 160), Fontán (1966, 461); y, Goldstein (1978, 211). Asimismo, consideramos acertada la precisión de la forma cómo opera la prescripción de la acción penal en este delito. Sin embargo, no se toma en cuenta la especial configuración de este delito ni se aborda la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

En tercer lugar, en el **Pleno Jurisdiccional Distrital Penal-Corte Superior de Justicia de Arequipa**, celebrado 14 de diciembre de 2007, se abordó el siguiente

tema “Prescripción de la acción penal en los delitos de omisión a la asistencia familiar”, en el cual se desarrollaron los siguientes argumentos:

Considerando que el delito de omisión a la asistencia familiar es un delito instantáneo, la problemática se sustentó básicamente en la diferencia de esos conceptos, **¿qué es un delito instantáneo, continuado o permanente?**

Para lo cual se recurrió a lo que se estableció en el Pleno Jurisdiccional de Ica en 1998, en donde se consideró la calificación de estos tres tipos de delitos: es instantáneo, si se trata de hechos consumados en un solo acto, independientemente de la permanencia que muestren sus efectos, es continuado si el hecho consiste en varias infracciones a la ley que responde a una misma acción criminal; y es permanente si producida la consumación ésta se mantiene en el tiempo durante un periodo determinado por la voluntad del agente. Este Pleno además calificó, entre otros, al delito de omisión a la asistencia familiar como un delito instantáneo pero con efectos permanentes, sin embargo no se dieron razones ni se explicó en qué consistía el efecto permanente, y precisamente en la mesa de trabajo esta calificación con efectos permanentes generó confusión y se consideró que era innecesario indicarlo o explicarlo. Los magistrados que han votado por esta tesis por mayoría, consideran que el delito de omisión a la asistencia familiar se consuma luego de vencido el plazo del requerimiento judicial, dictado bajo apercibimiento de denuncia penal por el delito indicado; este requerimiento y el plazo concedido no sólo tiene como objeto que el obligado se motive en la norma, sino que además de persistir su conducta omisiva se habrán producido todos los elementos que configuran el delito. La doctrina señala que los delitos de omisión propia, entre ellos el que es materia de esta ponencia, se fundamentan en vulnerar una norma de mandato, en este caso, el pago de una obligación alimentaria. Igualmente existe consenso en la calificación de este delito, los de omisión propia son delitos de actividad y sin resultado, entonces si son conductas que vulneran una norma de mandato, son delitos de actividad y sin resultado, la consumación se produce al vencimiento del requerimiento judicial. Además se planteó un argumento adicional, que el delito de omisión a la asistencia familiar admite otras modalidades diferentes al incumplimiento del pago de una obligación alimentaria, tales como simular una obligación de alimentos o una renuncia maliciosa al trabajo, en estos supuestos aparece la tesis de la permanencia en el delito.

Por **UNANIMIDAD**: El delito de omisión de asistencia es un delito instantáneo y prescribe.

Como se evidencia hasta aquí, consideramos acertada la clasificación de los tipos de delitos; sin embargo, el propio pleno nos da cuenta de que el delito de omisión a la asistencia familiar fue considerado como un delito instantáneo pero con efectos permanentes, aunque no se dieron razones ni se explicó en qué consistía el efecto permanente, e incluso la **calificación con efectos permanentes generó confusión y**

creyeron que “era innecesario indicarlo o explicarlo”. Nosotros consideramos que este aspecto es fundamental, pues solamente justificando porqué se trataría de un delito instantáneo con efectos permanentes –como ya lo demostramos–, se puede entender su real funcionamiento.

Respecto al momento consumativo, en el sentido de que se consuma luego de vencido el plazo del requerimiento judicial, dictado bajo apercibimiento de denuncia penal por el delito indicado, nos parece atinado, pues hace referencia al argumento de la motivación con la norma, lo cual tendrá lugar cuando se le requiera la obligado, bajo apercibimiento, destacando además la conducta persistente del obligado, situación que determinará la intervención del Derecho penal.

Un aspecto que aborda este acuerdo es el referido a las otras modalidades diferentes al incumplimiento del pago de una obligación alimentaria, tales como simular una obligación de alimentos o una renuncia maliciosa al trabajo, respecto del cual se considera, sin mayor argumentación que: “en estos supuestos aparece la tesis de la permanencia en el delito”. Siendo que se concluye señalado lo siguiente: “Por unanimidad: El delito de omisión asistencia es un delito instantáneo y prescribe.”

A nuestro criterio, en este pleno se aborda el tema de la naturaleza del delito y la prescripción, sin embargo, se omite la referencia a la especial forma de configuración de este delito y la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”, y lo que es más –el propio pleno lo reconoce– no se evidencias mayores argumentos.

En cuarto lugar, en el **Primer Pleno Jurisdiccional Penal - Huancavelica 2008**, al abordarse el Tema I, titulado “¿Se da posibilidad de la prescripción de la

acción penal en el delito de omisión de asistencia familiar?, se desarrollaron las siguientes posiciones:

Primera Posición:

La prescripción de la acción penal en el delito de omisión de asistencia familiar, procede, y, se computa a partir del día siguiente de vencido el plazo de requerimiento para el pago de las pensiones devengadas, bajo apercibimiento de remitirse copias del Ministerio Público.

Fundamento

El delito de omisión a la asistencia familiar es un delito instantáneo con efecto permanente. Se consuma luego de vencido el plazo de requerimiento judicial dictado bajo apercibimiento de denuncia penal por el delito indicado. Conforme al artículo 80 y 83 *in fine* y artículo 149 del Código Penal, en concordancia con el artículo 5 del Código de Procedimiento Penales prescribe en todo caso, a los cuatro años y medio de consumado el delito, en aplicación de la prescripción extraordinaria. Un proceso penal no puede convertirse en interminable, dado que afectaría derechos fundamentales consagrados constitucionalmente y reconocidos en los Pactos del cual nuestro país es parte suscriptor.

Nosotros consideramos que el argumento central es el siguiente: “Un proceso penal no puede convertirse en interminable, dado que afectaría derechos fundamentales consagrados constitucionalmente y reconocidos en los Pactos del cual nuestro país es parte suscriptor.” Este argumento nos parece correcto, no obstante, es necesario precisarlo. No sería tanto “interminable”, pues según las reglas generales de la prescripción, prescribiría a los 20 años, lo cual como ya demostramos no es proporcional.

Por otro lado, este Pleno Jurisdiccional, nos da cuenta de la posición contraria, señalado:

Segunda posición

La prescripción de la acción penal en el delito de omisión a la asistencia familiar, procede, y, se computa a partir del momento en que se haga efectivo el pago de la obligación alimentaria.

Fundamento

Es un delito de peligro y permanente, en consideración a que su consumación se mantiene en el tiempo y en aplicación del interés superior del niños y el adolescente, por cuanto, se deja a los menores alimentistas sin recursos y medios necesarios para su subsistencia. Es más con la no prescripción se busca evitar la impunidad. Para que opere la prescripción debe computarse su inicio a partir del momento en que el obligado cumple con su obligación alimentaria.

Como se aprecia, existen argumentos. Empero, discrepamos de ellos, por lo siguiente. El argumento de que: “Es un delito de peligro y permanente, en consideración a que su consumación se mantiene en el tiempo y en aplicación del interés superior del niños y el adolescente, por cuanto, se deja a los menores alimentistas sin recursos y medios necesarios para su subsistencia”, nos parece incorrecto, pues la naturaleza del delito se determina por los alcances que nos brinda el tipo penal y la doctrina, nada tienen que ver en su determinación “el interés superior del niño y el adolescente”. Respecto a que “se deja a los menores alimentistas sin recursos y medios necesarios para su subsistencia”, tampoco nos parece convincente, pues este mismo razonamiento nos podría llevar a concluir, por ejemplo, en un caso de homicidio “simple”, donde se ha victimado a una persona que ha dejado prole, debería ser considerado como delito permanente, pues se ha dejado a la prole del ofendido “sin recursos y medios necesarios para su subsistencia”, lo cual resulta absurdo. Repetimos, la naturaleza del delito se determina por los alcances que nos brinda el tipo penal, la doctrina y los efectos prácticos.

Asimismo, este Pleno Jurisdiccional, nos da cuenta de los argumentos que se desarrollaron al interior de los 3 grupos que se conformaron para llegar a un acuerdo.

Así, se señala, respecto al Grupo I:

Posición por mayoría

El delito de omisión a la asistencia familiar, conforme al acuerdo plenario del año 1998 donde se establece el delito de omisión de asistencia familiar es un delito instantáneo con efectos permanentes y se consuma al vencimiento del plazo concedida mediante en el requerimiento judicial para el cumplimiento del pago de las pensiones devengadas; de la misma posición es el Tribunal Constitucional al emitir la sentencia en el Expediente N° 164-2009 de fecha 06 de abril del 2009 en el fundamento quinto hace referencia que el delito de omisión a la asistencia familiar es un delito instantáneo con efectos permanentes. Además de no tener un plazo de prescripción si se considera que es un delito instantáneo con efectos permanentes vulneraría el derecho de toda

persona a ser procesada en el plazo razonable y todo proceso no puede ser indefinido en el tiempo, derecho reconocido en normas internacionales como la Convención Interamericana de Derechos Humanos, Declaración Americana de derechos y deberes del hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que toda **persona detenida o retenida tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable**, en tal sentido un proceso penal no puede ser **indefinido** en el tiempo ya que se **distorsionaría el instituto de la prescripción y hacerla inoperante**; subsecuentemente el delito a la omisión a la asistencia familiar prescribe en forma extraordinaria a los cuatro años seis meses.

Hagamos un análisis crítico de sus argumentos. Como ya destacamos, sobre la consideración de que se trata de un delito instantáneo con efectos permanentes y se consuma al vencimiento del plazo concedido mediante en el requerimiento judicial para el cumplimiento del pago de las pensiones devengadas, **no se advierten mayores argumentos**, pues se cita el Pleno analizado líneas atrás. Se cita además una sentencia del Tribunal Constitucional para respaldar de que este delito se trataría de uno de naturaleza instantánea de efectos permanentes, nosotros consideramos que este argumento es errado, pues no le compete al TC determinar la naturaleza del delito sino a la jurisdicción ordinaria⁸⁹. El argumento que nos parece correcto, es que hace referencia a que: “[...] de no tener un plazo de prescripción [...] vulneraría el derecho de toda persona a ser procesada en el plazo razonable y todo proceso no puede ser indefinido en el tiempo [...]”, tal y conforme lo hemos destacado anteriormente. Respecto a que el proceso penal podría ser “indefinido en el tiempo”, nos remitimos a la precisión hecha precedentemente. De la misma forma, consideramos acertado el argumento de que “se distorsionaría el instituto de la prescripción y hacerla inoperante” a lo cual podemos agregar que vulneraría el principio de proporcionalidad.

⁸⁹ Como lo ha destacado dicho Tribunal, en la sentencia expedida en el Expediente N° 3116-2012-PHC/TC, caso “Elsa Canchaya Sánchez”, Fundamento 20: “Este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 5890-2006-PHC/TC, no obstante la relevancia constitucional que ostenta la prescripción de la acción penal, no pudo amparar la pretensión incoada toda vez que la justicia ordinaria no había establecido la fecha de consumación del ilícito, aspecto crucial para determinar el plazo de prescripción de la acción penal, lo cual no puede ser dilucidado en la vía constitucional”.

Asimismo, este Pleno Jurisdiccional, nos da cuenta de los argumentos que se desarrollaron en la posición en minoría.

Posición por minoría

El delito de omisión a la asistencia familiar es un delito de peligro y permanente, pues no requiere de un resultado y su consumación se mantiene en el tiempo, colisionando con la seguridad de las personas y especialmente con mayor incidencia con el interés superior del menor y sobre todo por atentar con el derecho fundamental a la vida ya que deja a los menores alimentistas sin recursos y medios necesarios para su subsistencia, de modo que con la no prescripción se pretende evitar la impunidad de las personas con obligación alimentaria en protección de las víctimas, puesto que el imputado intencionalmente muchas veces utiliza mecanismos para evadir dicha obligación como cambiando de domicilio, o renunciando a sus labores habituales, por tanto que opere la prescripción de la acción penal de conformidad con los artículos 80 y 83 *in fine* del Código Penal, concordante con el artículo 82.4 del mismo cuerpo legal debe computarse la Prescripción a partir del momento en que cesa la permanencia, es decir, en que el imputado cumple con su obligación alimentaria por tener el agente activo el dominio del hecho.

Al respecto, y advirtiéndose que varios argumentos ya fueron rebatidos anteriormente, conviene pronunciarse sobre los “nuevos” argumentos. Se señala que: “con la no prescripción se pretende evitar la impunidad de las personas con obligación alimentaria en protección de las víctimas, puesto que el imputado intencionalmente muchas veces utiliza mecanismos para evadir dicha obligación como cambiando de domicilio, o renunciando a sus labores habituales [...]”. Este razonamiento no es convincente, pues la prescripción nunca ha tenido como fundamento evitar la impunidad de las personas (ver ítem 2.5.2); de lo contrario, todos los delitos deberían ser “permanentes” para evitar su impunidad. Creemos que el hecho de que en la práctica “el imputado intencionalmente muchas veces utiliza mecanismos para evadir dicha obligación”, es un problema que eficacia en la persecución del delito por parte del Ministerio Público, situación que no puede ser atribuida al investigado y llevarnos a concluir que el delito tiene que ser permanente por esta situación.

Del mismo modo, este Pleno Jurisdiccional, nos da cuenta de los argumentos que se desarrollaron en el Grupo II.

Por **unanimidad** respaldan la primera posición, bajo los siguientes fundamentos:

Indicando que la prescripción de la acción penal tiene relevancia constitucional, toda vez que se encuentra vinculada con el contenido del derecho del plazo razonable, el cual forma parte del derecho fundamental al debido proceso.

[...]

Es más el delito de omisión a la asistencia familiar, se perfecciona o consume cuando el sujeto activo teniendo pleno conocimiento de la resolución judicial que requiere el cumplimiento del pago de pensiones alimenticias devengadas, dolosamente omite cumplir tal mandato.

[...]

Por otro lado, en tutela a la seguridad jurídica e igualdad, no podría permitirse la realización de un juicio interminable, más aún si de por medio la parte civil denota inercia para exigir el cumplimiento de las pensiones devengadas, permitiendo el transcurso del tiempo sin acción.

Consideramos acertado el argumento de que “la prescripción de la acción penal tiene relevancia constitucional, toda vez que se encuentra vinculada con el contenido del derecho del plazo razonable, el cual forma parte del derecho fundamental al debido proceso”; sin embargo, debe ser determinada por la Jurisdicción Ordinaria. Además consideramos certero el argumento de que: “en tutela a la seguridad jurídica e igualdad, no podría permitirse la realización de un juicio interminable, más aún si de por medio la parte civil denota inercia para exigir el cumplimiento de las pensiones devengadas, permitiendo el transcurso del tiempo sin acción.”

Asimismo, este Pleno Jurisdiccional, nos da cuenta de los argumentos que se desarrollaron en el Grupo III.

Por **unanimidad** de votos: se adhieren a la primera posición, si procede la prescripción en los delitos de Omisión a la Asistencia Familiar, por ser un delito instantáneo con efectos permanentes; asimismo, para poder computar el plazo de prescripción conforme lo establece el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 174-2009-PHC, debe tenerse en cuenta que el plazo prescriptorio se debe establecer luego de vencido el plazo de

requerimiento judicial, bajo apercibimiento de la denuncia penal correspondiente del delito.

Consideramos acertada esta argumentación, no obstante reiteramos, el TC no es competente para determinar la naturaleza del delito para el cómputo de la prescripción de la acción penal, a pesar de que esta institución jurídica tiene relevancia constitucional, sino que esto le compete a la jurisdicción ordinaria, como el propio TC lo ha reconocido en el Caso “Elsa Canchaya Sánchez”.

Dentro del desarrollo del este Pleno Jurisdiccional, se evidencia un apartado de los **debates**, en donde se señala:

El magistrado José R. Chunga Purizaga señala que la prescripción de la acción penal en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, procede, y, se computa a partir del momento en que se haga efectivo el pago de la obligación alimentaria. Es un delito de peligro y permanente, en consideración a que su consumación se mantiene en el tiempo, tal como lo ha recogido el Acuerdo Plenario del año 1998 llevado a cabo en la ciudad de Ica. Es más con la no prescripción se busca evitar la impunidad, y hay casos en que los imputados para no hacer el pago de la obligación alimentaria cambian de domicilio, renuncian al trabajo y prefieren internarse en el penal. Para que opere la prescripción debe computarse su inicio a partir del momento en que el obligado cumple con su obligación alimentaria; y, quiere aclarar que el Tribunal Constitucional en ningún momento ha señalado que el delito es instantáneo con efectos permanentes.

El señor magistrado Máximo Teodosio Alvarado Romero, precisa que es un delito instantáneo de efectos permanentes, dado a que la doctrina indica que no hay delito imprescriptible, además de que el tribunal Constitucional ha señalado que es un delito instantáneo de efectos permanentes, y sus decisiones son vinculantes debiendo ser de ampliación por todos los órganos jurisdiccionales.

Sobre los argumentos “nuevos”, es necesario señalar lo siguiente. Respecto a que la doctrina indica que no hay delito imprescriptible, creemos que debe hacerse la precisión de que no se trataría tanto de una imprescriptibilidad, sino de un alargamiento desproporcional, pues el delito prescribiría a los 20 años. Respecto a que las decisiones del Tribunal Constitucional son vinculantes, no es del todo acertado, pues es la jurisdicción ordinaria la que tiene que determinar la prescripción del delito. mas no la constitucional.

Finalmente, este Pleno Jurisdiccional, en la votación, por 16 votos a favor de la primera posición en contra de 02 votos a favor de la segunda, adoptó por mayoría la postura que enuncia lo siguiente:

La prescripción de la acción penal en el delito de Omisión de Asistencia Familiar, procede, y, se computa a partir del día siguiente de vencido el plazo de requerimiento para el pago de las pensiones devengadas, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público.

Estimamos acertada esta conclusión; sin embargo, discrepamos de algunos de sus argumentos, conforme ya lo destacamos. En todo caso, a pesar de que desarrolla el tema del momento consumativo, la naturaleza del delito y la prescripción, omite en su análisis la consideración de la especial configuración de este delito y no se aborda la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

Por último, tenemos el **Pleno Jurisdiccional Distrital Penal 2010, Corte Superior de Justicia de Lima**, celebrado el 09 de julio del 2010, en el cual, en su tema I –Omisión a la Asistencia Familiar– ¿El tipo penal de omisión a la asistencia familiar es un delito instantáneo o continuado?, se aborda de manera directa la naturaleza jurídica y la forma cómo opera la prescripción de la acción penal. En este acuerdo se presentan dos ponencias o posiciones, y se formaron 5 grupos de trabajo.

Así, respecto de las ponencias o posiciones:

Primera Ponencia:

1. Algunos consideran el delito de Omisión a la Asistencia Familiar como un delito instantáneo, siendo que para su configuración es suficiente que se incumpla una sola orden judicial de pago de pensión alimenticia, computándose el plazo de prescripción de la acción penal, desde el vencimiento del requerimiento judicial.

Segunda Ponencia:

2. Otros consideran el delito de Omisión a la Asistencia Familiar como un delito continuado, por la omisión reiterada al cumplimiento de la orden judicial, por lo que el plazo para el cómputo de la prescripción deberá computarse desde el día en que terminó la actividad delictuosa, y traerá como consecuencia que el juzgador incremente un tercio de la pena máxima para el delito más grave.

De estas posiciones se advierte claramente, la pugna entre la consideración del delito en estudio, como instantáneo o como continuado (“naturaleza jurídica”). No obstante, los argumentos se encuentran desarrollados en los grupos de trabajo. En tal sentido, analicemos cada uno de ellos.

En el Grupo N° 01, se señaló:

Grupo N° 01: La señora relatora, manifestó que el grupo por UNANIMIDAD votó por la primera ponencia, señalando que el delito de omisión de asistencia familiar se configura cuando el agente omite cumplir con su obligación alimentaria establecida por resolución judicial y requerida bajo apercibimiento de ser denunciado por el citado delito: requerimiento que importa un requisito de procedibilidad indispensable para la configuración del tipo penal.

Consideramos que este argumento es errado parcialmente, pues por un lado se señala certeramente el momento de la consumación de este delito; no obstante más adelante, se agrega que el requerimiento importa un requisito de procedibilidad indispensable para la configuración del tipo penal. Este último razonamiento es errado desde el punto dogmático, pues los requisitos de procedibilidad no afectan la configuración del delito sino su persecución⁹⁰.

En el Grupo N° 02, se dejó sentado que:

Grupo N° 02: El señor magistrado Egavil Abad, señaló que el grupo por MAYORÍA votó por la primera ponencia, fundamentando su posición en que

⁹⁰ Como acertadamente se ha precisado: “La ausencia de una condición objetiva de procedibilidad no tiene más efecto, con relación al delito, que impedir el procedimiento, pero el hecho sigue siendo un ilícito penal” (Grández Odiaga 2003, 103)

el delito de Omisión a la Asistencia Familiar se configura a partir de la fecha del requerimiento de pago en el Proceso Civil.

Consideramos totalmente acertada la afirmación de que este delito se configura a partir de la fecha del requerimiento de pago en el Proceso Civil; sin embargo, no se advierten las razones o fundamentos que respalden dicha aseveración.

En el Grupo N° 03, se expresó:

Grupo N° 03: La señora magistrado Susana Ynés Castañeda Otsu, expresó que por MAYORÍA se votó a favor de la primera ponencia. El fundamento para arribar a la conclusión de que el delito de Omisión a la Asistencia familiar debería entenderse como delito instantáneo, se sustenta en el bien jurídico tutelado, pues si hay una orden de pago y un plazo para efectuar dicho pago y este no es cumplido por el infractor, entonces se configura el tipo penal de Omisión de asistencia familiar, tal y cual se encuentra literalmente señalado en el Código Penal: en se sentido, un nuevo hecho respecto a esta situación implicaría la comisión de un nuevo delito. Por tanto el plazo de prescripción de la acción penal se computaría a partir del vencimiento del requerimiento judicial del delito notificado al infractor.

En este grupo de trabajo se advierten claramente los argumentos por los cuales se adhieren a la primera ponencia, analicemos sus argumentos. La consideración de su naturaleza instantánea en base al bien jurídico tutelado, nos parece acertada, pues si hay una orden de pago y un plazo para efectuar dicho pago dentro del cual el obligado no cumple, entonces se configura el tipo penal. No obstante, no es tan cierto que ello fluiría “tal cual” o “literalmente” del Código Penal, pues precisamente la amplitud del término “resolución judicial” ha dado lugar a interpretaciones disímiles. Por último, coincidimos plenamente con la afirmación de que “un nuevo hecho respecto a esta situación implicaría la comisión de un nuevo delito”, ya que implícitamente se estaría refiriendo a la “especial configuración de este delito”. Respecto de la prescripción de la acción penal, no discrepamos de su aserción.

El Grupo N° 04, opinó:

Grupo N° 04: La señora magistrado relatora, manifestó que el grupo por MAYORÍA votó a favor de la primera ponencia, bajo los argumentos que el delito de Omisión de Asistencia Familiar es instantáneo, puesto que la figura delictiva se configura no por el hecho de la omisión de alimentos sino cuando se incumple una resolución judicial que requiere el cumplimiento de una asistencia, contra la misma persona y a favor del mismo alimenticio, el delito se configura cuando se incumple una decisión del juez que ya ha quedado firme.

El razonamiento de este grupo nos parece confuso. Así, coincidimos en que el delito se configura no con el hecho de la omisión de alimentos sino cuando se incumple una resolución judicial que requiere el cumplimiento de una asistencia (“auto que contiene el apercibimiento”); sin embargo, la afirmación de que “el delito se configura cuando se incumple una decisión del juez que ya ha quedado firme”, nos deja cierta duda, pues no sabemos si se están refiriendo a la sentencia firme o a otra resolución “firme”.

En el Grupo N° 05, se dejó sentado que:

Grupo N° 05: El señor magistrado relator, señaló que por MAYORÍA se votó a favor de la primera ponencia, siendo el argumento que el delito de Omisión a la Asistencia Familiar es un delito instantáneo, porque para su configuración es suficiente que se incumpla una sola orden judicial de pago de pensión alimenticia, computándose el plazo de prescripción de la acción penal, desde el vencimiento del requerimiento judicial.

Los argumentos vertidos por ese grupo respecto de la naturaleza instantánea del delito, nos parecen acertados, pues se entiende que la consumación del delito se da en un solo momento, el cual es, cuando se incumple el requerimiento pago bajo apercibimiento. Respecto al tema de la prescripción, coincidimos con dicha aseveración, sin embargo, su argumentación es escueta.

Finalmente, en este Pleno Jurisdiccional, luego del debate correspondiente, en la votación participaron 63 Magistrados encontrándose entre ellos Jueces Superiores, Jueces Especializados y Jueces Mixtos, cuyos resultados fueron los siguientes:

Primera ponencia : Total 52 votos
Segunda ponencia : Total 05 votos
Tercera posición, se considera un delito permanente: Total 06 votos
Abstenciones : Ninguna
Siendo la conclusión plenaria la siguiente:

CONCLUSIÓN PLENARIA: El pleno adoptó por MAYORÍA la ponencia que enuncia lo siguiente: *“Algunos consideran el delito de Omisión a la Asistencia Familiar como un delito instantáneo, siendo que para su configuración es suficiente que se incumpla una sola orden judicial de pago de pensión alimenticia, computándose el plazo de prescripción de la acción penal, desde el vencimiento del requerimiento judicial”*

Como se advierte de este plenario distrital, aún persiste la opinión de la naturaleza permanente de este delito, incluso paradójicamente es mayor a la consideración continuada del delito, aunque no se advierten los argumentos de tales posiciones; debiéndose recalcar que estas posiciones –como ya demostramos– generan problemas prácticos insalvables. Asimismo, podemos decir que este plenario, desarrolla el tema del momento consumativo, la naturaleza del delito y la prescripción, no obstante omite en su análisis la consideración de la especial configuración de este delito –a excepción del Grupo N° 03 de manera implícita– y no se aborda la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”, aspectos que hemos abordado explícitamente en la presente investigación.

Respecto a la problemática de subsunción típica de las obligaciones derivadas de la ejecución de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”,

tenemos que ha sido abordado de manera directa en el **Primer encuentro de Jueces de Paz Letrado del Distrito de Junín**, los cuales en sus conclusiones señalaron:

Tema 7: ¿Las actas de DEMUNA en Proceso único de Ejecución, el requerimiento para el pago, puede ser bajo apercibimiento de ser denunciado por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar?

En el proceso único de ejecución de actas de conciliación realizadas en DEMUNA es posible requerir el pago bajo apercibimiento de remitirse copias certificadas, pues pese a que se trata de un proceso de ejecución, usualmente los demandados no tienen bienes para embargar en ejecución forzada, y la única forma de lograr el pago de las pensiones de alimentos es remitiendo copias al Ministerio Público para que se instaure el proceso por Omisión a la Asistencia Familiar. Es necesario señalar que el proceso de alimentos se ha considerado como uno de naturaleza no patrimonial, por su carácter humano y esencialmente tuitivo de los derechos de los alimentistas, por tanto, en este caso, debe aplicarse el último párrafo del artículo 690-C del Código Procesal Civil [...], siendo así, pese a que se trata de un proceso de ejecución cuyo apercibimiento sería el de iniciarse ejecución forzada, por su naturaleza especial, el juez puede adecuar el apercibimiento a remitir copias al Ministerio Público, pues es el único modo de lograr el cumplimiento del pago de los alimentos.

Nosotros consideramos acertada esta conclusión, pues sólo así se puede entender la configuración típica de las conductas derivadas de este tipo de actas. Aunque es pertinente agregar que, el proceso de alimentos es uno de naturaleza *sui generis*, lo cual por cierto, no significa negar su naturaleza personal, sino más bien, reconocer que solamente, realizando una interpretación de este tipo, se puede resolver correctamente esta problemática.

3.5. Resultado final

En suma, desde una óptica general podemos decir que, los argumentos doctrinales, jurisprudenciales y los brindados por los Plenos Jurisdiccionales, se han limitado a un estudio relativamente “parcial” del tema, sin engarzar todas las problemáticas planteadas. Por lo que en la presente investigación –y este es nuestro aporte– hemos brindado un nuevo enfoque argumentativo, demostrando que nuestra

hipótesis resultó ser correcta, brindando los argumentos o razones del por qué se debe interpretar de este modo el elemento del tipo penal “resolución judicial”, ayudando de esta manera a entender integralmente el funcionamiento de este delito y llenar el vacío doctrinal existente en nuestro medio sobre este tema⁹¹, rescatando los argumentos correctos y descartando los errados.

Ahora bien, habiendo discutido críticamente los argumentos esbozados por la doctrina, jurisprudencia y los desarrollados en los plenos jurisdiccionales, reafirmamos nuestra posición de que este criterio de interpretación debe asumirse, pues explica convenientemente el **funcionamiento de este delito** de la siguiente manera:

Asumir este criterio de interpretación, implica entender que este delito tiene una naturaleza instantánea pero con efectos permanentes (categoría reconocida por la doctrina), luego, en mérito a tal naturaleza, el plazo de prescripción empieza a computarse desde el día en que el obligado es notificado con el “auto” que contiene el requerimiento de pago, no afectándose de esta manera los derechos del obligado a ser investigado, procesado y juzgado dentro de un plazo razonable; del mismo modo este entender, es compatible con la especial forma de configuración de este delito, pues como cada liquidación de devengados da origen a un nuevo delito y proceso distintos, cada liquidación es independiente y prescribe de forma separada.

Y lo que es más, permite entender, cómo la conducta del sujeto que incumple el “auto” que contiene el apercibimiento de remitir copias la Ministerio Público, derivada de una “conciliación homologada judicialmente”, se subsume en el tipo penal 149; pues si se considera que dicho elemento del tipo hace referencia al

⁹¹ En resumidas cuentas, la presente investigación, pretende constituirse en el sustento doctrinal de toda la tendencia jurisprudencial que ha adoptado el criterio de interpretación aquí asumido, ante la falencia argumental.

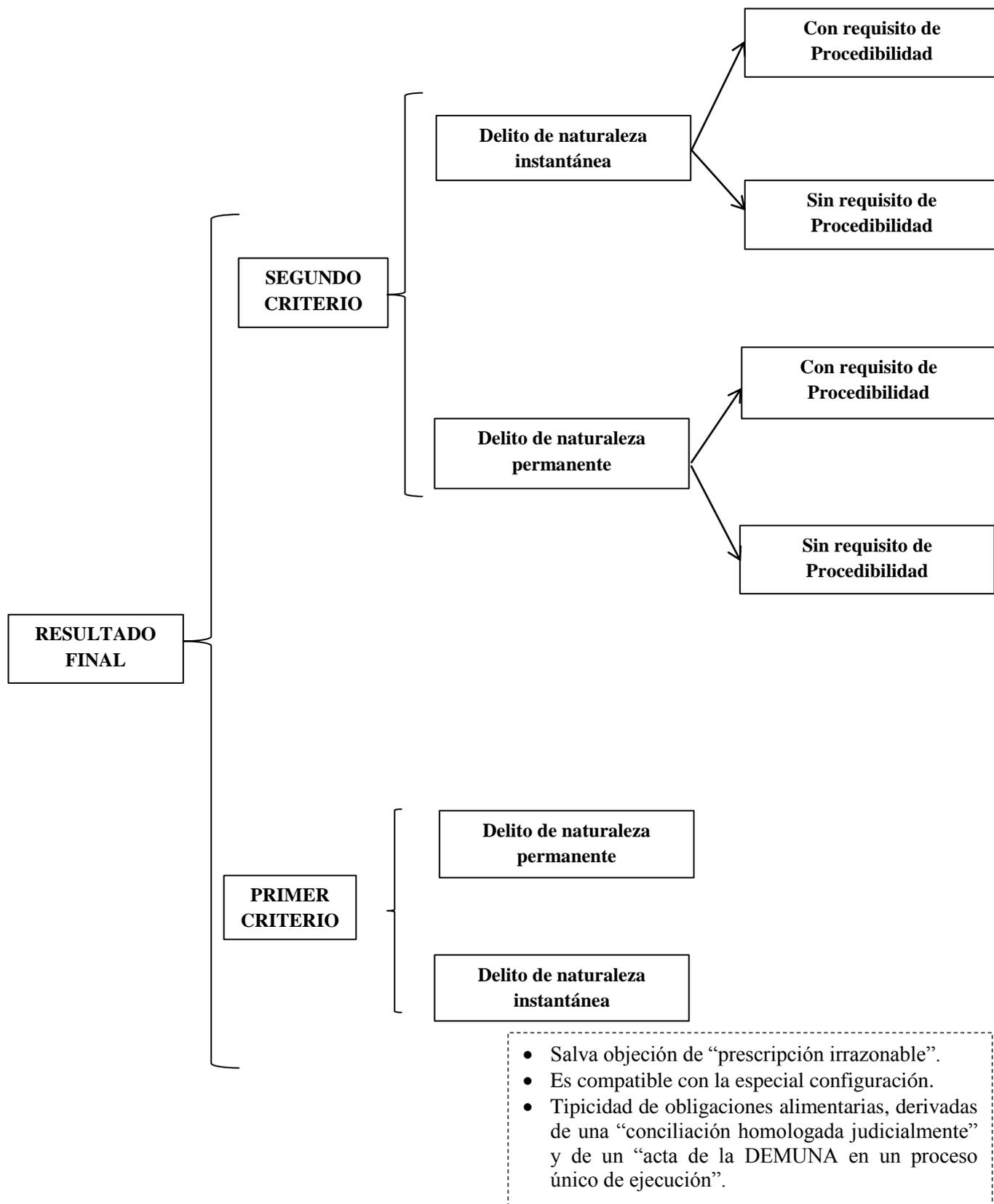
precitado “auto”, en el caso de que se presentase este supuesto, el requerimiento de pago, debe hacerse mediante una “resolución judicial” de esta naturaleza. Afirmar lo contrario, implica realizar una inadecuada interpretación de la norma penal, pues bajo este razonamiento, solamente las personas, cuyo proceso haya culminado con una sentencia –y ante la omisión de pago del obligado de los alimentos devengados–, tendrían la facultad de acudir a la vía penal la cual además tendría éxito, ya que la conducta del omitente se configuraría dentro de los alcances del tipo penal. Mientras que aquellos, cuyo proceso culmina en virtud a una conciliación entre las partes la cual es homologada por el Juez, ante la omisión de pago del obligado, tendrían la facultad de acudir a la vía penal; sin embargo, la misma debería ser rechazada o se podría cuestionar mediante excepción de improcedencia de acción, pues esta conducta del omitente –que no se distingue de las primeras– no se adecuaría a los alcances del tipo penal 149 del Código Penal; pese a encontrarse bajo la misma situación jurídica. Lo que genera desigualdades infundadas, lo cual nos parece irracional.

Del mismo modo, permite entender, cómo la conducta del sujeto que incumple el “auto” que contiene el apercibimiento de remitir copias la Ministerio Público derivada de la ejecución de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución” por el juez de la causa, también se subsume en el tipo penal 149; ya que si se considera que dicho elemento del tipo hace referencia al precitado “auto”, en el caso de que se presentase este supuesto, el requerimiento de pago, también debe hacerse mediante una “resolución judicial” de esta naturaleza. Afirmar lo contrario, implica realizar una inadecuada interpretación de la norma penal. En primer lugar, porque no podemos distinguir donde la ley no distingue, si el tipo penal 149 hace referencia de manera genérica al término resolución judicial, el punto de encuentro estará en la “resolución judicial” conminatoria que requiere el pago de los alimentos devengados bajo

apercibimiento; el cual siempre se va a emitir no importando el origen de la obligación (sea este en mérito a una sentencia firme, por conciliación homologada o en virtud de un acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución). En segundo lugar, en atención a que, si la ley promueve alternativas de solución de conflicto, no es racional que cuando exista incumplimiento de estos acuerdos –que por cierto tienen mérito ejecutivo– y se acuda a un proceso de ejecución donde se le va a requerir mediante “resolución judicial” el pago, no sean protegidos por la ley penal; mientras que solamente los que inician su proceso de alimentos donde se obtiene “sólo” sentencia firme, sí. Esta situación, del mismo modo genera desigualdades infundadas.

Por las razones expuestas, este criterio de interpretación permite comprender cabalmente o de manera integral el funcionamiento de este delito, siendo los argumentos planteados los más convincentes respecto a los esbozados a favor del segundo criterio de interpretación –sobre todo el que considera que se trata de un delito de naturaleza permanente–, con la atingencia de que, respecto de los argumentos doctrinales, jurisprudenciales y los proporcionados por los plenos jurisdiccionales que defienden nuestra tesis, hemos descartado los argumentos erróneos. Siendo ello así, consideramos que el primer criterio de interpretación, y dentro de éste, la consideración de que se trata de un delito instantáneo con efectos permanentes, con todas las consecuencias que acarrea, es el criterio correcto y el que debe asumirse.

Gráfico 7. Resultado Final



CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones

1. El elemento “resolución judicial” contenido en el tipo básico del artículo 149 del Código Penal, como exigencia para la consumación del delito de incumplimiento de obligación alimentaria; teniendo en cuenta su naturaleza jurídica y su especial forma de configuración, debe interpretarse como aquella que hace referencia a la resolución (auto) que contiene el requerimiento de pago de alimentos devengados, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público. En consecuencia, la consumación de este delito, opera cuando vence el plazo que otorga dicho auto sin que el obligado cumpla el requerimiento judicial.

2. Al afirmar que el delito se consuma cuando vence el plazo que otorga la resolución (auto) que contiene el requerimiento de pago de alimentos devengados, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público; permite explicar cómo opera la prescripción de la acción penal, pues al considerarse que es un delito instantáneo “con efectos permanentes”, el plazo de la prescripción se computará a partir de que el sujeto activo omita el mandato establecido en dicho auto; por lo que, se tendrá a lo mucho 4 años y medio para perseguir el delito, siendo que de esta manera no se vulnera los derechos del sujeto agente a ser investigado y juzgado dentro de un plazo razonable, ni mucho menos se afecta el principio de proporcionalidad.

3. Al alegar que el delito se consuma cuando vence el plazo que otorga la resolución (auto) que contiene el requerimiento de pago de alimentos devengados, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público; se toma en cuenta la “especial forma de configuración” de este delito, pues cada

liquidación de pensiones devengadas da origen a un delito y proceso distintos. En tal sentido, cada liquidación que se practique con su respectivo apercibimiento, generará la prescripción de liquidaciones independientes. Por lo que será razonable que el investigado, cuando no pueda ser sentenciado dentro del plazo de ley, haga uso de la prescripción, lo cual por cierto no significa que haya prescrito en la vía civil.

4. Al aseverar que el delito se consuma cuando vence el plazo que otorga la resolución (auto) que contiene el requerimiento de pago de alimentos devengados, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público; permite explicar que la conducta del obligado, derivada de una “conciliación homologada judicialmente”, que omite cumplir el mandato contenido en dicha resolución judicial, se subsume en el tipo penal 149 del Código Penal; pues si se considera que dicho elemento del tipo hace referencia al precitado “auto”, en el caso de que se presentase este supuesto, el requerimiento de pago, debe hacerse mediante una “resolución judicial” de esta naturaleza.

5. En base a lo desarrollado en el Primer encuentro de Jueces de Paz Letrado del Distrito de Junín, al afirmar que el delito se consuma cuando vence el plazo que otorga la resolución (auto) que contiene el requerimiento de pago de alimentos devengados, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público; permite explicar que la conducta del obligado, derivada un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”, que omite cumplir el mandato contenido en dicha resolución judicial, también se subsume en el tipo penal 149 del Código Penal; ya que si se considera que dicho elemento del tipo hace referencia al precitado “auto”, en el caso de que se presentase este supuesto, el

requerimiento de pago, también debe hacerse mediante una “resolución judicial” de esta naturaleza.

6. Por último, al confirmar que el delito se consuma cuando vence el plazo que otorga la resolución (auto) que contiene el requerimiento de pago de alimentos devengados, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público; conlleva a las siguientes consecuencias: a) A nivel de tipicidad objetiva, la **situación típica generadora del deber de actuar**, se verificará cuando el Juez emita la precitada resolución y ésta es notificada al sujeto agente; la **no realización de la acción mandada**, se confirmará cuando el obligado dentro del plazo concedido por esta misma resolución, no presta los alimentos devengados requeridos; y, la **capacidad de acción**: se comprobará cuando el omitente no cumplió con el deber de prestar alimentos, estando en la capacidad física real de hacerlo. b) A nivel de tipicidad subjetiva, el dolo debe ser entendido, como el conocimiento que debe tener el sujeto activo de la situación típica, de la acción que se le exige y de su capacidad psicofísica de actuar.

4.2. Recomendaciones

De tipo teórico

Teniendo en cuenta los alcances de nuestra investigación, queda como problema pendiente de investigar la efectiva aplicación en la *praxis* por los fiscales y jueces penales, respecto de la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”, o, si los abogados defensores están deduciendo excepciones de improcedencia de acción, cuando se presentan este tipo de supuestos. La importancia de investigaciones como éstas, permitirán

materializar las recomendaciones de tipo práctico que se mencionan en líneas posteriores.

Otro problema que, debido a los alcances de nuestra investigación, no pudimos abordar, es el referido a las modalidades agravadas del delito de incumplimiento de obligación alimentaria, tales como simular una obligación de alimentos o una renuncia maliciosa al trabajo, respecto del cual sería conveniente precisar su naturaleza jurídica y los aspectos que hemos analizado, pues se ha considerado que en estos supuestos aparece la tesis de la permanencia en el delito (Pleno Jurisdiccional Distrital Penal-Corte Superior de Justicia de Arequipa) sin mayor fundamentación.

De tipo práctico

A los operadores del derecho, se recomienda que cuando evalúen la imputación de una conducta por el delito de incumplimiento de obligación alimentaria, tengan en cuenta las conclusiones reseñadas precedentemente, pues el criterio de interpretación elegido, que ha sido contrastado dogmáticamente; permite entender de manera integral el funcionamiento u operatividad de este delito.

De tal manera que les permitirá determinar la forma en que debe interpretarse el elemento “resolución judicial” contenido en el tipo básico del artículo 149 del Código Penal, para entender el momento exacto de su consumación, su naturaleza jurídica, la forma cómo opera la prescripción de la acción penal; y, cómo este criterio permite concebir que las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de la ejecución de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”, se subsumen en el tipo penal 149.

Los jueces de paz letrados, con especialidad en familia, deben requerir el pago derivado de las obligaciones derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de la ejecución de “un acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”, bajo apercibimiento de remitir copias al Ministerio Público; y los Fiscales en materia penal, deberán seguir el procedimiento penal preestablecido para formular los pedidos que la ley les faculta.

LISTA DE REFERENCIAS

Libros

- Bacigalupo, Enrique. 1978. *Lineamientos de la Teoría del Delito*. 5ta Reimp. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Bramont – Arias Torres, Luis y María del Carmen García Cantizano. 1996. *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*. 2da ed. Lima, Perú: Editorial San Marcos.
- Cancio Meliá, Manuel. 2010. *Estudios de Derecho Penal*. Lima, Perú: Editorial Palestra Editores.
- Campana Valderrama, Manuel M. 2002. *El delito de Omisión a la Asistencia Familiar*. Lima, Perú: Fondo Editorial Universidad Inca Garcilazo de la Vega.
- Cárdenas Rodríguez, Luis y Elky Alexander Villegas Paiva. 2013. *Prescripción civil y penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica.
- Couture, Eduardo J. 1958. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3era ed. Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma.
- Cubas Villanueva, Víctor. 2009. *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*. Lima, Perú: Editorial Palestra.
- De la Cruz Espejo, Marco. 2003. *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el proceso penal peruano*. 3era ed. Lima, Perú: Editorial Fecal.
- Donna, Edgardo Alberto. *El delito imprudente*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni editores.
- Fontán Balestra, Carlos. 1966. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. t. 1. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Gálvez Villegas, Tomas Aladino y Ricardo César Rojas León. 2012. *Derecho Penal. Parte Especial*. t. 1. Lima, Perú: Editorial Jurista Editores.
- Goldstein, Raúl. 1978. *Diccionario de derecho penal y criminología*. 2da ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Gracia Martín, Luis. 2005a. *Fundamentos de Dogmática Penal*. Lima, Perú: Editorial IDEMSA.
- Gramajo, Edgardo. 1975. *La acción en la teoría del delito*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Hurtado Pozo, José. 1987. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Lima, Perú: Editorial Eddili.

- Ledesma Narváez, Marianella. 2012. *Comentarios al Código Procesal Civil. t 2.* 4ta ed. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica.
- Meini, Iván. 2009. *Imputación y Responsabilidad Penal. Ensayos de Derecho penal.* Lima, Perú: Ara Editores.
- Mir Puig, Santiago. 2003. *Derecho Penal. Parte General.* 6ta ed. Barcelona, España: Editorial REPERTOR S.L.
- Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. 2000. *Derecho Penal. Parte General.* 4ta ed. Barcelona, España: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Nardiello, Ángel Gabriel. 2012. *Estructura del hecho punible. Lineamientos doctrinales. Planteo y resolución de casos.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.
- Prado Saldarriaga, Víctor Roberto. 1999. *Derecho Penal Jueces y Jurisprudencia.* Lima, Perú: Editorial Palestra.
- Peña Cabrera Freyre, Alfonso Raúl. 2008a. *Derecho Penal: Parte Especial.* t.1. Lima, Perú: Editorial Idemsa.
- _____. 2010b. *Derecho Penal: Parte Especial.* t.1. Lima, Perú: Editorial Idemsa.
- Ranieri, Silvio. 1975. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* t.1. Traducción de Jorge Guerrero. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A.
- Rey Gonzáles, Carlos. 2004. *Problemas en torno a la Prescripción.* En: *Tratado de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal Contemporáneo.* José Luis Callantes Gonzáles (coordinador). pp. 117 al 142.
- Reyna Alfaro, Luis Miguel. 2011. *Delitos contra la familia y violencia doméstica.* 2da ed. Lima, Perú: Jurista Editores.
- Rojas Vargas, Fidel. 1997. *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito.* Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Romero Soto, Luis. 1969. *Derecho Penal. Parte General.* Vol. 1. Bogotá, Colombia: Ed. Temis S. A.
- Roy Freyre, Luis E. 1997. *Causas de extinción de la acción penal y de la pena.* Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Roxin, Claus. 2010. *Derecho Penal. Parte General.* t. 1. 5ta Ed. Madrid, España: Editorial Civitas.
- Salinas Siccha, Ramiro. 2005. *Derecho Penal: Parte Especial.* Lima, Perú: Editorial Idemsa.

- Santiago Nino, Carlos. 2012. *Introducción al Análisis del Derecho*. 2da ed.-16° reimp. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Schünemann, Bernd. 2012. *El sistema moderno del Derecho Penal*. 2da ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Euros Editores S.R.L.
- Sánchez Velarde, Pablo. 2004. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima, Perú: Editorial Idemsa.
- Soler, Sebastián. 1963. *Derecho Penal Argentino. Parte General*. t. 2. 3ra. ed. Buenos Aires, Argentina: Tipografía Editora.
- Silva Sánchez, Jesús-María. 2000. *Estudios de Derecho Penal*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- _____. 2004. *Estudios sobre los Delitos de omisión*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Torres Gonzáles, Eduardo. 2010. *El delito de omisión a la asistencia familiar*. Lima, Perú: Editorial Idemsa.
- Urquiza Olaechea, José. 2014. *Código Penal*. t. 1. 2da ed. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Universidad Privada San Juan Bautista.
- Villa Stein, Javier. 2001. *Derecho Penal: Parte Especial I-B*. Lima, Perú: Editorial San Marcos.
- Villavicencio Terreros, Felipe. 2006. *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Vives Antón, Tomas S. 2011. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2da ed. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. 1998. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. 5ta ed. Lima, Perú: Editorial Ediciones Jurídicas.
- Ure, Ernesto J. 2010. *La Omisión en el Derecho Penal*. En *La ley*. t.2. vol.1, 347-358.

Revistas

- Atienza, Manuel. 2008. *Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática*. [Documento WORD] extraído el 03 de agosto del 2012, actualizado el 06 de enero del 2014. Disponible en: <http://proiure.org.pe/articulos/tesis3.pdf>.
- Aguilar Llanos, Benjamín. 2013. Panorama de la Institución Alimentaria en el Código Civil. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*. N° 5 (noviembre): 13-22.
- Binder, Alberto M. 1993. Prescripción de la acción penal: la secuela del juicio. En: *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc.

- Cayro Cari, Rubén. 2011. ¿Es la omisión a la asistencia familiar un delito instantáneo? Tendencias jurisprudenciales adversas a los derechos del niño y del adolescente. En: *Gaceta Penal y Procesal Penal N° 22* (abril): 107-111.
- Oré Guardia abogados. 2011. *Boletín N° 13*. [Documento PDF] extraído el 03 de agosto del 2012, actualizado el 06 de septiembre del 2013. Disponible en: <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/boletines/Boletin-13.pdf>
- Grández Odiaga, José. 2003. La posibilidad de causar perjuicio como elemento del tipo en el delito de falsedad documental material. Tes. para obtener el título de abogado. Universidad Nacional de Cajamarca, Cajamarca, Perú.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. 2003. La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión). En: *Revista Peruana de Ciencias Penales N° 13* (Junio): 51-76.
- Gracia Martín, Luis. 2005b. Consideraciones Críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal de enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194. Artículos RECPC 07-02. [Documento PDF] extraído el 13 de octubre del 2011, actualizado el 06 de febrero del 2014. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>.
- Hassemer, Winfried. 2012. El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales. En: *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Ricardo Robles Planas (ed. española), 193-200. Barcelona, España: Editorial Atelier: 193-200.
- Hirsch, Hans J. 2005. Acerca de la crítica al “finalismo”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo LVIII*: 5-28. [Documento PDF] extraído el 13 de octubre del 2013, actualizado el 06 de febrero del 2014. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/151997002/Acerca-de-la-critica-al-%C2%ABfinalismo%C2%BB>
- Mir Puig, Santiago. Significado y alcance de la Imputación Objetiva en el Derecho Penal. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194. Artículos RECPC 05-05 (2003). [Documento PDF] extraído el 03 de agosto del 2011, actualizado el 06 de septiembre del 2011. Disponible en: <http://www.criminet.ugr.es/reepe>.
- Montoya Vivanco, Yvan. 2009. La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales. PUCP. En: *Cuaderno de Trabajo N° 11* (julio): 01-29.
- Nakasaki Servigón, César Augusto. 2008. Análisis dogmático - jurídico del delito de incumplimiento de obligación alimentaria. En: *Actualidad Jurídica N° 166* (septiembre): 107-117.

Roca de Agapito, Luis. 2013. Algunas cuestiones sobre los delitos de abandono de familia en el derecho penal español y el peruano. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 26 (Diciembre): 529-549.

Santiago Nino, Carlos. 2012. ¿Da lo mismo omitir que actuar? (Acerca de la valoración moral de los delitos por omisión). En: *La ley*. t. 2. vol. 1.: 359-387.

Schünemann, Bernd. 2011. Hacia la síntesis necesaria entre la construcción de una concepción funcional y ontológica del Derecho Penal: Reflexiones a propósito del fundamento de la culpabilidad. En: *Críticas al funcionalismo normativista y otros temas actuales del Derecho Penal*. Iván Montoya (Coordinador). Lima, Perú. Editorial Palestra: 17-35.

Tapia Vivas, Gianina Rosa. 2002. El delito de omisión de asistencia familiar: aspectos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 46 (Julio): 99-106.

Tello Villanueva, Juan Carlos. 2011. Consumación y requisito de procedibilidad en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria. En: *Gaceta Penal y Procesal Penal* N° 20 (febrero): 63-71.

Sitios Web y documentos electrónicos

Exp. N 0024-2005. [Documento PDF]
<http://www.auditoirajudicial.org.pe/aj/MASTERS/FERNANDOBAZAN/sentencias/47.pdf>. (Consultada el 03 de agosto del 2012).

Exp. N 3116-2012-PHC/TC. [Documento PDF]
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/03116-2012-HC.pdf> (Consultada el 14 de julio del 2013).

Pleno Jurisdiccional Penal Nacional-Ica. 1998. [Documento PDF]
http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/186b8a8046d47648a3fba344013c2be7/Preseleccion_plenosj+C+6.+5.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=186b8a8046d47648a3fba344013c2be7 (consultada el 17 de octubre del 2012).

Pleno Jurisdiccional Distrital Penal- Corte Superior de Justicia de Amazonas. 2007. [Documento PDF]
http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2da6c7804e9119b7b859fec478d96957/Pleno_s+Jurisdiccionales+CR.pdf?MOD=AJPERES (consultada el 24 de junio del 2013).

Pleno Jurisdiccional Distrital Penal- Corte Superior de Justicia de Arequipa. 2007. [Documento PDF]

<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2da6c7804e9119b7b859fec478d96957/Plenos+Jurisdiccionales+CR.pdf?MOD=AJPERES> (consultada el 15 de junio del 2013).

Primer Pleno Jurisdiccional Distrital Penal–Huancavelica. 2008. [Documento WORD]

<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4613930043eb784294a6d74684c6236a/PlenoDistPenalHuancavelica2008220310.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4613930043eb784294a6d74684c6236a> (consultada el 03 de febrero del 2013).

Pleno Jurisdiccional Distrital Penal- Corte Superior de Justicia de Lima. 2010. [Documento PDF]

<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5e69058045952e719261d67db27bf086/14.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=5e69058045952e719261d67db27bf086> (consultada el 26 de junio del 2013).

Primer encuentro de Jueces de Paz Letrado del Distrito de Junín. 2011. [Documento PDF]

<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1d228e804cdc9001931cffafc0711c6e/DOC.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=1d228e804cdc9001931cffafc0711c6e> (consultada el 18 de abril del 2013).

Resoluciones Judiciales de Salas Superiores y una Casación. DATA PENAL. 2011. *Legislación y Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*. CD Gaceta Penal y Procesal Penal.

APÉNDICE

APÉNDICE A

Jurisprudencias en materia penal referidas a la consumación del delito de incumpliendo de obligación alimentaria

EXPEDIENTE N° 600-98-Lima

Lima, veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y ocho.-

VISTOS; Interviniendo como vocal ponente la Doctora Eyzaguirre Gárate, de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Superior en su dictamen de fojas noventidós, por los fundamentos de la recurrida y **CONSIDERANDO:** Además: **Primero.-** Que, conforme lo señala el primer párrafo del artículo cuarentinueve del código Penal será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial, el que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial; **Segundo.-** Que, en el caso de autos por sentencia de fojas once emitida por el segundo Juzgado de Paz Letrado de el Agustino, confirmada por el tercer Juzgado de Familia de Lima, se ordenó que el procesado acuda a sus menores hijos con una pensión alimenticia mensual y adelantada de cuatrocientos nuevos soles; **Tercero.-** Que, al incumplir el encausado con esta disposición judicial se le requirió para que cumpla con cancelar la suma adeudada bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente; **Cuarto.-** Que, sin embargo el sentenciado no cumplió en ningún momento con su obligación alimentaria para con sus menores hijos, conforme ellos mismos los declaran en sus declaraciones referenciales de fojas treintidós, treintitrés y treinticuatro, así como igualmente lo reconoce el procesado en su declaración instructiva de fojas sesentinueve, en donde si bien argumenta en su defensa el hecho de no poder cumplir con el pago de los alimentos por encontrarse en una situación económica difícil al no tener trabajo, no coincide dicha versión con lo expresado por él mismo en sus generales de ley, en que refiere que trabaja como obrero y que gana la suma de trescientos cincuenta nuevos soles mensuales, por lo que su declaración debe ser tomada con las consideraciones del caso por no estar corroboradas con medio probatorio alguno; **Quinto.-** Que, el comportamiento en el ilícito instruido consiste en omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida, por una resolución judicial. Es decir, basta con dejar de cumplir la obligación para realizar el tipo, teniendo en consideración que el bien jurídico protegido es la familia y específicamente los deberes del tipo asistencial; **Sexto.-** Que, a mayor abundamiento de acuerdo a lo normado en el artículo ciento dos del Código de los Niños y Adolescentes es obligación de los padres prestar alimentos a sus menores hijos; por tales razones: **CONFIRMARON:** La Sentencia apelada de fojas ochentisiete a ochentiocho, su fecha siete de enero de mil novecientos noventa y ocho, su fecha siete de enero de mil novecientos noventa y ocho que Falla **CONDENANDO** a Juan Ñañac Pari como autor del delito de Omisión de Asistencia Familiar en agravio de Juan Carlos, Lizeth Verónica y Maricruz Cindy Ñañac Ñahuincopa a Un Año de Pena Privativa de la Libertad suspendida condicionalmente por el mismo término bajo reglas de conducta y Fija en Quinientos Nuevos Soles el monto que por reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de los menores agraviados debiendo pagarla conjuntamente con las pensiones devengadas que adeudan en el plazo de seis meses; con lo demás que contiene; notificándose y los devolvieron.-

SS. EYZAGUIRRE GARATE / CAYO RIVERA-SCHREIBER / HURTADO HERRERA

EXPEDIENTE N° 1907-98-Lima

Lima, dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

VISTOS: Interviniendo como vocal ponente la doctora Baca Cabrera; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Superior; y **CONSIDERANDO** Además: A que, la liquidación de pensiones devengadas a que se contrae la instrumental de fojas cincuentisiete del expediente civil que se tiene a la vista, versa respecto al incumplimiento de la obligación alimentaria del procesado originado respecto de las resoluciones obrantes a fojas uno y cuarentinueve del citado expediente civil, teniéndose que la conducta que ostenta contenido penal se verifica cuando el encausado pese a haber tenido conocimiento de su obligación alimentaria, hizo caso omiso a la misma, consumándose así el comportamiento omisivo del encausado a la fecha del requerimiento personal que se le realizó el tres de junio de mil novecientos noventa y seis; que, el cumplimiento parcial de su obligación alimentaria que el encausado refiere en su declaración inductiva de fojas cuarenticuatro no ha sido acreditado con documento alguno, en tanto que el menor agraviado en su referencial de fojas treinta y uno así como Susana Cueva Vega como madre del agraviado en su testimonial de fojas treinta y dos, son uniformes en señalar que el encausado incumplió totalmente con su obligación de prestación alimentaria, con los cuales queda acreditada la responsabilidad penal del encausado, por lo que la resolución materia de grado se encuentra arreglada a Ley en todos sus extremos; en consecuencia; **CONFIRMARON:** La sentencia obrante a fojas sesenta y seis, su fecha ocho de abril del año en curso que falla condenando a Benedicto Oyola Morales como autor del delito contra la Familia-Omisión de Asistencia Familiar en agravio de Oscar Esteves Oyola Cueva a un año de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el mismo plazo bajo el cumplimiento de las reglas de conducta señaladas en ella y fija en quinientos nuevos soles el monto de la reparación civil; y estando a que el incumplimiento de las reglas de conducta no acarrea de manera directa la revocatoria de la condicionalidad de la pena; **REVOCARON:** La propia sentencia en el extremo que apercibe al sentenciado revocarle la condicionalidad de la pena en caso de incumplir con las reglas de conducta; y **REFORMÁNDOLA:** **DISPUSIERON:** Que el incumplimiento de las reglas de conducta acarreará la adopción de las medidas dispuestas en el artículo cincuenta y nueve del Código Penal; notificándose y los devolvieron.

SS. BACA CABRERA / SAQUICURAY SÁNCHEZ / SÁNCHEZ ESPINOZA.

EXPEDIENTE N° 6473-97-Lima

Lima, veintisiete de enero de mil novecientos noventa y ocho.-

VISTOS; interviniendo como vocal ponente la doctora Martínez Maraví; con lo expuesto por la Señora Fiscal Superior a fojas trescientos cuarentitrés; y **CONSIDERANDO**: Que, expedida una sentencia civil constitutiva que declara el derecho del demandante y establece la obligación correlativa del demandado, queda a exclusiva decisión de la parte beneficiaria, ya no del órgano jurisdiccional, exigir o no su cumplimiento e incluso el de pactar con la parte vencida el modo, tiempo y demás circunstancias; si, en el primer caso el vencedor solicita el cumplimiento de la sentencia, corresponde dictar la resolución bajo el apercibimiento respectivo, la que debe notificarse debidamente a fin de que, ante el incumplimiento, quede el Juez habilitado para hacer uso oportuno y pleno de sus facultades coercitivas de que está investido; en suma, la sentencia no se ejecuta por sí sola, sino mediando resolución conminatoria, con mayor razón en los procesos de alimentos en los que la alimentista puede optar entre el embargo y la amenaza punitiva; que, tales conceptos deben asistir en la interpretación del artículo ciento cuarentinueve del Código Penal, esto es, que no basta la existencia de una sentencia fijando una pensión alimenticia y el presumido incumplimiento para que proceda *ipso facto* la denuncia por omisión de asistencia familiar, sino que además debe constatarse la presencia de una resolución judicial conminatoria bajo apercibimiento de acción punitiva, dicho de otra manera, que exista requerimiento expreso bajo apercibimiento de ser denunciado por el ilícito mencionado; conforme es opinión también del ilustre tratadista Doctor Bramont Arias (Primera Edición de Manual de Derecho Penal, parte especial, Editorial "San Marcos", Lima Perú, mil novecientos noventa y cuatro, página ciento treinta y cuatro); que, en los presentes autos, la resolución que en copia certificada corre a fojas treinta y nueve, y que en original obra a fojas setecientos cincuenta y cinco del expediente de alimentos que se ha tenido a la vista, aparece expedida sin contener el apercibimiento antes anotado, no obstante se ha procedido a formular la denuncia penal obviando dicho requisito; por tales razones, en aplicación del artículo cuarto del Código de Procedimientos Penales; **DECLARARON** de oficio **FUNDADA LA CUESTION PREVIA** en la instrucción seguida contra Nilo Espinoza Gala por delito contra la Familia - Omisión de Asistencia Familiar en agravio de Aida Manuela Araujo de las Casas, Aida Julia Espinoza Araujo y Rosita Ingrid Espinoza Araujo; en consecuencia, **NULO** todo lo actuado, por no presentada la denuncia penal y archívese los autos en forma definitiva, anulándose los antecedentes policiales y judiciales generados del presente proceso; notifíquese y devuélvase.-

SS. MARTINEZ MARAVI / BASCONES GOMEZ-VELA

EXPEDIENTE N° 3062-98-Lima

Lima, primero de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

VISTA: Interviniendo como Vocal ponente la doctora Victoria Sánchez Espinoza; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Superior, y **ATENDIENDO:** Que, el delito de Omisión de Asistencia Familiar se produce, cuando el infractor incurre en la conducta descrita en el artículo ciento cuarentinueve del Código Penal, mediando dolo en su accionar, esto es con la conciencia y voluntad de que se está incumpliendo una obligación alimentaria declarada judicialmente.- Que en el presente caso, tal obligación se encuentra señalada en la resolución Superior obrante a fojas cuatro, debidamente notificada al procesado, quien incluso fue requerido para el pago de las pensiones devengadas generadas desde el mes de mayo de mil novecientos noventa y cinco a octubre de mil novecientos noventa y seis, como es de verse a fojas cinco y veintisiete; no obstante ello, a la fecha no ha cumplido con pagarlas; debiéndose precisar que los descuentos que aparecen como “judicial dos” en las boletas de pago obrantes a fojas sesentiocho y setentuno a ochenta, no son por este concepto, sino por el pago de las subsiguientes pensiones. Que siendo así, el encausado es pasible de condena, resultando adecuada la impuesta por el A quo, dadas sus condiciones personales; sin embargo, la reparación civil fijada resulta desproporcionada con el daño irrogado con la conducta del sentenciado por lo que deberá ser reducida prudencialmente; razones por las cuales; **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fojas ciento veintiuno y siguiente; su fecha veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y ocho por la que se **CONDENA** a **CESAR HERNANDO CRUZADO SUAREZ** por la comisión del delito contra la Familia – Omisión de Asistencia Familiar en agravio de Sol Lidy Cruzado Ancieta a **DOS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**, cuya ejecución se suspende condicionalmente por el plazo de un año, bajo reglas de conducta, la **REVOCARON** en el extremo que **FIJA:** en la suma de Mil Quinientos Nuevos Soles el monto de la Reparación Civil, **REFORMÁNDOLA:** Fijaron en la suma de setecientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de la agraviada, sin perjuicio de cancelar el monto de las pensiones alimenticias devengadas, notificándose y los devolvieron.

SS. BACA CABRERA/ SAQUICURAY SANCHEZ/ SANCHEZ ESPINOZA

EXPEDIENTE N° 3445-98-A-Lima

Lima, veintiuno de septiembre de mil novecientos noventaiocho.-

AUTOS Y VISTOS: Interviniendo como Vocal ponente el señor doctor Miguel La Rosa Gómez de la Torre; de conformidad con el dictamen de la señora Fiscal Superior que obra a fojas catorce; y, **CONSIDERANDO: Primero.-** Que, conforme se desprende del estudio de autos, no se ha acreditado de manera fehaciente que el encausado haya sido debidamente requerido para el pago de las pensiones alimenticias devengadas, máxime que conforme lo señala el artículo quinientos sesentiocho del Código Procesal Civil, de la liquidación de las pensiones alimenticias devengadas se correrá traslado a la parte demandada a fin de que dentro de los tres días de notificada, observe o no dicha liquidación, considerándose además de que las notificaciones deben ser realizadas conforme a Ley, es decir, entendiéndose de que las notificaciones tiene por objeto poner en conocimiento de las partes el contenido de las resoluciones judiciales, las mismas que deben ser realizadas conforme a lo dispuesto ciento cincuentiocho y siguientes del Código Adjetivo en materia civil; **Segundo.-** Que, siendo esto así, el Colegiado desconoce si el emplazado en materia de alimentos, ha sido notificado conforme a las normas procesales establecidas, por cuanto si bien es cierto es deber del Estado proteger al menor, también lo es que toda persona tiene derecho al debido proceso, no vulnerándose de modo alguno el derecho irrestricto que tiene el adolescente de recibir alimentos por parte de su progenitor, máxime si éste ha sido reconocido por el encausado, quien debe de cumplir con lo normado por el artículo ochentidós del Código de los Niños y Adolescentes, razones por las que **CONFIRMARON** el auto recurrido de fecha tres de abril de mil novecientos noventaiocho que corre a fojas nueve que declara **NO HA LUGAR** a la apertura de instrucción contra **ANIBAL ALOR TORRES**, por delito contra la Familia - **OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR** - en agravio de Iván Martín Alor Flores; **CONFIRMARON:** En lo demás que contiene; notificándose y los devolvieron.-

SS. LA ROSA GOMEZ DE LA TORRE / ESTRADA CHOQUE / TELLEZ PORTUGAL

EXPEDIENTE N° 5596-98-Lima

Lima, catorce de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.-

VISTOS: Interviniendo como Ponente el señor Vocal **SAÚL PEÑA FARFÁN**; de conformidad con el dictamen de la señora Fiscal Superior; por los propios fundamentos de la apelada; y **CONSIDERANDO:** Primero.- Que, de la revisión y análisis de los actuados, fluye que la responsabilidad del procesado respecto al ilícito que se le imputa, está debidamente acreditada, con los actuados del proceso civil de alimentos que en copia certificada corren de fojas cuatro a veintitrés, apreciándose que el encausado fue requerido por el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Lima, para que cumpla con pagar el monto de la pensión alimenticia fijada, bajo apercibimiento de iniciarse las acciones penales correspondientes, como es de verse de fojas veinte y veintiuno; Segundo.- Que, el encausado en su declaración instructiva de fojas setentiséis acepta que tan solo ha pagado un mes de la pensión alimenticia fijada por el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Lima, y trata de evadir su responsabilidad manifestando que procedió así por cuanto él tiene en su poder a uno de sus menores hijos, pero es del caso anotar que la obligación alimentaria materia de autos, se refiere únicamente a la menor **MILKA CATALINA CHANAME VALDERRAMA**, y no a los otros hijos menores respecto a los cuales pudiera tener también obligación alimentaria el encausado; **POR LO EXPUESTO**, siendo de aplicación al caso el artículo doscientos ochenticinco del Código de Procedimientos Penales, este Colegiado **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de fojas ciento treintisiete, su fecha veintitrés de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, que **FALLA: CONDENANDO** a **MARCO ANTONIO CHANAME ZAPATA** como autor del Delito Contra la Familia - Omisión a la Asistencia Familiar, en agravio de Milka Catalina Chanamé Zapata, a **UN AÑO DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**, suspendida condicionalmente por el mismo plazo, con sujeción a determinadas reglas de conducta allí precisadas, y que **FIJA:** en la suma de **QUINIENTOS NUEVOS SOLES** el monto de la reparación civil que deberá abonar el sentenciado a favor de la agraviada. Notifíquese, tómesese razón y devuélvase.-

SS. BARANDIARAN DEMPWOLF / CAVERO NALVARTE / PEÑA FARFAN

EXPEDIENTE N° 120-2008-Tumbes

RESOLUCIÓN N° DIECIOCHO

Tumbes, dieciséis de mayo del dos mil ocho.

VISTOS; Dado cuenta con los autos para resolver el recurso de apelación de folio ciento veinte, interpuesto por el sentenciado Leonardo Zapata Marchán contra la sentencia de folio ciento catorce, que lo **CONDENA** como autor **del DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR** en agravio de Marita Lourdes Valdiviezo Vincés y Mariafé Zapata Valdiviezo, a **CATORCE MESES** de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de **UN AÑO**, sujeto a reglas de conducta, y fija la reparación civil en **OCHOCIENTOS NUEVOS SOLES**; habiéndose llevado a cabo la vista de la causa según constancia que antecede, de conformidad con lo opinado por la fiscal superior.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN Y PRETENSIÓN IMPUGNATORIA:

Sostiene el apelante que la sentencia impugnada contiene los siguientes errores:

- 1) Que el a quo para establecer el quantum de la pena no ha tenido en cuenta las condiciones personales, educación, el medio social y la confesión sincera; y
- 2) Que además considera que el tiempo que se ha concedido para pagar las pensiones devengadas lo considera muy corto, por cuanto el apelante se desempeña como obrero que percibe jornales solo cuando cuenta con trabajo. Precisa como pretensión impugnatoria se le conceda un plazo prudencial para pagar los devengados.

CONSIDERANDO ADEMÁS:

PRIMERO.- El delito de omisión de asistencia familiar se configura cuando el obligado a la prestación alimentaria incumple el mandato contenido en una resolución judicial, no siendo necesario que tal incumplimiento genere un perjuicio a la salud de los alimentistas. Constituye un delito de omisión propia, donde la norma de mandato consiste en la obligación que pesa sobre el agente de cumplir con su deber legal de asistencia, no siendo suficiente efectuar consignaciones parciales. **SEGUNDO.-** Que analizado los autos se verifica que el apelante no ha acreditado válidamente con medio probatorio alguno sus argumentos de defensa, que por el contrario de su declaración instructiva fluye que ha tenido pleno conocimiento de la existencia del adeudo alimenticio, además que a folio veinticuatro corre la constancia de notificación recibida por el ahora sentenciado en la que se le requería el pago de la obligación alimenticia, lo que significa que ha tenido tiempo suficiente como para pagar dicha liquidación, que al no haberlo hecho se infiere su renuencia a cumplir con la obligación alimenticia impuesta por mandato judicial; por lo tanto la conducta típica prevista en el artículo 149 del Código Penal se ha configurado al incumplir el referido requerimiento de pago. **TERCERO.-** En cuanto al plazo concedido para pagar la obligación alimenticia impaga, debe tenerse en cuenta que no se trata de una obligación impuesta o determinada en dicha sentencia, sino que se trata de un requerimiento de pago contenido en la liquidación de folio quince en la que se ha comprendido meses impagos desde octubre del dos mil uno, significando ello que la sustracción alimenticia por parte del sentenciado data de una fecha bastante remota, razón por la cual el a quo ha considerado dicha circunstancia, y que además no se puede obviar el hecho que la obligación se orienta a cumplir una obligación alimenticia que por su naturaleza no espera, ni siquiera veinte días, por lo tanto la sentencia debe ser confirmada en todos sus extremos.

POR ESTAS CONSIDERACIONES, la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia apelada que **CONDENA** a **LEONARDO ZAPATA MARCHÁN** como autor y responsable del delito de **OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR** en agravio de **MARITA LOURDES VALDIVIEZO VINCÉS Y MARIAFÉ ZAPATA VALDIVIEZO**, a **CATORCE MESES** de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de **UN AÑO**, sujeto a reglas de conducta, y fija la reparación civil en **OCHOCIENTOS NUEVOS SOLES**, con lo demás que contiene.

SS.

**MARCHÁN APOLO
CERRÓN RENGIFO
VIZCARRA TINEDO**

EXPEDIENTE N° 110-2008-Tumbes

Resolución N° Dieciocho

Tumbes, dieciséis de mayo del dos mil ocho

VISTOS; dado cuenta con los autos para resolver el recurso de apelación de folio ciento veinte, interpuesto por el sentenciado Richard Edgar Carmen Rosillo contra la sentencia de folio ciento seis, que lo condena como autor del delito de omisión de asistencia familiar en agravio de su hijo Alexis Anderson Carmen Tinedo, a un año de pena privativa de libertad suspendida por el mismo periodo de tiempo, sujeto a reglas de conducta, y fija la reparación civil en **DOSCIENTOS NUEVOS SOLES;** habiéndose llevado a cabo la vista de la causa según constancia que antecede, de conformidad con lo opinado por la fiscal superior.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN Y PRETENSIÓN IMPUGNATORIA

Sostiene el apelante que la sentencia impugnada contiene los siguientes errores: 1) Que el a quo no ha tenido en cuenta que la configuración de un delito requiere del elemento dolo o intención, y que además se cause daño o perjuicio al agraviado; y 2) Que si bien existe un adeudo por pensiones alimenticias, ello se debe a la falta de trabajo, que ha originado un desfase, pero que no ha tenido el propósito de sustraerle de dicha obligación, menos causarle daño al agraviado. Precisa como pretensión impugnatoria la Revocatoria de la sentencia apelada.

CONSIDERANDO ADEMÁS:

PRIMERO.- El delito de omisión de asistencia familiar se configura cuando el obligado a la prestación alimentaria incumple el mandato contenido en una resolución judicial, no siendo necesario que tal incumplimiento genere un perjuicio a la salud de los alimentistas. Constituye un delito de omisión propia, donde la norma de mandato consiste en la obligación que pesa sobre el agente de cumplir con su deber legal de asistencia, no siendo suficiente efectuar consignaciones parciales.

SEGUNDO.- Que analizado los autos se verifica que el apelante no ha acreditado válidamente con medio probatorio alguno sus argumentos de defensa, que por el contrario de su declaración instructiva fluye que ha tenido pleno conocimiento de la existencia del adeudo alimenticio, además que a folio veintiséis corre la constancia de notificación recibida personalmente por el ahora sentenciado en la que se le requería el pago de la obligación alimenticia, lo que significa que ha tenido tiempo suficiente como para pagar dicha liquidación, que al no haberlo hecho se infiere su renuencia a cumplir con la obligación alimenticia impuesta por mandato judicial; por lo tanto la conducta típica prevista por el artículo 149 del Código Penal se ha configurado al incumplir el referido requerimiento de pago.

POR ESTAS CONSIDERACIONES, la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Tumbes **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia apelada que **CONDENA** a **RICHARD EDGAR CARMEN ROSILLO** como autor y responsable del delito de **OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR** en agravio de su **hijo ALEXIS ANDERSON CARMEN TINEDO,** a un **AÑO** de pena privativa de libertad suspendida por el mismo periodo de tiempo sujeto a reglas de conducta y fija la reparación civil en **DOSCIENTOS NUEVOS SOLES,** con lo demás que contiene.

SS. MARCHÁN APOLO, CERRÓN RENGIFO, VIZCARRA TINEDO

**CASACIÓN N° 02-2010-LAMBAYEQUE
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE**

AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Lima, seis de abril de dos mil diez.

AUTOS y VISTOS; interviniendo como ponente el señor Calderón Castillo; el recurso de casación por inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad y falta o manifiesta ilogicidad de la motivación interpuesto por el acusado **CARLOS HUAMÁN BARRIOS** contra la sentencia de vista de fojas ciento setenta y cuatro, del veinticuatro de noviembre de dos mil nueve, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas sesenta y cinco, del veintitrés de setiembre de dos mil nueve, del cuaderno de debate, que lo condenó por delito contra la Familia en la modalidad de omisión a la asistencia familiar - incumplimiento de obligación alimentaria en agravio de María Susana Coronel Vásquez y de sus hijos Carlos Edward y Susana Leydee Huamán Coronel a un año y seis meses de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año, y fijó en trescientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la parte agraviada sin perjuicio de pagar la deuda alimentaria, previo descuento de lo consignado en autos; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que el recurso de casación no es de libre configuración, sino que, por el contrario, para que esta Suprema Sala Penal pueda tener competencia funcional para casar una sentencia o auto que ponga fin al procedimiento o a la instancia o que deniegue la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, luego de agotadas las dos instancias, debe estar elaborada y presentada de conformidad con las disposiciones previstas en el artículo cuatrocientos veintiocho y sus normas concordantes del Código Procesal Penal, cuyos presupuestos deben cumplirse acabadamente para que se declare bien concedido. **Segundo:** Que se ha recurrido una sentencia de vista que confirmando la de primera instancia condenó a **CARLOS HUAMÁN BARRIOS** como autor del delito contra la Familia en la modalidad de omisión a la asistencia familiar - incumplimiento de obligación alimentaria en agravio de María Susana Coronel Vásquez y de sus hijos Carlos Edward y Susana Leydee Huamán Coronel a un año y seis meses de pena privativa de libertad; que en dicho contexto debe estimarse cumplido, parcialmente, el presupuesto objetivo del recurso, pues el indicado medio impugnatorio está dirigido contra una sentencia, advirtiéndose igualmente cumplido el presupuesto subjetivo del mismo porque el encausado cuestionó la sentencia de primera instancia y, sin duda, la sentencia de vista lo agravia al desestimar su pretensión impugnativa absoluta. **Tercero:** Que, sin embargo, el apartado dos, literal b), del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal establece una restricción del ámbito objetivo del recurso en relación con la cuantía de la pena, puesto que si se trata de sentencias, como la presente, se requiere que el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años; que el delito objeto del presente proceso penal es el de omisión a la asistencia familiar - incumplimiento de obligación alimentaria,

que en su primer párrafo está conminado con pena privativa de libertad no mayor de tres años , o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial –artículo ciento cuarenta y nueve del Código Penal–; que, en consecuencia, el delito incriminado no alcanza el criterio de *summa poena* estatuido en la norma procesal, por lo que en principio escapa a la competencia casacional de este Tribunal Supremo. **Cuarto:** Que a pesar de ello la norma procesal ha regulado la casación excepcional en el apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del citado Código, que permite al Supremo Tribunal, excepcionalmente, superando la barrera de los límites fijos del cuántum de pena, que pueda aceptarse el recurso de casación, pero sujeto a que se estime imprescindible para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, y que el recurrente consigne adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo jurisprudencial que pretende, con arreglo al apartado tres del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal. **Quinto:** Que, en el presente caso, el recurrente en su recurso de casación de fojas ciento ochenta señala lo siguiente: i) que debe fijarse una interpretación jurisprudencial del delito de omisión a la asistencia familiar –incumplimiento de obligación alimentaria para establecer los requisitos de procedibilidad de la acción penal–; ii) que en su caso, pese a que la resolución judicial que aprobó la liquidación de pensiones alimenticias devengadas no se encontraba firme por haber sido apelada y pese a que dicha impugnación que no había sido resuelta, se dispuso formalizar y continuar con la investigación preparatoria, siendo finalmente condenado; iii) que no debió haberse interpretado de manera extensiva y analógica el inciso dos del artículo trescientos sesenta y ocho del Código Procesal Civil, ya que dicha norma le resultaba perjudicial al no favorecer el ejercicio de sus derechos. **Sexto:** Que los requisitos de procedibilidad son elementos que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promoverla; que es requisito de procedibilidad solo aquel expresamente requerido en el texto del tipo penal; si la condición no se encuentra expresamente establecida en la ley no es posible afirmar la concurrencia de requisito de procedibilidad. **Sétimo:** Que el inciso uno del artículo trescientos treinta y seis del Código Procesal Penal señala lo siguiente: “Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la investigación Preparatoria”; que se observa que dichas exigencias fueron cumplidas en su totalidad en el caso submateria. **Octavo:** Que, asimismo, el primer párrafo del artículo ciento cuarenta y nueve del Código Penal sanciona la conducta de quien “omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial (...)”, que, por tanto, no se advierte que en el citado tipo penal u otra norma legal haga referencia a cuestiones que condicionen la intervención punitiva a su previa satisfacción, de modo tal que en los delitos de omisión a la asistencia familiar es claro que no se requiere más que el incumplimiento de la obligación alimentaria –establecida en una resolución judicial– para que el afectado pueda incoar la respectiva acción penal; que, si bien en la práctica jurisdiccional se solicita entre otros, la resolución judicial que aprobó la

liquidación de pensiones alimenticias devengadas, esta no constituye un requisito de procedibilidad para iniciar la acción penal; que, por consiguiente, no existe confusión o necesidad de desarrollo jurisprudencial. **Noveno:** Que en el alegato previsto en el punto iii) del fundamento jurídico quinto no se ha especificado a este Tribunal Supremo el motivo por el que es necesario que se desarrolle la doctrina jurisprudencial, ya que el encausado, únicamente, se limitó a señalar que con la aplicación del inciso dos del artículo trescientos sesenta y ocho del Código Procesal Civil se limitó el ejercicio de sus derechos; que, al respecto, en la sentencia de vista se indicó que: “la apelación interpuesta por el recurrente contra la resolución que aprueba la liquidación de pensiones alimenticias devengadas, fue concedida por la Juez de Paz sin efecto suspensivo, lo que significaba de conformidad con el inciso dos del artículo trescientos sesenta y ocho del Código Procesal Civil, que la referida apelación en forma alguna impedía la ejecución de lo decidido por el citado Juzgado y tampoco imposibilitaba el inicio del proceso penal en contra del encausado, fundada precisamente en la falta de pago oportuno de las pensiones alimenticias devengadas”; que, en ese sentido, no se observa que se haya restringido en forma alguna el ejercicio de los derechos del recurrente y tampoco se advierte aspecto ambiguo alguno que amerite un desarrollo jurisprudencial. **Décimo:** Que las costas serán pagadas por el que recurrió sin éxito; que, no se aprecia que en el presente caso hayan existido razones serias y fundadas para promover el recurso de casación, por lo que no cabe eximir al encausado Carlos Huamán Barrios del pago de las costas [artículo cuatrocientos noventa y siete apartado tres, a contrario sensu, del nuevo Código Procesal Penal]. Por estos fundamentos: **I. Declararon INADMISIBLE** el recurso de casación, por inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad y falta o manifiesta ilogicidad de la motivación interpuesto por el acusado **CARLOS HUAMÁN BARRIOS** contra la sentencia de vista de fojas ciento setenta y cuatro, del veinticuatro de noviembre de dos mil nueve, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas sesenta y cinco, del veintitrés de setiembre de dos mil nueve, del cuaderno de debate, que lo condenó por delito contra la Familia en la modalidad de omisión a la asistencia familiar-incumplimiento de obligación alimentaria en agravio de María Susana Coronel Vásquez y de sus hijos Carlos Edward y Susana Leydee Huamán Coronel a un año y seis meses de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año y fijó en trescientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la parte agraviada sin perjuicio de pagar la deuda alimentaria, previo descuento de lo consignado en autos; **MANDARON** se notifique a las partes la presente Ejecutoria. **II. CONDENARON** al pago de las costas del recurso al acusado **CARLOS HUAMÁN BARRIOS**; **ORDENARON** que el Juez de la Investigación Preparatoria cumpla con su liquidación y pago, conforme al artículo cuatrocientos diecinueve del Código Procesal Civil. **III. DISPUSIERON** se devuelvan los actuados al tribunal de origen. Hágase saber.

**SS. LECAROS CORNEJO; PRADO SALDARRIAGA; PRÍNCIPE TRUJILLO;
CALDERÓN CASTILLO; SANTA MARÍA MORILLO.**

APÉNDICE B

Plenos Jurisdiccionales Penales