



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

Escuela Académico Profesional de Derecho

XVIII PROGRAMA DE ACTUALIZACION PROFESIONAL

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

FALTA DE CAPACIDAD ECONÓMICA DEL OBLIGADO COMO
AUSENCIA DE DOLO EN EL DELITO DE OMISIÓN A LA
ASISTENCIA FAMILIAR

PRESENTADO POR:
KIMBELLY GIULIANA SILVA RODRÍGUEZ

Cajamarca, abril de 2019.

A mis queridos padres que con amor y sacrificio me condujeron a la cima de mi ideal.

A mis profesores de la universidad que con sus ejemplos y enseñanzas me inculcaron altos valores en mi formación profesional.

ABREVIATURAS

C.C. : Código Civil

C.P. : Código Penal

Art. : Artículo

D.P. : Derecho Penal

C.N. A.: Código de Niños y de Adolescentes

M.P. : Ministerio Público

OAF : Omisión a la Asistencia Familiar

INDICE

Portada	
Dedicatoria	
Abreviaturas	
Índice	
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I	8
ASPECTOS METODOLÓGICOS	8
1.2. Justificación	9
1.3. Objetivos	9
1.3.1. Objetivos Generales	9
1.3.2. Objetivos Específicos	10
1.4. Metodología	10
MARCO TEÓRICO	11
2.1. Definición de términos básicos	11
2.1.1. El Dolo	11
2.1.2. Capacidad Económica	11
2.1.3. El obligado	12
2.1.4. Ausencia de Dolo	12
2.1.5. Delito de Omisión	13
2.1.6. Asistencia Familiar	14
2.1.7. Obligación alimentaria	14
2.1.8. Delito de Omisión a la Asistencia Familiar	15
2.1.9. Principio de Exhaustividad de las Sentencias	16
2.1.10. Delito de Omisión Propia	16
2.2. Antecedentes	16
2.3. El dolo en la estructura típica omisiva	17
2.4. Bases teóricas	18
2.4.1. Falta de Capacidad Económica del Obligado para Acudir con la Asistencia Familiar .	18
2.4.1.2. Enfermedad temporal	18
2.4.1.3. La incapacidad física o mental	18
2.4.2. El Dolo en el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar	18

2.4.3. Respecto a la Obligación de Probar la Condición Económica del Imputado en el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar por parte de la Fiscalía	19
CAPÍTULO III	22
ANÁLISIS Y COMENTARIOS	22
3.1. La falta de Capacidad económica del Obligado.....	22
3.2. Otros criterios.....	23
3.3. Sujeto activo.....	23
3.4. Sujeto pasivo.....	24
3.5. Falta de capacidad económica del obligado	24
CONCLUSIONES	28
SUGERENCIAS	29
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	30
Academia de la Magistratura, (2017). Temas de derecho penal. Delitos de omisión propia. Lima, Peru. Recuperado de: http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/pe/	32
ANEXO	32
3° SALA PENAL DE APELACIONES – SEDE CENTRAL.....	32
EXPEDIENTE: 02945-2016-24-0401-JR-PE-01	33
I. ATENDIENDO	33
II. CONSIDERANDO que	34
1.1.1 PRIMERO: Objeto de Juzgamiento.....	34
SEGUNDO: Análisis fáctico jurídico	34
1.1.2 1. Sobre la indebida valoración probatoria	34
TERCERO: Costas de la instancia	39
III. RESOLVEMOS	39

**FALTA DE CAPACIDAD ECONÓMICA DEL OBLIGADO COMO AUSENCIA DE
DOLO EN EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR**

INTRODUCCIÓN

El delito de omisión a la asistencia familiar recibe un tratamiento muy particular en lo que refiere a la exigencia de medios de prueba que demuestren la existencia de los elementos constitutivos del tipo, nos referimos a que tanto el Ministerio Público como el órgano jurisdiccional no se han preocupado por demostrar fehacientemente la existencia del elemento subjetivo (Dolo). Pudiéndose apreciar que el Ministerio Público en etapa de investigación circunscribe dicha actividad a las documentales referida a la sentencia de liquidación y el órgano jurisdiccional que es levemente exigente al momento de realizar el control de acusación al igual que al realizar el juzgamiento, esto ha generado que se desnaturalice el tipo penal de Omisión a la Asistencia Familiar, dándole la apariencia de un delito de desobediencia a la autoridad, ya que no se hace la verificación de la capacidad económica del imputado para demostrar si este no quiso cumplir con la obligación o no pudo cumplir con la obligación.

El presente trabajo tiene como finalidad dar a conocer a los operadores del derecho que, aquellas circunstancias en los que el imputado incumple con la obligación de pagar los alimentos debe ser considerado como una ausencia de dolo, ya que el elemento subjetivo que exige el tipo penal OAF está representado por el no querer cumplir con la obligación, conociendo y teniendo las condiciones para hacerlo.

El trabajo está dividido en tres capítulos, siendo que el primero está referido al tratamiento de los aspectos metodológicos en donde se tiene en cuenta la descripción o presentación del tema, la justificación del mismo, los objetivos y la metodología a emplear. El segundo capítulo bajo el nombre de Marco Teórico, se hace una descripción de la obligación de acudir con asistencia familiar por parte del obligado y también se trata acerca de los conceptos de los términos utilizados y las bases teóricas del trabajo. En tercer capítulo contiene un análisis y comentarios del tema tratado en esta monografía y para finalizar se ha redactado conclusiones y sugerencias.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Descripción del tema

El delito de Omisión a la Asistencia Familiar en los últimos tiempos ha tenido un tratamiento sui generis por parte del M.P. y el órgano jurisdiccional, es así que argumentando una supuesta protección a los derechos del alimentista se ha venido realizando el juzgamiento de este delito sin que el M.P. realice mayores actos de investigación a efecto de demostrar o aportar pruebas suficientes que acredite la existencia de un actuar doloso por parte del imputado.

Pues ante una denuncia por el delito de omisión a la asistencia familiar el M.P. restringe su investigación a tomar la declaración del imputado, recibir la declaración de la agraviada y valorar las documentales referentes al incumplimiento del pago mensual de la pensión de alimentos, tomándolo como suficientes elementos de convicción para acreditar la comisión del delito.

Tal como puede verse de los procesos penales por omisión a la asistencia familiar, el M.P. no realiza ningún acto de investigación que tenga que ver con demostrar la existencia del elemento subjetivo que configure el tipo penal de omisión a la asistencia familiar, el cual según el Código Penal es un delito que se comete a título de dolo, es decir, que poco o nada se hace para averiguar si el imputado incumplió con la obligación alimentaria porque no pudo o porque no quiso, pues hay que tomar en cuenta que el delito de omisión a la asistencia familiar se configura cuando el obligado no quiere cumplir con dicha obligación. Situación muy diferente representa el hecho de que queriendo cumplir con su obligación no tenga los medios.

En lo referente a la etapa de juzgamiento no tiene mayor diferencia el tratamiento de este delito, ya que el juzgador también se limita a verificar las documentales aportadas por el Ministerio Público que acredite o no el pago puntual de la pensión ordena mediante sentencia en sede civil (proceso de alimentos) sin exigir que el

Ministerio Público que es el titular de la acción penal y por ende tiene la carga de la prueba, acredite la existencia o no del elemento subjetivo (dolo) que exige el tipo penal.

1.2. Justificación

Este trabajo monográfico se justifica porque a través de él se va a conocer que, la práctica del M.P. y del órgano jurisdiccional no está acorde con los principios y garantías del proceso penal, por lo que a través del desarrollo de la presente monografía se pretende evidenciar que en muchos procesos de omisión a la asistencia familiar, el incumplimiento de pago por parte del imputado, se presenta por no tener las condiciones económicas suficientes, lo que representaría una ausencia de dolo por parte del individuo ya que puede tener la intención de cumplir pero no tiene los medios.

Asimismo, en el presente trabajo se quiere hacer ver al M.P. y al órgano jurisdiccional que es necesario que a través del proceso se recabé las pruebas suficientes a efecto de que se demuestre el actuar doloso o no del imputado.

Por tanto, de la realización de este trabajo monográfico, esperamos desarrollar los argumentos necesarios para que en los casos donde se demuestre que el inculpado no cumplió con cancelar la pensión de alimentos por falta de capacidad económica se considere como una ausencia de dolo y por ende no se configuraría el tipo penal por falta de este elemento, y consecuentemente no será responsable del delito de omisión a la asistencia familiar.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivos Generales

Determinar si la falta de capacidad económica del obligado representa la ausencia de dolo en la comisión del delito de omisión de asistencia familiar.

1.3.2. Objetivos Específicos

- a) Identificar las causales que determinan la falta de capacidad económica del obligado para cumplir con su obligación alimentaria.
- b) Reconocer la ausencia de dolo por la falta de capacidad económica de obligado.
- c) Determinar si el Ministerio Público tiene o no la obligación de investigar la capacidad económica de obligado en etapa de investigación.

1.4. Metodología

Se utilizará el método inductivo, toda vez que se analizará de lo particular a lo general, la falta de capacidad económica del obligado como ausencia de dolo en el delito de omisión a la asistencia familiar, así como la necesidad de que el M.P. realice actos de investigación que demuestren la capacidad económica del imputado a fin de deslindar la responsabilidad penal de este.

Por otra parte, con la descripción que se haga del problema se determinara que es necesario que el M.P. realice actos de investigación a efecto de conocer la capacidad económica del imputado toda vez que de esto se desprenderá sí el incumplimiento en el pago de las pensiones alimenticias se debió a un actuar renuente del imputado o a una falta de recursos, de esta forma se podrá demostrar la existencia del elemento subjetivo que exige el tipo penal.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Definición de términos básicos

2.1.1. El Dolo

Para iniciar con la presente investigación debemos analizar el origen etimológico del dolo, Según define el Jurista Manuel Osorio

El dolo del latín *dolus*, y a su vez del griego *dólos*, comúnmente mentira, engaño o simulación. Desde el punto de vista jurídico, la palabra dolo adquiere tres definiciones: vicio de la voluntad en los actos jurídicos, elemento de imputabilidad en el incumplimiento de obligaciones, o calificaciones psicológicas exigida como integrante del delito civil o agravante del delito penal (Osorio, 1998, pág. 235).

Con relación al término dolo, el derecho romano distingue el *dolus bonus* o lícito del *dolus malus*, ambos son sinónimos de falsedad o maquinaria engañosa; pero mientras el primero era destinado a defenderse y es permitido, el segundo era el practicado con objeto o intención de perjudicar, podemos encontrar esta definición en el libro de Manuel Osorio

2.1.2. Capacidad Económica

La expresión capacidad económica se refiere a la disponibilidad pecuniaria del obligado para atender la asistencia familiar.

En el diccionario de la Real Academia Española hace referencia a la posibilidad real o suficiente de una persona física o jurídica para hacer frente a una obligación exigida, constituyendo una manifestación de solvencia económica.

2.1.3. El obligado

Obligado según el diccionario jurídico es tomado en cuenta como el sujeto que tiene la responsabilidad de acudir con la pensión de alimentos de un alimentista.

Es la persona natural o jurídica quien tiene a cargo realizar o ejecutar una prestación, para el presente trabajo se considera como obligado al deudor alimentario quien tiene a cargo una prestación económica impuesta mediante una sentencia o resolución judicial a favor de su pariente,

2.1.4. Ausencia de Dolo

La explicación de dolo se hizo ya anteriormente; por lo que hablar de ausencia de dolo sería simplemente cuando no existe esta figura.

Pero se puede agregar que El dolo se identifica con el conocimiento de los elementos de la tipicidad, por lo que queda fuera el conocimiento respecto a otros elementos y datos de la conducta: en concreto, el aspecto de antijuricidad, de contradicción o no con la norma que regía en el momento de actuar. Se trata de dos aspectos que se dan en toda conducta, pero que debemos distinguir mediante la teoría del delito. Así, los elementos de la conducta referidos al riesgo, a la puesta en peligro de un bien jurídico, al proceso que causalmente conduce a la producción de un resultado prevenido por la norma..., todo esto son datos de la conducta y de la descripción típica (Ossorio, 1998, pág. 240).

En cambio, elementos de la conducta de carácter valorativo: si está o no prohibida, si es buena o mala, si se halla conminada con una pena..., todo eso son datos no de la conducta típica, sino de la antijuricidad de la conducta en cuanto prohibida o prescrita en la ley penal por tanto, no pertenecen al tipo y no serán objeto del dolo. (Ossorio, 1998, pág. 242).

El desconocimiento que excluye la imputación debe estar referido i) a elementos relevantes para el respectivo tipo. Así, en el homicidio, basta con conocer el curso de la muerte, pero sin que sea preciso saber todos los detalles de la acción química del veneno en el colapso cardiorrespiratorio

de la víctima, o las leyes de la física que explican la combustión de la pólvora en un disparo. Hay ciertos elementos cuyo detallado desconocimiento no afecta en absoluto a lo que se requiere para imputar la conducta como dolosa: puesto que basta la representación del riesgo de la conducta, es irrelevante el desconocimiento de detalles que no afectan a dicho riesgo. Distinto será ii) por lo que hace al desconocimiento de circunstancias que agravan o cualifican un tipo. Así, si junto al tipo básico se ha definido uno agravado basado en la existencia de una peculiar circunstancia del objeto del delito, conocer ésta será necesario para poder aplicar el respectivo tipo agravado (ejemplo: en el art. 235.1 CP, que las cosas sustraídas son de valor artístico). Esta exigencia deriva de la misma regla de imputación que rige para el dolo y el error de tipo: no se imputa lo que no se conoce (así, en art. 14.2 CP). (Ossorio, 1998, pág. 244).

2.1.5. Delito de Omisión

Para explicar la expresión se creyó conveniente exponer algunas ideas acerca de lo que significa delito.

Jiménez de Asúa indica que delito, es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una acción penal.

Sebastián Soler define al delito como, una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta, por lo cual sus elementos sustantivos son: la acción, la antijuridicidad, la culpabilidad y la adecuación a una figura (Soler, 1992, pág. 152).

Para Carrada, en la cita que hace de Soler, indica,

Es la infracción a la Ley del Estado, promulgada para seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto extremo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso. (Carrada, 2012, pág. 50).

Ahora, con las explicaciones anteriores se puede decir que la expresión, delito de omisión es la infracción de la ley del estado por la irresponsabilidad del obligado a cumplir con alguna acción, en caso del tema tratado sería el no cumplimiento de la asistencia familiar por parte del obligado.

2.1.6. Asistencia Familiar

Otra apreciación importante del concepto de asistencia familiar es la que contempla Camapana:

“Las relaciones jurídicas creados a partir del matrimonio, adopción, concubinato o simplemente de la paternidad o maternidad, determina la existencia, fidelidad, hasta el llamado débito familiar, lo que implica un deber de asistencia familiar por la persona o personas encargadas de garantizar, de manera natural e inexcusable, el mantenimiento de las condiciones mínimas materiales del sustento y formación de los miembros de su familia (Camapana, 2002, pág. 90).

Código del Niño y del Adolescente art. 92, se considera alimentos a lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto

2.1.7. Obligación alimentaria

Es el deber de asistir con el sustento necesario para la supervivencia de un miembro de la familia que se halla en estado de necesidad. Sustentado por el deber de asistencia que existe entre familiares lo que les obliga a prestar todas las facilidades para protegerlos y asistirlos en todo momento.

Prestar o procurar alimentos en el sentido jurídico de todos los medios de subsistencia, no solo fisiológicas (Osorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales); al alimentista (Ossorio, 1998, pág. 120).

2.1.8. Delito de Omisión a la Asistencia Familiar

El código Penal vigente en el art. 149, se centra en el abandono económico, requiriendo un derecho alimentista reconocido judicialmente, siendo un reclamo de naturaleza patrimonial (Urquizo, 2010, pág. 244).

En su obra El Delito de Pago de Pensiones de Bernel del Castillo, indica que la criminalización de la omisión a la asistencia familiar se da por el hecho de que se vulnera un bien jurídico de relevancia que sería la familia, ya que la asistencia familiar depende del pago alimentario, por concepto de alimentos, vestido, vivienda, salud, educación es decir está relacionado con los términos básicos de supervivencia.

Según José Urquizo Olaechea el delito de Omisión a la Asistencia Familiar consiste en:

Que el comportamiento del sujeto activo en este tipo de delito consista en omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida por una resolución judicial, siendo un delito de omisión propia donde la norma de mandato consiste en la obligación que pesa sobre el sujeto activo de cumplir con sus deberes legales de asistencia (Urquizo, 2010, pág. 241).

Conforme la redacción del art 149 del Código Penal delito de omisión a la asistencia familiar se configura cuando el agente omite cumplir con la prestación de alimentos establecida en una resolución judicial, (Muñoz, 2010, pág. 125).

Por la cual se dice que es un delito de peligro en la medida que basta con dejar de cumplir una obligación para que se realice el tipo, sin que sea necesario que debido al incumplimiento se cause un perjuicio evidente en la salud del sujeto pasivo. En este delito solo es punible la comisión dolosa del mismo, por tanto, es preciso que el sujeto sepa que tiene la obligación de realizar los pagos, sin embargo, no quiere hacerlo; pero obviamente, es

necesario que esas obligaciones estén ya establecidas previamente en una sentencia (sede civil).

2.1.9. Principio de Exhaustividad de las Sentencias

Trata de la obligación que tiene el juzgador a decidir las controversias planteadas, así como las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, de tal forma que se condene o absuelva al demandado, (Perú, 2016, pág. 16)

El principio de exhaustividad de las sentencias indica que el juzgador resuelva todos los casos presentados ante él, analizando cada uno de los puntos litigiosos que sean materia de debate, entonces si el responsable que dicta resolución toma en cuenta solo la demanda y contestación formuladas, tal sentencia no es precisa ni congruente y por tanto viola las garantías individuales de las partes.

2.1.10. Delito de Omisión Propia

Son aquellos que contienen un mandato de acción, sin tomar en cuenta los efectos de la tipicidad si se evitó o no la lesión de bien jurídico. Está constituido por la simple infracción de un deber de actuar. Ejemplo: el delito previsto en el artículo 127 del C.P. que reprime a quien encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado grave e inminente peligro y omite restarle auxilio inmediato pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de terceros o se abstiene de dar aviso a la autoridad (Magistratura, 2017, pág. 20).

2.2. Antecedentes

Como punto de partida de este trabajo monográfico se debe manifestar que se ha tenido la oportunidad de revisar los antecedentes académicos normativos que existen respecto a la problemática referida a la monografía que se intenta desarrollar, no existiendo ningún trabajo de investigación que haya tratado el tema de manera detallada, más allá de algunos artículos y comentarios realizados por

operadores del derecho pero de manera personal, de igual forma dentro de la jurisprudencia nacional no existe una jurisprudencia vinculante que establezca los parámetros que se debe seguir a efecto de determinar la existencia del elemento subjetivo(dolo) en el delito de omisión a la asistencia familiar, por el contrario, tanto al nivel del M.P. como al nivel judicial, se le ha dado al delito de omisión a la asistencia familiar una connotación sui generis, toda vez que el M.P. hace una investigación muy restringida y el órgano jurisdiccional hace un juzgamiento precipitado y acelerado sin mayor actividad probatoria, respecto de la capacidad económica del imputado.

2.3. El dolo en la estructura típica omisiva

El dolo en la omisión debe trascender normalmente situaciones y circunstancias que se hallan perfectamente unidas a una finalidad concreta inicial (Reátegui, 2014, pág. 382).

Se ha demostrado que las omisiones tanto propias como impropias tienen una especial configuración distinta a la finalidad dolosa comisiva. Por esta razón es que se elaboró una especial conceptualización del dolo adaptado a la omisión siendo como voluntad el no ejercer una finalidad que podía y debía haberse realizado en determinado momento.

El dolo debe referirse a la posibilidad de poder desarrollar cierta actividad conducente a no evitar la lesión inminente al bien.(Reátegui, 2014, pág. 256).

Siendo así que en el caso del delito de omisión a la asistencia familiar se demostraría la ausencia de dolo cuando el obligado no puede pagar la pensión alimentista debido a la incapacidad económica a pesar de tener la voluntad de cumplir con la obligación alimentaria. Esto conlleva a que el tipo penal este incompleto por no configurar el elemento de dolo que es necesario para la consumación de delito.

2.4. Bases teóricas

2.4.1. Falta de Capacidad Económica del Obligado para Acudir con la Asistencia Familiar

La falta de capacidad económica de una persona de manera general y no únicamente del obligado a acudir con la responsabilidad de la asistencia familiar puede ser:

2.4.1.1. La falta de trabajo. Debido de que no existe centros de ocupación la persona no está capacitada para tal o cual actividad.

2.4.1.2. Enfermedad temporal. Pueden suceder casos y de hecho suceden que una persona sea víctima de alguna enfermedad o sufra algún accidente que le imposibilite temporalmente de trabajar dando como consecuencia la falta de capacidad económica para cumplir con sus responsabilidades, no solo alimenticias, sino para su sustento personal.

2.4.1.3. La incapacidad física o mental. Tanto temporal como definitiva es otro factor que ocasiona en la persona la falta de capacidad económica.

De lo expuesto también se puede considerar como factor para la falta de capacidad económica del obligado, los motivos de estudios que de hecho impiden o dificultan la búsqueda de trabajo.

2.4.2. El Dolo en el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar

Para reprimir este tipo penal es indispensable la presencia de dolo, es decir, la comisión de este delito es inadmisibles por imprudencia o culpa. Aquí, el autor debe tener conocimiento de que está obligado mediante resolución judicial a prestar la pensión alimentaria y voluntad de no querer asumir la obligación impuesta.

El Acuerdo Plenario N° 02-2016/CIJ-116, expresamente describe que el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, por su configuración típica exige no solo la obligación legal del imputado, el conocimiento del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo

apercibimiento, por el deudor alimentario. Sino también, necesariamente la posibilidad de actuar, pues lo que se sanciona no es el “NO PODER CUMPLIR”, sino el “NO QUERER CUMPLIR”, esto último representa el dolo en el sujeto agente es decir que teniendo los medios suficientes no quiere cumplir con la obligación a la cual está ligado por medio de una sentencia judicial firme.

La estructura típica del delito de Omisión a la Asistencia Familiar (omisión propia) tiene un aspecto objetivo (tipo objetivo) y un aspecto subjetivo (tipo subjetivo). En el aspecto objetivo del tipo de omisión propia se establecen tres elementos distintivos: a) situación típica generadora del deber b) no realización de la conducta ordenada, c) posibilidad psico-física del individuo para ejecutar la acción ordenada (Quise, Legis. pe, 2017, pág. 30).

2.4.3. Respecto a la Obligación de Probar la Condición Económica del Imputado en el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar por parte de la Fiscalía

Un interesante debate se produce al analizar el trabajo del Ministerio Público al tener la obligación de probar la condición económica del imputado en el delito por omisión a la asistencia familiar y así determinar o no la existencia de dolo para configurar el tipo penal de Omisión a la Asistencia Familiar.

Existe una sentencia de N° 3690-2005 de la Sala Penal Superior de Tumbes, que argumenta la responsabilidad de la Fiscalía ante la comprobación de la capacidad económica del obligado para determinar por qué dejó de pagar la pensión establecida en sede civil.

Que esta Sala Penal Superior no comparte el argumento esgrimido por el representante del Ministerio Público, quien considera que en los delitos contra la Familia en su modalidad de “Omisión a las Prestaciones Alimentarias”, en el proceso penal instado, no es necesario la realización de mayores actos de investigación, pues afirma, que la obligación alimentaría ya estaría debidamente acreditada. No obstante, ello, aceptar dicha postura, arribaría a considerar que, en

cuanto a este delito, la instancia judicial se convierta en un “mero órgano tramitador o ejecutor de decisiones extrapenales”; lo cual desnaturalizaría por completo las funciones del órgano Fiscal como defensor de la legalidad y además responsable de la carga de la prueba, igualmente como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional (judicial, 2005, pág. 216).

Que en tal sentido, al no haberse demostrado el verdadero estado de salud del imputado, quien asevera que sus males físicos le impiden desarrollar actividad económica alguna que le posibilite cumplir con la obligación alimentaria, la Fiscalía debió desarrollar una actividad investigatoria orientada a destruir dicho argumento, a fin de que no existe duda sobre la existencia del elemento subjetivo del tipo, situación que deviene en favorable para el procesado en virtud del principio constitucional de presunción de inocencia (judicial, 2005, pág. 444)

Conocida esta sentencia, las reacciones en entre los operadores del derecho no se hizo esperar, generando opiniones a favor y en contra, y otras posturas eclécticas, siendo las más interesantes las siguientes:

Omar De Lama Dioses al analizar la sentencia señala que:

En la práctica el delito de omisión a la asistencia familiar se viene tratando como un delito de desobediencia a la autoridad jurisdiccional, si verificar la posibilidad real de poder cumplir con la pensión. (Quise, Legis.pe, 2016, pág. 22).

Santiago A. Gutiérrez Rodríguez señala:

Que tampoco sería correcto convertir al proceso penal en una instancia de Grado que sirva al reexamen de la decisión del juez extrapenal, máxime si la resolución que la soporta tiene la calidad

de cosa juzgada (principio de inmutabilidad). (Quise, Legis.pe, 2016, pág. 23).

Santiago A. Gutiérrez considera que la capacidad económica del procesado debe surgir por causa no imputable al mismo es decir que provenga de un caso fortuito o fuerza mayor para que sea tomado en cuenta como objeto de prueba.

Laurence Chunga señaló:

No es un elemento del tipo porque se entiende que esas condiciones fueron evaluadas en el proceso de alimentos. Empero podría ser alegada como causal de justificación o de exculpación por parte del imputado, lo que supone exigencia de probanza (Quise, Legis.pe, 2016, pág. 25).

César Augusto Nakazaki Servigón mencionó que:

Los hechos constitutivos de delito tienen que probarse para destruir presunción de inocencia; la capacidad individual de acción, es decir la capacidad económica para cumplir la obligación alimentaria, es un hecho constitutivo de este delito de omisión propia (Nakasaki, Omisión a la asistencia familiar: «Capacidad económica se debe probar en sede penal», 2016, pág. 24).

Entonces se podría decir que el fiscal debe incluir en la investigación la capacidad económica del procesado y el motivo por el cual dejó de pagar la pensión alimentista, no solo guiarse de la sentencia civil y hacer caso omiso a los actos de investigación que ayuden a esclarecer el litigio al magistrado.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS Y COMENTARIOS

3.1. La falta de Capacidad económica del Obligado

El tema se ha enunciado como: La Falta de Capacidad Económica del Obligado como ausencia de dolo en el delito de omisión a la asistencia familiar.

Esto por cuanto la OAF por parte de un individuo no siempre se produce por una renuencia de este a acatar con la obligación contenida en la sentencia de alimentos, sino que se produce en muchos casos por el impedimento en que se pueda encontrar debido a diversas circunstancias que le generan una falta de capacidad económica. Siendo así, no se puede dar el mismo tratamiento a todos los casos que tramita el M.P. restringiendo la investigación y la obtención de elementos de convicción respecto a la comisión del delito, solamente a la sentencia que fija los alimentos a la aprobación de liquidación y al requerimiento de pago, pues en merito a los principios de legalidad, debido proceso, presunción de inocencia el M.P. debería realizar actos de investigación con la finalidad de demostrar la existencia del dolo en el actuar omisivo por parte del imputado porque como ya se vio precedentemente lo que sanciona el tipo penal de OAF es el no

querer cumplir con la obligación, teniendo las posibilidades para hacerlo, no siendo suficiente que el Ministerio Público recabe medios de prueba tendientes a identificar la existencia de la obligación alimentaria, el no cumplimiento de dicha obligación y la capacidad psicofísica del individuo para cumplir con la obligación sino que debe agotar los medios para demostrar que la omisión incurrida por parte del imputado se debió a un no actuar intencional, pese a tener las condiciones para actuar de otro modo; de igual forma el órgano jurisdiccional en etapa judicial específicamente en el control de acusación, debería exigir al Ministerio Público, no solamente acreditar la realización de los elementos objetivos del tipo por parte del imputado, sino que debería exigir al M.P. los elementos de convicción idóneos que demuestren el actuar doloso del mismo.

Si bien es cierto que la falta de capacidad económica del obligado se considera como un atenuante de dolo, esto no significa que el obligado no cumpla con la atención de asistencia familiar.

3.2. Otros criterios

Dentro del rubro bases teóricas se ha llegado a determinar, previo análisis de hecho y de observación, que entre los causales para la falta de capacidad económica principalmente está en la falta de trabajo, la enfermedad y la incapacidad física o mental del obligado; asimismo en el art. 93 del C.N.A. contempla la prelación de los obligados a prestar alimentos cuando hay ausencia o desconocimiento del paradero del obligado como parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, empezando de los hermanos, los abuelos y los parientes hasta el grado de consanguinidad ya mencionado; se considera que sería necesario que se incorporara a este artículo la circunstancia en la cual el padre del alimentista no cuenta con las posibilidades económicas comprobadas para acudir con los alimentos. Esto contribuiría a despenalizar la conducta en la cual el obligado omite el cumplimiento de los alimentos debido a la falta de capacidad económica.

3.3. Sujeto activo.

En el delito de omisión a la asistencia familiar es el agente que conociendo la obligación que tiene de pasar alimentos a un alimentista, existiendo el requerimiento y teniendo la capacidad psicofísica, así como las posibilidades

económicas para cumplir con la obligación, intencionalmente omite cumplir con dicha obligación, es decir no quiere cumplir con el pago de la pensión dictada en una sentencia.

3.4. Sujeto pasivo

Es la persona quien sufre las consecuencias del ilícito penal de omisión a la asistencia familiar es decir el alimentista.

Es un delito permanente debido a que, cuando la acción delictiva misma permite por sus propias características que se pueda prolongar en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatorio del derecho, en cada uno de sus momentos. (Pérez, pág. 10)

Entonces dicho esto el delito de omisión a la asistencia familiar es de carácter permanente dado que todos los momentos de imputación pueden darse la consumación.

El alimentista como sujeto pasivo puede solicitar a través de su representante o el mismo depende del caso la fijación, aumento, ampliación de la pensión alimenticia, de verse afectado si el sujeto activo es una persona que no puede económicamente hacer frente a esta responsabilidad.

3.5. Falta de capacidad económica del obligado

Cesar Nakasaki Servigón, en el II Pleno Jurisdiccional Supremo Extraordinario en materia penal y procesal penal celebrado el 21 de enero del 2016 sostuvo:

Que ante la gran cantidad de procesos inmediatos de omisión a la asistencia familiar era imperioso saber si en sede penal se debe demostrar la capacidad económica del obligado a pasar alimentos.

Indicó también que la capacidad económica no solo se debe probar en sede civil como se justifican los fiscales penales, sino también se deben investigar y probar en sede penal, ante el no pago de la pensión alimentista asignada mediante resolución emitida en sede civil. (Nakasaki, Omisión a la asistencia familiar: «Capacidad económica se debe probar en sede penal», 2016, pág. 54)

Entonces ante la controversia de donde debe demostrarse la condición económica del imputado en el delito de omisión a la asistencia familiar, si en sede civil o en sede penal ha surgido la interrogante: ¿La fiscalía está en la obligación de probar la condición económica del imputado en el delito de omisión a la asistencia familiar? Según la sentencia dictada por la sala del distrito de Tumbes previamente citada, el Ministerio Público está en la obligación de probar la condición económica del imputado en el delito por omisión a la asistencia familiar; cuyo extracto de la sentencia dice:

Que esta Sala Penal Superior no comparte el argumento esgrimido por el representante del Ministerio Público, quien considera que en los delitos contra la Familia en su modalidad de Omisión a las Prestaciones Alimentarias, en el proceso penal instado, no es necesario la realización de mayores actos de investigación, pues afirma, que la obligación alimentaria ya estaría debidamente acreditada. No obstante, aceptar dicha postura, arribaría a considerar que, en cuanto a este delito, la instancia judicial se convierta en un mero órgano tramitador o ejecutor de decisiones extrapenales; lo cual desnaturalizaría por completo las funciones del órgano Fiscal como defensor de la legalidad y además responsable de la carga de la prueba, igualmente como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional. Que, en tal sentido, al no haberse demostrado el verdadero estado de salud del imputado, quien asevera que sus males físicos le impiden desarrolle actividad económica alguna que le posibilite cumplir con la obligación alimentaria, la Fiscalía debió desarrollar una actividad investigadora orientada a destruir dicho argumento, fin de que no existe duda sobre la existencia del elemento subjetivo del tipo, situación que deviene en favorable para el procesado en virtud del principio constitucional de presunción de inocencia, contenida además en la norma adjetiva-artículo II del Título Preliminar del Código Penal- señala que “toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada

como tal mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales (...). (Poder Judicial, 2005, pág. 40).

Los hechos constitutivos de delito tienen que probarse para destruir la presunción de inocencia, la capacidad individual de acción es decir la capacidad económica del obligado alimentario es un hecho constitutivo del delito de omisión a la asistencia familiar por tanto debe ser objeto de probanza.

El proceso civil tiene la finalidad de proteger al alimentista, establece que la capacidad económica del alimentante no se tiene que investigar rigurosamente, siendo una excepción a la regla de certeza. Pero en el proceso penal se ha deformado y el delito de omisión a la asistencia familiar lo han convertido en un proceso de desobediencia a la autoridad jurisdiccional, por lo que el fiscal indica que la capacidad económica del imputado no debe ser probada en el proceso penal sino en el proceso civil.

En concordancia con el Tribunal Constitucional y la sentencia mencionada líneas arriba, es el Ministerio Público quien es el titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba, debiendo asumir las investigaciones desde el principio para lo cual debe estudiar los hechos que determinará si existe o no una conducta delictiva, si es que existen los hechos de convicción necesarios y suficientes para acreditar un delito dentro de los cuales como indica Cesar Nakasaki está la capacidad económica del obligada para poder o no realizar el cumplimiento del pago de la pensión establecida en sede civil, sin ser esto un avocamiento indebido ya que se está juzgando en sede penal el incumplimiento del pago de la pensión debiendo realizar una nueva investigación en sede fiscal para verificar por qué no se realizado el pago correspondiente, pudiendo ser la capacidad económica del obligado que ha sufrido alguna lesión que le impida trabajar para realizar el pago asignado. Siguiendo entonces con lo cuestionado que, si es obligación del fiscal realizar investigaciones para verificar la capacidad económica del obligado, en este trabajo se cree que sí, ya que

muchas veces el M.P. realiza acusaciones y solicita pena privativa de libertad a los que incumplen con el pago de pensión de alimentos, sin investigar el motivo por el cual no se ha pagado, entonces si en el Nuevo Código Procesal Penal en el art. 329 en su numeral 1 indica, el fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un delito(...) y la Ley Orgánica del M.P. en el artículo 14 indica que la carga de la prueba recae en el Ministerio Público, por lo tanto es obligación de los fiscales investigar y probar la capacidad económica del obligado en el caso del delito de omisión a la asistencia familiar, debiendo ser entonces ellos quienes tienen el deber de presentar en su teoría del caso los elementos de convicción y constitución necesarios para la comisión de un delito, en este caso la comisión del delito de omisión a la asistencia familiar y el total de sus elementos que configuren los hechos como delito o hecho ilícito.

En concordancia con la opinión de algunos juristas que se ha expuesto en este trabajo se opina que el M.P. debe investigar a fondo la capacidad económica del denunciado antes de asegurar la comisión del delito de omisión a la asistencia familiar, ya que existe casos en los que el obligado no actúa con dolo, es decir no deja de pagar a pensión de alimentos porque quiere sino porque no puede, por alguno de los motivos antes expuestos, y al ser el delito de omisión a la asistencia familiar un delito doloso, y al no existir este no se tipificaría como un delito. (Nakasaki, Omisión a la asistencia familiar: «Capacidad económica se debe probar en sede penal», 2016, pág. 231)

La sala considera en atención al principio de exhaustividad, respecto al cuestionamiento que realiza el representante del M.P., que el A quo ha motivado debidamente la sentencia venida en grado citando al profesor Queralt Jiménez y sustentando sus argumentos en el Acuerdo Plenario N° 02-2016/CIJ-116, mismo que expresamente describe que el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, por su configuración típica exige no solo la obligación legal del imputado, la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Sino también, necesariamente la posibilidad de actuar, pues lo que se pena no es el “NO PODER CUMPLIR”, sino el “NO QUERER CUMPLIR”; es la consecuencia de la cláusula

general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, según la cual se comete un delito de dicha estructura.

La estructura típica del delito de omisión propia (Omisión a la Asistencia Familiar) tiene un aspecto objetivo (tipo objetivo) y un aspecto subjetivo (tipo subjetivo). En el aspecto objetivo del tipo de omisión propia se establecen tres elementos distintivos: a) situación típica generadora del deber b) no realización de la conducta ordenada, c) posibilidad psico-física del individuo para ejecutar la acción ordenada. (Iquise, 2017, pág. 124)

CONCLUSIONES

1. Que, la omisión a la asistencia familiar generada por la falta de capacidad económica debe ser considerado como una ausencia de dolo, en el delito de OAF y, por tanto, convertir a la conducta en atípica ya que faltaría un elemento constitutivo del tipo.
2. El delito de omisión a la asistencia familiar es un delito de omisión propia; toda vez que implica la renuencia a cumplir con una obligación de manera intencional de parte del imputado.
3. El delito de OAF, sanciona el no querer cumplir con una obligación, es decir, que el no querer representa el elemento subjetivo de dolo, por lo tanto, aquellos casos en los que el obligado incumple por no tener la capacidad económica para realizar el pago de la pensión alimenticia no deben ser sancionados.
4. La falta de capacidad económica de un individuo puede ser generada por: la falta de trabajo, por enfermedad física o mental temporal o definitiva.

5. Es el Ministerio Público quien tiene el deber u obligación de investigar y probar la capacidad económica del imputado como un elemento de convicción más para la comisión del delito de omisión a la asistencia familiar.
6. Condición objetiva de punibilidad para el delito de OAF que el sujeto activo a pesar de tener la solvencia omite pagar la pensión de alimentos.

SUGERENCIAS

1. Realizar una exhaustiva investigación a cargo del Ministerio Público a efecto de verificar la capacidad económica del obligado, para de esta forma desmostar si la omisión a la asistencia familiar se produjo por un no querer cumplir o por un no poder cumplir, y de esta forma cumplir con demostrar la existencia del elemento subjetivo del tipo.
2. Reclamar en la etapa de control de acusación que el M.P. acompañe a su acusación los elementos de convicción idóneos para demostrar la existencia de dolo en la comisión del delito de omisión a la asistencia familiar.
3. Incorporar al art. 93 del C.N.A. la circunstancia en la cual el padre del alimentista no cuenta con las posibilidades económicas comprobadas para acudir con los alimentos.
4. Exhortar al Ministerio Público y a los fiscales que cuando quieran formalizar o conozcan de un aparente delito realizar una investigación completa, y poder así presentar una carpeta fiscal con elementos de convicción que constituyan un ilícito real y así poder disminuir la carga procesal en el Poder Judicial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS:

Cajas, B. (2019). *Código Civil*. Lima: RODHAS.

Camapana, M. (2002). *El delito de omisión a la asistencia familiar*. Lima: Universidad Garilazo de la Vega.

Carrada, F. (2012). *Blog*. Obtenido de <http://definicionlegal.espot.com>

David Panta (Sede Judicial de Tumbes).

Dona, E. (2001). *Derecho Penal parte especial Tomo II*. Buenos Aires: RUBINZAL CILZONI.

Magistratura, A. d. (2017). Delito de omisión propia. *Temas de derecho penalq.*

Muñoz Conde, F. (1999). *Derecho Penal-parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Muñoz, F. (2010). *Derecho penal parte especial*. Valencia: TIRANT LO BLANCH
LIBROS. .

Nakasaki, C. (23 de enero de 2016). *Legis.pe*. Obtenido de <https://legis.pe/omision-a-la-asistencia-familiar-capacidad-economica-se-debe-probar-en-sede-penal/>

Nakasaki, C. (23 de enero de 2016). *Omisión a la asistencia familiar: «Capacidad económica se debe probar en sede penal»*. Obtenido de legis.pe:

<https://legis.pe/omision-a-la-asistencia-familiar-capacidad-economica-se-debe-probar-en-sede-penal/>

Osorio, M. (s.f.). *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Heliasta.

Osorio, M. (s.f.). *Diccionario Jurídico 25° edición*.

Osorio, M. (s.f.). *Diccionario Jurídico 25° edición* . En *Diccionario Jurídico* (pág. 360).

Ossorio, E. (1998). *Diccioario de ciencias jurídicas políticas y sociales*. Buenos Aires: HELIASA SRL.

Reátegui, J. (2014). *Manual de Derecho Penal Parte General. Tomo II*. Lima: Pacífico Editors SA.

Soler, S. (1992). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: TEA.

Temas de Derecho Penal General . (s.f.). *Academia de la Magistratura*, 68.

Urquiza, J. (2010). *Código Penal*. Lima: IDEMSA.

REVISTAS WEB:

Pérez, M. A. (s.f.). *El Delito de Omisión a la Asistencia Familiar, Reflexiones y Propuesta para la mejor aplicación de la Normativa que lo Regula*.

Iquise, S. G. (25 de agosto de 2017). *Omisión a la Asistencia Familiar: la capacidad económica como elemento estructural del tipo penal*. Obtenido de legis.pe: <https://legis.pe/omision-asistencia-familiar-capacidad-economica-elemento-estructural/>

legis.pe. (16 de marzo de 2017). *La Fiscalía está en l Obligación de Probar la condición económica del imputado en el delito de omisión a la asistencia familiar*. Obtenido de legis.pe: <https://legis.pe/la-fiscalia-esta-la-obligacion-probar-la-condicion-economica-del-imputado-delito-omision-la-asistencia-familiar/>

Academia de la Magistratura, (2017). Temas de derecho penal. Delitos de omisión propia. Lima, Peru. Recuperado de: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/pe/>

Peru, P. J. (2005). *Tc.go.pe*. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03960-2005-HC.html>

Perú, P. j. (2016). Exp. N° 02945-2016-24-0401-JR-PE-01. Perú.

Quise, S. (2016). *Legis.pe*. Obtenido de https://legis.pe/la-fiscalia-esta-la-obligacion-probar-la-condicion-economica-del-imputado-delito-omision-la-asistencia-familiar/#_ftn1

Quise, S. (2017). *Legis. pe*. Obtenido de <http://www.Legis.pe.com>

WEBGRAFÍA

- Legis.pe (2017). La Fiscalía está en la obligación de probar la condición económica del imputado en el delito de omisión a la asistencia familiar. Lima Perú. <https://legis.pe/la-fiscalia-esta-la-obligacion-probar-la-condicion-economica-del-imputado-delito-omision-la-asistencia-familiar/>.
- Nakasaki, C.2016. Omisión a la asistencia familiar: «Capacidad económica se debe probar en sede penal». Lima.Legis.pe. <https://legis.pe/omision-a-la-asistencia-familiar-capacidad-economica-se-debe-probar-en-sede-penal/>.
- Gutiérrez, S. 2017. Omisión a la Asistencia Familiar: “La Capacidad Económica como elemento estructural del tipo penal”. Lima.Legis.pe. <https://legis.pe/omision-asistencia-familiar-capacidad-economica-elemento-estructural/>.

ANEXO

3° SALA PENAL DE APELACIONES – SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE : 02945-2016-24-0401-JR-PE-01

ESPECIALISTA : GIOVANA CANO VALENCIA

IMPUTADO : JAVIER PAOLO VALDIVIA GONZALES
DELITO : OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR
AGRAVIADO : RENATO PAOLO VALDIVIA PONCE Y OTRO

EXPEDIENTE: 02945-2016-24-0401-JR-PE-01

Proceso Inmediato

Resolución N° 08

Arequipa, veintitrés de agosto de dos mil diecisiete.-

I. ATENDIENDO:

Al recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público, en contra de la Sentencia N° 91-2017-3JUP-CSJA, de fecha 03 de mayo del 2017, que resuelve absolver del delito de Omisión a la Asistencia familiar a Javier Paolo Valdivia Gonzales, a efecto de que se declare ***nula*** la misma y se ordene nuevo juicio oral, por los siguientes fundamentos:

1. Que la sentencia apelada vulnera el debido proceso, puesto que se ha infringido el deber de motivación y fundamentación de las resoluciones judiciales, configurándose así la causal de nulidad absoluta establecida en el literal d) del artículo 150. Tal vulneración se dio en los siguientes aspectos: No se valoró el informe emitido por la línea de consulta CONADIS respecto a la discapacidad leve del imputado, ya que la información que allí aparece es corroborada mediante un procedimiento *–conforme lo establece la Resolución Ministerial N° 013-2015/MINSA-*, que asegura la veracidad de la misma. Además, no se contrastó la impresión de consulta en línea de CONADIS ofrecido por el Ministerio Público, con el Dictamen de Evaluación y calificación de invalidez N° 1173-2010, ofrecido por el imputado.

2. El delito de Omisión a la asistencia familiar se configura con la sentencia de alimentos (obligación), el requerimiento de pago (conocimiento de la obligación), y el incumplimiento de pago. No siendo necesario para este delito analizar la capacidad de pago, pues está ya se recogió en la sentencia civil, sin perjuicio de ser postulada como causa de justificación.

II. CONSIDERANDO que:

1.1.1 PRIMERO: Objeto de Juzgamiento

1.1. La imputación concreta por delito de omisión a la asistencia familiar en contra de Javier Paolo Valdivia Gonzales; en síntesis, es la siguiente:

El Segundo Juzgado de Paz Letrado de Arequipa en la resolución N.º 07-2005, del 10 de octubre del 2007, declara fundada la demanda de alimentos a favor de Renato Paolo y María Fernanda Valdivia Ponce, y Karla Juana Ponce Zúñiga, disponiendo que el demandado, Javier Paolo Valdivia Gonzales, cumpla con acudir de manera mensual y adelantada la suma de S/. 600.00 nuevos soles. Dicho fallo fue confirmado mediante la sentencia de vista N° 024-2008, del 08 de junio del 2013.

El demandado incumplió con su obligación alimentaria desde el 01 de julio del 2009 al 31 de marzo del 2011, de lo que se tiene como monto liquidado y adeudado la suma de S/. 12,776.93 soles, la cual fue establecida mediante la Resolución de Liquidación de Pensiones Devengadas de Alimentos N.º 81-2014, de fecha 01 de diciembre del 2014, la misma que fue puesta en conocimiento del imputado con **fecha 17 de diciembre del 2014**, por lo que, ante el incumplimiento en el término establecido, se hizo efectivo el apercibimiento, remitiéndose copias al Ministerio Público el 16 de enero del 2016.

SEGUNDO: Análisis fáctico jurídico

1.1.2 1. Sobre la indebida valoración probatoria.

1.1. El derecho de las partes procesales dentro de un proceso penal, no solo está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios;

sino también, a que estos sean admitidos, adecuadamente *actuados*, que se asegure la producción o conservación de la prueba, y que estos sean **valorados de manera adecuada y con la motivación debida**, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que las partes puedan comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado

1.2. El juzgado consideró, en su fundamento 6.4 de la sentencia que:

(...) Se ha **oralizado el Dictamen de Evaluación y calificación de invalidez N° 1173-2010 emitido por AFP PRIMA de fecha 08 de abril del 2010**, donde se señala que: “la persona de Javier Paolo Valdivia Gonzales sufre de Trastorno cognitivo y secuela de trauma encéfalo craneano siendo que en el rubro de calificación de invalidez se ha señalado que es de naturaleza permanente, fecha de inicio 28 de mayo del 2010, igualmente en el fundamento del Dictamen N° 1173-2010 señala que sufre alteración de las funciones complejas e integradas del cerebro, no puede valerse por sí mismo, asigna 70%MGP, firmado por Luis Otoya y Fernando Ruiz”, con lo cual se encuentra acreditado que el acusado tiene una invalidez permanente por la cual se ha determinado que no puede valerse por sí mismo y no podría realizar una labor en forma normal y teniendo en cuenta que el periodo de las pensiones devengadas data del 01 de julio del 2009 al 31 de marzo del 2011, periodo dentro del cual se ha acreditado dicho estado, por lo que se tiene que durante dicho periodo el acusado no se encontraba en las posibilidades de cumplir con dicha obligación; que si bien el Ministerio Público ha ofrecido y oralizado la impresión de consulta de CONADIS de fecha 30 de setiembre del 2016 donde se señala que: “la persona de JAVIER PAOLO VALDIVIA GONZALES identificado con DNI N° 29419990 sufre un nivel de gravedad leve”, se debe tener en cuenta que dicho documento se trata tan sólo de una consulta en Línea, no habiéndose presentado ningún documento tendiente a desvirtuar el resultado de un dictamen médico; (...).

1.3. La Sala considera que, conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional, que uno de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba está constituido por la valoración de los medios probatorios aturados en el proceso y con la

motivación debida al respecto. Se presenta entonces una doble exigencia. En **primer lugar**, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en **segundo lugar**, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables[1].

El deber de la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público, quien tiene que acreditar probatoriamente cada uno de sus fácticos imputados; la parte imputada puede ejercer una defensa activa, postulando nuevos hechos que enerven la imputación de la fiscalía, ello configura la esencia del contradictorio; en ambos casos la prueba debe ser capaz de producir un conocimiento cierto en la conciencia del juez[2].

1.4. En el caso concreto, la defensa ha propuesto que el imputado tiene imposibilidad de cumplir con la obligación alimentaria en atención a un incapacidad física cognitiva, precisa que lo ha acreditado con el Dictamen de Evaluación y calificación de invalidez N° 1173-2010 emitido por AFP PRIMA de **fecha 08 de abril del 2010**, mismo que señala que: *“Javier Paolo Valdivia Gonzales sufre de Trastorno cognitivo y secuela de trauma encéfalo craneano, en el rubro de calificación de invalidez se ha señalado que es de naturaleza permanente, sufre alteración de las funciones complejas e integradas del cerebro, no puede valerse por sí mismo, asigna 70%MGP, firmado por Luis Otoya y Fernando Ruiz”*; el Juzgado consideró que el Ministerio Público, no desvirtuó tal dictamen, pues solo presentó una consulta en línea de Conadis de fecha 30 de setiembre del 2016 (de fecha posterior al requerimiento de pago) donde se señala que: *“la persona de Javier Paolo Valdivia Gonzales identificado con DNI N° 29419990 sufre un nivel de gravedad leve”*, este documento no ha generado convicción en el Juzgado, ya que no ha desvirtuado el dictamen presentado por la defensa, pues no es aceptable considerar que la entidad privada “PRIMA AFP” emita sus dictámenes en contra de sus propios intereses, más aún que la fecha es posterior al requerimiento de pago.

La Sala considera que los fundamentos dados por el Juzgado sustentan su decisión, pues ha dado fuerza acreditativa – eficacia probatoria- al Dictamen presentado por la defensa; y a su vez se evidencia que si ha valorado la poca fuerza acreditativa del

documento en línea de CONADIS. Por lo que este extremo de la resolución cuestionada por la representante del Ministerio Público debe ser confirmado.

2. Sobre la configuración del delito de Omisión a la Asistencia Familiar:

2.1. El Juzgado consideró que,

“(…) se tiene que en el caso concreto la defensa está acreditando que las circunstancias que se merituaron en la sentencia civil habrían variado y que se cuenta con un dictamen médico que establece una invalidez permanente, máxime que ante dicho medio probatorio y defensa positiva el Ministerio Público no ha presentado ningún elemento probatorio que acredite además que el acusado cuente con un patrimonio o posibilidades para poder cumplir con su obligación alimentaria, (…) por lo que al no haberse acreditado la capacidad económica del imputado durante el tiempo en que se incumplió la obligación alimentaria, al sufrir una discapacidad de forma permanente lo cual se ha impedido actuar conforme al mandato legal, conforme lo ha establecido el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 02-2016/CIJ-116, ha establecido como doctrina legal, el fundamento 15 en relación al delito de omisión a la asistencia familiar que:

“El delito de omisión a la asistencia familiar, **por su propia configuración típica**, exige la previa decisión de la justicia civil, que se pronuncie acerca del derecho del alimentista y de la obligación legal del imputado, de la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Es claro que tales elementos, no son los únicos para fundar el juicio de culpabilidad, ni necesariamente determinan la imposición de una sentencia condenatoria – la posibilidad de actuar es esencial, pues lo que se pena no es el “no poder cumplir”, sino el “no querer cumplir”; es la consecuencia de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, según la cual se comete un delito de dicha estructura, quien omite la conducta debía, pudiendo hacerlo”, por lo que en merito a dicho argumentos, debe absolverse al acusado”.

2.2. La Sala Considera en atención al principio de exhaustividad[3], respecto al cuestionamiento que realiza el representante del Ministerio Público, que el A quo ha

motivado debidamente la sentencia venida en grado citando al profesor Queralt Jiménez[4] y sustentando sus argumentos en el **Acuerdo Plenario N° 02-2016/CIJ-116[5]**, mismo que expresamente describe que el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, **por su propia configuración típica[6]** exige no solo la obligación legal del imputado, la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Sino también, necesariamente **la posibilidad de actuar**, pues lo que se pena no es el “no poder cumplir”, sino el “no querer cumplir”; es la consecuencia de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, según la cual se comete un delito de dicha estructura.

La estructura típica del delito de omisión propia[7] [Omisión a la Asistencia familiar] tiene un aspecto objetivo (tipo objetivo) y un aspecto subjetivo (tipo subjetivo). En el aspecto objetivo del tipo de omisión propia se establecen tres elementos distintivos:

- i) Situación típica generadora del deber,
- ii) No realización de la conducta ordenada,
- iii) Posibilidad psico-física del individuo para ejecutar la acción ordenada[8].

La tipicidad en el delito omisivo es una operación inversa a la del delito de comisión. En el de comisión debe subsumirse la conducta realizada en la descrita por el tipo. En el delito de omisión, la tipicidad se comprueba demostrando que la conducta realizada no se subsume en la descripción de la acción ordenada”.

2.3. Entonces, debe verificarse la capacidad de pago (Posibilidad psico-física del individuo para ejecutar la acción ordenada). Si bien está acreditada objetivamente:

- i) el mandato de un pago de alimentos [sentencia civil de alimentos de fecha diez de octubre del dos mil siete],
- ii) el requerimiento de pago [resolución N° 81-2014, de fecha 01 de diciembre del 2014],

iii) el no cumplimiento del requerimiento [remisión de copias al Ministerio Público con fecha 16 de enero del 2016]; sin embargo, la defensa precisa que la incapacidad adquirida por su representado viene ya desde el **quince de julio del dos mil cuatro**, pues sufrió un accidente generándole una discapacidad del 70% de carácter permanente, producto de un desbarranco que sufrió en el puente de Fierro, en el que tuvo fractura expuesta de base de cráneo, desgarró de hígado, fracturas intercostales, entre otras fracturas graves, además de un trastorno cognitivo con un menoscabo del 70%; por lo que a la fecha del requerimiento de pago el 01 de diciembre del dos mil catorce, su patrocinado ya se encontraba en la imposibilidad de ejecutar la acción ordenada. Fundamentos por los que concordamos con el razonamiento del *A quo*.

TERCERO: Costas de la instancia

No corresponde la imposición de costas en esta instancia de conformidad con el artículo 497° numeral 5 del Código Procesal Penal.

Por lo que;

III. RESOLVEMOS:

1. **DECLARAR, INFUNDADA** la apelación de la Sentencia N° 91-2017-3JUP-CSJA, de fecha 03 de mayo del 2017, que resuelve absolver a **Javier Paolo Valdivia Gonzales** del delito de Omisión a la Asistencia familiar previsto en el artículo 149 del Código Penal, en agravio de RENATO PAOLO y MARIA FERNANDA VALDIVIA PONCE, representada por su madre KARLA JUANA PONCE DE ZÚÑIGA y en agravio de KARLA JUANA PONCE ZUÑIGA. En consecuencia,
2. **CONFIRMAMOS** la Sentencia N° 91-2017-3JUP-CSJA, de fecha 03 de mayo del 2017. Sin Costas de Instancia.

REGÍSTRESE Y HÁGASE SABER.

Juez Superior Ponente: Luis Alberto Rodríguez Pantigoso.

SS.

CORNEJO PALOMINO

CACERES VALENCIA

RODRIGUEZ PANTIGOSO

