



IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 4, n.º 4, enero-diciembre, 2021, 99-117

Publicación anual. Huánuco, Perú

ISSN: 2810-8043 (En línea)

DOI: 10.35292/iusVocatio.v4i4.543

ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES DEL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR

A STUDY OF THE NORMATIVE AND JURISPRUDENTIAL MODIFICATIONS OF THE CRIME OF OMISSION OF FAMILY ASSISTANCE

ÁNGEL GÓMEZ VARGAS

Corte Superior de Justicia de Huánuco

(Huánuco, Perú)

agomez@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-7788-3900>

RESUMEN

El delito de omisión de asistencia familiar fue incorporado en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley n.º 13906, promulgada el 24 de marzo de 1962. Ha sido objeto de múltiples modificaciones legales y jurídicas; además, desde el 2015, se ha incrementado excesivamente, de modo que constituye más de la mitad del total de procesos judiciales a nivel nacional. Debido a su importancia, en el presente artículo, desde un enfoque práctico, se analizan sus modificaciones normativas y jurisprudenciales para que este delito pueda comprenderse con mayor facilidad.

Palabras clave: omisión de asistencia familiar; procedibilidad; carga procesal; Código Procesal Civil.

ABSTRACT

The crime of omission of family assistance was incorporated into our legal system through Law No. 13906, enacted on March 24, 1962. It has been subject to multiple legal and juridical modifications; moreover, since 2015, it has increased excessively, so that it constitutes more than half of the total number of judicial processes at the national level. Due to its importance, this article, from a practical approach, analyzes its normative and jurisprudential modifications so that this crime can be more easily understood.

Key words: omission of family assistance; procedural burden; procedural burden; Civil Procedure Code.

Recibido: 15/04/2021

Aceptado: 30/07/2021

1. INTRODUCCIÓN

El delito de omisión de asistencia familiar (en adelante, OAF) se incluyó en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley n.º 13906, promulgada el 24 de marzo de 1962 por el presidente Manuel Prado Ugarteche, bajo el título «Disposiciones y sanciones para los que incumplan en prestar alimentos a un menor de 18 años, o al mayor incapaz, al ascendiente inválido, o al cónyuge indigente no separado legalmente», pero luego fue denominada Ley de abandono familiar. En dicha ley se establecían los siguientes presupuestos para la configuración del OAF:

El que teniendo obligación de prestar alimentos a un menor de menos de 18 años de edad, o al mayor incapaz, que está bajo su patria potestad, tutela u otra forma de dependencia, al ascendiente inválido o necesitado, o al cónyuge indigente no separado legalmente por su culpa, se sustrajera intencionalmente de su cumplimiento, será reprimido con prisión no

menor de tres meses ni mayor de 2 años, o multa de seiscientos soles a diez mil soles, sin perjuicio de exigírsele el cumplimiento de su obligación alimentaria (artículo 1).

Esta ley fue derogada expresamente por la Primera Disposición Derogatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, promulgado por el Decreto Legislativo n.º 768, del 29 de febrero de 1992; sin embargo, este fue derogado tácitamente con la entrada en vigencia del Código Penal de 1991 que regulaba el delito de OAF en el cuarto capítulo, con el siguiente texto:

Artículo 149. Omisión de prestación de alimentos

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

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

Si resulta lesión grave o muerte y estas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.

Desde que tal código entró en vigencia, el delito de OAF se ha incrementado progresivamente en nuestro país, llegando a constituir —a partir de la entrada en vigencia del proceso inmediato reformado mediante el Decreto Legislativo n.º 1194, del 30 de noviembre de 2015— el 52.21 % de procesos judiciales a nivel nacional, que equivale a un total de 4 000 907 procesos por OAF (Poder Judicial, 2017, párr. 1); por esta razón, se han presentado numerosas propuestas para despenalizar este delito. A continuación, exponemos algunas de ellas:

- a) Proyecto de Ley n.º 00841/2016-MP, presentado el 30 de diciembre de 2016 por el fiscal de la nación Pablo Wilfredo Sánchez Velarde; su objetivo es disminuir la carga procesal con la aplicación del acuerdo reparatorio en sede fiscal, a fin de que los fiscales se aboquen a la atención de casos de complejidad y gravedad significativa.

El Ministerio Público, a través del artículo 3 del proyecto de ley, proponía incluir el delito de OAF en el inciso 6 del artículo 2 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP) con el siguiente texto:

Artículo 2. Principio de oportunidad

[...]

6. Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 149 primer y segundo párrafo, 185, 187, 189-A primer párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205 y 215 del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito, salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.
- b) En un reportaje de Panamericana (2017), se señaló que «el Ministerio de Justicia viene trabajando en una propuesta que busca despenalizar la omisión de pensión de alimentos. Es decir, los padres que incumplan con sus obligaciones ya no irían a las cárceles, esto debido a la gran cantidad de hombres en prisión que no pasaron una pensión por alimentos» (párr. 1). A propósito de ello, Marisol Pérez Tello, ministra de Justicia, sostuvo que estaban «diseñando un sistema distinto por el cual pueda haber otro tipo de sanciones para el omiso, pero que garanticen que dé una pensión» (Panamericana, 2017, párr. 3)
- c) «Actualmente la población penal por el delito de incumplimiento de obligación alimenticia es de 2171, de los cuales 659 tienen la condición de procesados y 1512 ya tienen sentencia» (Guzmán, 2017, párr. 1). Además, en el ámbito económico, Carlos Vásquez Ganoza, jefe del INPE, informó que «Esto le cuesta alrededor de tres millones 300 mil soles anuales al Estado solo en alimentos. Así que el remedio es peor que la enfermedad, porque con este dinero, siempre digo que ya hubiésemos pagado la pensión de todas las madres. La solución no es el penal» (Guzmán, 2017, párr. 4).
- d) Hace tres años, el entonces presidente del Poder Judicial, Duberlí Apolinar Rodríguez Tineo, luego de la reunión de presidentes de Cortes

realizada en la ciudad de Trujillo del 31 de enero a 2 de febrero de 2018 (donde se debatieron reformas administrativas en la justicia para hacerla más accesible y eficaz), anunció que «el Poder Judicial adoptará una reforma para que los juzgados civiles no solo fijen las pensiones alimentarias, sino también abran proceso penal cuando los padres no cumplan esa obligación» (Poder Judicial, 2018, párr. 1), en razón de que la mayor carga penal en delitos proviene de temas alimentarios.

En tal sentido, planteó «que se otorgue competencia penal a los jueces civiles para que, en el mismo juzgado, primero dé trámite al proceso civil, establezca la pensión y, si no se paga, el mismo juez esté facultado para abrir el proceso penal para quien incumpla su obligación» (Poder Judicial, 2018, párr. 6). Esta innovación pretendía aligerar la carga procesal de los juzgados penales de las 35 Cortes de Justicia del país y, con ello, restablecer la confianza de los usuarios judiciales en el Poder Judicial.

- e) El congresista Luis Alberto Valdez Farías presentó el Proyecto de Ley n.º 6684/2020-CR con la finalidad de que «el problema de incumplimiento de la resolución judicial de alimentos pueda ser resuelto de manera óptima en el mismo proceso civil y reducir los costos asociados al proceso penal por el delito de incumplimiento de resolución judicial y el ingreso a la cárcel del condenado» (LP Pasión por el Derecho, 2020, párr. 2). Debido a la modificatoria del artículo 149 del Código Penal y la incorporación del artículo 566-A al Código Procesal Civil, «el juez civil podría, a pedido de parte, ordenar la detención civil del obligado que no cumpla con dos o más pensiones de alimentos. La detención tendría una vigencia de 6 meses» (LP Pasión por el Derecho, 2020, párr. 3).
- f) En la línea de la propuesta del doctor Rodríguez Tineo¹, la jueza suprema Elvia Barrios Alvarado, actual presidenta del Poder Judicial,

1 No compartimos estas propuestas porque no son compatibles con el nuevo proceso penal y el rol asignado al fiscal y juez. Con la vigencia del nuevo proceso penal, quien dirige y dicta el auto de apertura de instrucción no es el juez, sino el fiscal a través de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria. Además, en lo penal, ya existe un proceso especial inmediato para el trámite célere del delito de OAF; por tanto, lo que se debería modificar es el proceso civil de alimentos

durante la reunión de trabajo con las autoridades de Tacna realizada en el presente año, anunció que este Poder del Estado se encuentra

trabajando un proyecto normativo para que los procesos por alimentos sean más céleres y cortos a través de un solo proceso, y no dos como ocurre ahora: uno en el ámbito civil y otro en el penal.

«Elaboramos un proyecto para presentarlo al Congreso y unificar en un solo procedimiento (expediente) los procesos de familia, el civil y el penal; no podemos tener procesos por alimentos que no se resuelvan de manera célere», enfatizó (Poder Judicial, 2021, párrs. 1-2).

El Poder Ejecutivo no ha sido ajeno a la problemática de la dilación de los procesos de OAF; por ello, a fin de agilizar su trámite, mediante el Decreto Legislativo n.º 1194, del 29 de noviembre de 2015, reformó el proceso inmediato estableciendo la obligatoriedad de su incoación por el fiscal en casos de flagrancia delictiva, confesión y evidencia delictiva, e incorporando como supuestos de aplicación los delitos de OAF y conducción en estado de ebriedad o drogadicción. Y para reducir la carga procesal de los órganos jurisdiccionales, a través del Decreto de Urgencia n.º 008-2020, del 9 de enero de 2020, modificó el numeral 6 del artículo 2 del CPP, incluyendo el delito de OAF como supuesto de aplicación del acuerdo reparatorio, antes de promover la acción penal.

Los jueces supremos de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Casación n.º 1977-2019-Lima Norte y la Revisión de Sentencia NCPP n.º 154-2019-Lima, establecieron los requisitos de procedibilidad y los elementos típicos del delito de OAF, respectivamente. Estas modificaciones normativas y jurisprudenciales serán analizadas en el presente trabajo, desde un ámbito práctico, para una mejor comprensión del tema.

(artículo 566-A del CPC), incorporando el apercibimiento de ordenarse la detención del obligado hasta por 48 horas si incumple el pago de la liquidación de pensiones alimenticias devengadas. Al respecto, véase Gómez (2018, pp. 283-295).

2. MODIFICACIÓN NORMATIVA

2.1. Acuerdo reparatorio

El Poder Ejecutivo, a través del Decreto de Urgencia n.º 008-2020, publicado el 9 de enero de 2020 en el *Diario Oficial El Peruano*, haciendo suya la propuesta de Pablo Wilfredo Sánchez Velarde, exfiscal de la nación, modificó el artículo 2.6 del CPP con el siguiente texto:

Artículo 2. Principio de oportunidad

[...]

6. Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1), procede un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 149 primer párrafo, 185, 187, 189-A primer párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205 y 215 del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.

Esta modificatoria fue esencial en el trámite de los procesos de OAF, ya que puso fin a la práctica de algunos fiscales y jueces de incoar y aprobar el proceso inmediato por el delito de OAF, en mérito de las copias certificadas del proceso civil de alimentos; no obstante, en el Acuerdo Plenario Extraordinario n.º 2-2016/CIJ-116, del 1 de junio de 2017, se estableció como doctrina legal que un elemento del delito de OAF era la posibilidad de actuar del imputado.

A partir de la modificación del artículo 2.6 del CPP, el fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima, antes de incoar proceso inmediato por el delito de OAF, tiene el deber de abrir diligencias preliminares para realizar actos de investigación y proponer un acuerdo reparatorio²,

2 En la Casación n.º 437-2012-San Martín, del 19 de septiembre de 2013, los jueces supremos de la Sala Penal Permanente definieron al acuerdo reparatorio «como una forma de auto-composición procesal de las partes, en la cual se afecta menos la integridad personal y se evita la estigmatización del imputado y se ofrece a la víctima una respuesta de tipo económica que, de alguna manera, le permite subsanar el derecho vulnerado, catalogado en una norma, como delito» (fundamento 10, párr. 7).

pues si las partes convienen en el mismo, el fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Para ello, debe citar al imputado hasta en dos oportunidades.

Cuando todavía no se realizaba dicha modificatoria, existían dos posiciones contrapuestas respecto a si el fiscal debería abrir diligencias preliminares antes de incoar proceso inmediato por el delito de OAF: por un lado, se consideraba que el fiscal debía realizar actos de investigación para evidenciar la posibilidad de actuar del imputado y el elemento subjetivo del dolo, atendiendo a que el artículo 446 del CPP no solo requiere como presupuesto que el delito sea de OAF, sino también que los elementos de convicción acumulados sean evidentes³.

Por otro lado, se asumía que las copias certificadas del proceso civil de alimentos eran suficientes para incoar proceso inmediato por el delito de OAF, ya que el artículo 446.4 del CPP establecía un mandato imperativo para que el fiscal incoe el proceso inmediato por el delito de OAF, entre otros fundamentos que se pueden revisar en la Resolución n.º 6 (Huánuco, 12 de diciembre de 2018), recaída en el Expediente n.º 02785-2018-0-1201-JR-PE-01.

3. MODIFICACIONES JURISPRUDENCIALES

3.1. Requisitos de procedibilidad

En la Casación n.º 02-2010-Lambayeque, del 6 de abril de 2010, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, integrada por los jueces superiores Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo, Calderón Castillo y Santa María Morillo, respecto de los requisitos de procedibilidad en el delito de OAF, dispuso lo siguiente:

3 «El delito evidente no tiene una referencia legislativa específica. Sin embargo, con arreglo a su acepción literal, *un delito evidente es aquel cierto, claro, patente y acreditado sin la menor duda*. Cuando la ley hace mención a la denominada “prueba evidente”, exige una prueba que inmediatamente, esto es, *prima facie*, persuada de su correspondencia con la realidad; busca que la apreciación del juez en aquel supuesto sea exacta con extrema probabilidad» (Brichetti, 1973, p. 17, citado por Corte Suprema de Justicia de la República, 2016, fundamento jurídico 8.C; las cursivas son nuestras).

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. [...]. **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 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.

Sin embargo, en la Sentencia de la Casación n.º 1977-2019-Lima Norte, del 14 de julio de 2021, la Sala Penal Permanente, integrada por los jueces superiores San Martín Castro, Sequeiros Vargas, Coaguila Chávez, Torre Muñoz y Carbajal Chávez, cambió criterio sobre los requisitos de procedibilidad en el delito de OAF:

Decimosexto. [...] para instar la acción penal en delitos de omisión a la asistencia familiar en la modalidad de incumplimiento de obligación alimentaria, la dependencia judicial que conoce la demanda de alimentos debe remitir al Ministerio Público las siguientes piezas: a) escrito de demanda de alimentos, b) escrito de apersonamiento del demandado así como de aquellos donde hubiere señalado domicilios real y procesal con sus respectivas variaciones, si esto se hubiere dado, c) la sentencia y la resolución que la declara consentida o en defecto de esta última su ejecutoria superior, de ser el caso, d) la liquidación de pensiones alimenticias

devengadas, con la resolución que la aprueba conteniendo el requerimiento conminatorio al demandado de su abono en determinado plazo, bajo apercibimiento de remitir copias a la Fiscalía para la incoación penal por delito de omisión a la asistencia familiar, e) la resolución que hace efectivo el apercibimiento advertido, y f) los respectivos cargos de notificación al demandado con las resoluciones aludidas en los literales d) y e), convergiendo estas en requisitos de procedibilidad. Además, [a] la Fiscalía, según cada caso en concreto —de considerarlo indispensable—, le atañe acopiar otras piezas que considere pertinentes durante la investigación penal.

De acuerdo con la ejecutoria suprema citada, el fiscal debe adjuntar a su requerimiento de incoación de proceso inmediato los documentos que a continuación enumeramos detalladamente, pues son requisitos de procedibilidad en el delito de OAF:

- a) Escrito de la demanda de alimentos o el formulario de demanda de alimentos para niñas, niños y adolescentes, aprobado por la Resolución Administrativa n.º 331-2018- CE-PJ, del 19 de diciembre de 2018, o copia certificada de la demanda de aumento, reducción o prorrateo de alimentos.
- b) Escrito de apersonamiento del demandado u otro donde consignó su domicilio real o procesal, con sus respectivas variaciones. Si no se apersonó al proceso, se debe adjuntar la resolución que lo declaró rebelde o la copia certificada de la audiencia única donde asistió el demandado y consignó su domicilio real.
- c) Sentencia y resolución que la declaró consentida o ejecutoriada. Si el proceso no concluyó con sentencia, se debe adjuntar la copia certificada del auto que aprobó la conciliación, la transacción extrajudicial o que declaró fundada la demanda del acta de conciliación por alimentos.
- d) Liquidación de pensiones alimenticias devengadas con la resolución que aprobó la liquidación y requirió al demandado su abono en determinado plazo, bajo apercibimiento de remitir copias a la Fiscalía para la incoación penal por el delito de OAF.
- e) Resolución que hace efectivo el apercibimiento decretado.

f) Cédulas de notificación al demandado con la resolución que aprobó y requirió la liquidación y la resolución que hizo efectivo el apercibimiento decretado y remitió las copias certificadas al Ministerio Público para que proceda conforme con sus atribuciones.

Si el fiscal omite adjuntar las copias certificadas mencionadas, en la audiencia única de incoación de proceso inmediato, el juez de la investigación preparatoria debe declarar improcedente el requerimiento fiscal y devolver la carpeta fiscal al Ministerio Público para que su representante recabe las copias certificadas del proceso civil de alimentos. A nivel nacional, en los juzgados de paz letrados se debe implementar como buena práctica remitir de oficio las copias certificadas establecidas como requisitos de procedibilidad en la Casación n.º 1977-2019-Lima Norte, a fin de evitar la demora de los procesos de OAF, donde prima el interés superior de la niña, el niño y el adolescente.

3.2. Elementos del delito de OAF

Villavicencio (2006) considera que «En el tipo doloso de omisión propia se pueden distinguir tres elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo: situación típica generadora del deber, no realización de la conducta ordenada y capacidad para realizar la acción ordenada» (p. 656).

En esa línea, en el Acuerdo Plenario Extraordinario n.º 2-2016/CIJ-116, del 1 de junio de 2017, los jueces supremos en lo penal de la Corte Suprema de Justicia de la República establecieron como doctrina legal respecto a los elementos objetivos del tipo penal lo siguiente:

15. [...] El delito de omisión de asistencia familiar, por su propia configuración típica, exige la previa decisión de la justicia civil que se pronuncie acerca del derecho del alimentista y de la obligación legal del imputado, de la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo cumplimiento 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»*

(STSE 1148/1999, de 28 de julio); es la consecuencia de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, según la cual solo comete un delito de dicha estructura quien omita la conducta debida pudiendo hacerlo [...]—, pero son suficientes —vista la corrección del juicio civil, y siempre que sea así— para estimar en clave de evidencia delictiva —y en principio— la admisión y procedencia del proceso inmediato, que no lo es necesariamente para la condena (las cursivas son nuestras).

La doctrina y la jurisprudencia nacional consideran la capacidad o la posibilidad de actuar del imputado⁴ como un elemento del delito de OAF. Por ejemplo, en la Sentencia de Vista recaída en el Expediente n.º 02945-2016-24-0401-JR-PE-01, los jueces superiores de la tercera sala penal de apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa indicaron lo siguiente:

2.2. La Sala considera en atención al principio de exhaustividad, 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 y sustentando sus argumentos en el **Acuerdo Plenario n.º 02-2016/CIJ-116**, mismo que expresamente describe que el delito de omisión a la asistencia familiar, **por su propia naturaleza típica**, exige no solo la obligación legal del imputado,

4 Al respecto, Mendoza (2018) —siguiendo la línea jurisprudencial del Acuerdo Plenario Extraordinario n.º 2-2016/CIJ-116— la denomina y conceptualiza como «Posibilidad psicofísica del individuo para ejecutar la acción ordenada. No se ordena lo físicamente imposible. La obligación está referida a un autor en concreto y respecto de sus reales posibilidades; la capacidad exigida debe ser compatible con la acción ordenada, así, no se trata de una capacidad difusa de acción, sino una capacidad concreta compatible con la realización del mandato. Un principio central en los tipos omisivos es que no se obliga más allá de los límites de lo posible (*ultra posse obligatur*). No se puede requerir racionalmente que se haga más de lo mejor posible en determinada situación, por tanto, este es un componente central en los delitos omisivos y determina que la imputación concreta contenga una proposición fáctica de la capacidad que tenga el sujeto activo para que pueda cumplir materialmente con la conducta ordenada» (p. 87).

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 propios 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:

- i) situación típica generadora del deber;
- ii) no realización de la conducta ordenada,
- iii) posibilidad psicofísica del individuo para ejecutar la acción ordenada.

Sin embargo, en la ciudad de Huánuco —desde la reforma del proceso inmediato por el Decreto Legislativo n.º 1194, que entró en vigencia el 29 de noviembre de 2015—, algunos fiscales y jueces implementaron como buena práctica el procedimiento de incoar y aprobar el proceso inmediato por el delito de OAF, en mérito de las copias certificadas del proceso civil de alimentos, sin realizar una diligencia preliminar que permita establecer la posibilidad de actuar del imputado (elemento objetivo) y el dolo en su conducta pasiva (elemento subjetivo), excepto recabar el certificado de antecedentes penales, reporte de consultas de casos a nivel nacional y el reporte de aplicación del principio de oportunidad del imputado.

Este procedimiento —que, en nuestra opinión, convertía a los fiscales y los jueces en los trabajadores de la Mesa de Partes de los juzgados de paz letrados—, se sustentaba en los siguientes argumentos: i) celeridad para garantizar el interés superior del niño, la niña y el adolescente; ii) ausencia de complejidad o gravedad del proceso inmediato por OAF; iii) las pruebas relacionadas a la culpabilidad se desarrollan en el juicio oral y iv) el Acuerdo Plenario Extraordinario n.º 2-2016/CIJ-116 instaura como doctrina legal que para estimar en clave de evidencia delictiva bastan la admisión y la procedencia del proceso inmediato.

En los argumentos expuestos se observa que prevalece la celeridad de los procesos inmediatos por OAF sobre el debido proceso; no se toma en cuenta la función de la teoría del delito⁵ y los presupuestos legales para incoar y aprobar el requerimiento del proceso inmediato por OAF (el artículo 446 del CPP exige como presupuestos que el delito sea de OAF y que los elementos de convicción acumulados sean evidentes). Respecto a la doctrina legal del Acuerdo Plenario Extraordinario n.º 2-2016/CIJ-116, se realiza una lectura superficial, omitiendo que dicho acuerdo precisa que la corrección del juicio civil sería suficiente para la admisión y la procedencia del proceso inmediato, siempre que sea así.

Ahora bien, si en el requerimiento fiscal no se han adjuntado elementos de convicción que evidencien la posibilidad de actuar del imputado (elemento objetivo) y el dolo en su conducta pasiva (elemento subjetivo), ¿cómo el juez de investigación preparatoria podría aprobar el proceso inmediato? Cabe subrayar que el escriba no comparte los fundamentos citados precedentemente porque, al haberse omitido recabar, durante las diligencias preliminares, los elementos de convicción que evidencien la posibilidad de actuar del imputado y el dolo en su conducta pasiva, el juez de la investigación preparatoria no podría aprobar el requerimiento de proceso inmediato por el delito de OAF, pues, según la Resolución n.º 5 recaída en el Expediente n.º 03240-2018-0-1201-JR-PE-01, en la práctica judicial se observan casos donde el imputado podría i) haber sido diagnosticado con esquizofrenia o sufrido un accidente de tránsito grave que lo imposibilitó para trabajar en el período liquidado; ii) haber asumido la tenencia del menor alimentista en el período liquidado; iii) haber cancelado directamente a la madre las pensiones alimenticias devengadas; iv) haber estado recluido en el penal en el período

5 Al respecto, Villegas Paiva (2017), citando a Pablo Larsen, afirma que «[s]e le asigna a la teoría del delito una función vinculada a la seguridad jurídica, toda vez que la aplicación racional del derecho supone la eliminación de la arbitrariedad en el ejercicio del poder penal del Estado, para lo cual es útil y necesario contar con un sistema coherente que permita pautar de antemano las decisiones y que sirva para “atar” al juez a la dogmática, ya que el Estado de derecho no puede coexistir con la vigencia del puro decisionismo, del arbitrio y de la discrecionalidad judicial» (p. 20).

liquidado; v) haber estado aislado en su domicilio sin trabajar por el estado de emergencia sanitaria decretado por el Gobierno a causa de la COVID-19 o vi) haber fallecido.

En estos casos prácticos, si se aprobara el proceso inmediato en mérito de las copias certificadas remitidas por el juzgado de paz letrado, se generaría la absolución de los imputados en juicio por insuficiencia probatoria o porque la acción penal se ha extinguido debido a la muerte del imputado. Este procedimiento intensificaría el descontento de la población en la administración de justicia, ya que la madre alimentista comprobaría que la celeridad procesal en el trámite del proceso penal por OAF solo sirvió para absolver al imputado, pero no para obtener la tutela jurisdiccional efectiva.

De suerte que esta problemática se encuentra superada con la Revisión de Sentencia NCPP n.º 154-2019-Lima, del 25 de noviembre de 2020, emitida por los jueces supremos de la Sala Penal Permanente, quienes, entre las cuestiones previas, han indicado que

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

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

A partir de la jurisprudencia citada, la Sala Penal de Apelaciones de Huánuco ha cambiado de criterio respecto a la problemática materia de análisis, conforme se puede leer en los fundamentos de la Resolución n.º 8 (Huánuco, 18 de agosto de 2021), recaída en el Expediente n.º 00415-2021-0-1201-JR-PE-02.

4. CONCLUSIONES

- a) El delito de OAF fue incorporado en el ordenamiento jurídico mediante la Ley n.º 13906, promulgada el 24 de marzo de 1962 por Manuel Prado Ugarteche, bajo el título de «Disposiciones y sanciones para los que incumplan en prestar alimentos a un menor de 18 años, o al mayor incapaz, al ascendiente inválido, o al cónyuge indigente no separado legalmente».
- b) El delito de OAF se ha incrementado progresivamente, llegando a constituir, desde la entrada en vigencia del proceso inmediato reformado, el 52.21 % de procesos judiciales a nivel nacional, que equivale a un total de 4 000 907 procesos por OAF.
- c) Debido al aumento de la carga procesal, se han presentado varias propuestas de despenalización del delito de OAF; el Poder Ejecutivo acogió la propuesta de Pablo Sánchez Velarde, exfiscal de la Nación, a través del Decreto de Urgencia n.º 008-2020, que modificó el artículo 2.6 del CPP, estableciendo la obligatoriedad de realizar —en despacho fiscal— el acuerdo reparatorio por el delito de OAF antes de promover la acción penal.
- d) Los jueces supremos de la Sala Penal Permanente, en la Casación n.º 1977-2019-Lima Norte y la Revisión de Sentencia NCPP n.º 154-2019-Lima, han dispuesto los requisitos de procedibilidad y los elementos típicos del delito de OAF, respectivamente.
- e) Estas modificaciones normativas y jurisprudenciales han sido muy importantes para el proceso penal por OAF, ya que garantizaron el debido proceso de los imputados y disminuyeron la carga procesal de los órganos jurisdiccionales; sin embargo, son insuficientes para desincentivar la comisión del delito y reducir la carga procesal de la Fiscalía. Por ello, se debe modificar el artículo 566-A del Código Procesal

Civil, incorporando el apercibimiento de ordenarse la detención del obligado hasta por 48 horas, en caso de que incumpla el pago de la liquidación de pensiones alimenticias devengadas.

- f) Estas modificaciones normativas y jurisprudenciales han logrado poner fin al procedimiento exprés de algunos fiscales y jueces de incoar y aprobar el proceso inmediato por el delito de OAF, en mérito de las copias certificadas del proceso civil de alimentos que, en la práctica, los convertía en trabajadores de Mesa de Partes de los juzgados de paz letrados.

REFERENCIAS

Congreso de la República (1962). Ley n.º 13906. Lima: 24 de enero de 1962; promulgada el 24 de marzo de 1962. <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/13906-jan-24-1962.pdf>

Corte Superior de Justicia de Arequipa (2017). Resolución n.º 08. Expediente n.º 02945-2016-24-0401-JR-PE-01. Arequipa: 23 de agosto de 2017.

Corte Suprema de Justicia de la República (2010). Auto de Calificación del Recurso de Casación. Casación n.º 02-2010-Lambayeque. Lima: 6 de abril de 2010. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4ece4b804bdb27ef879fdf40a5645add/Casacion_02-2010-Lambayeque_calificacion_090710.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4ece4b804bdb27ef879fdf40a5645add

_____ (2013). Sentencia. Casación n.º 437-2012-San Martín. Lima: 19 de septiembre de 2013. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/368bb00044a07fc18281da01a4a5d4c4/CAS+437-2012+San+mart%C3%ADn.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=368bb00044a07fc18281da01a4a5d4c4>

_____ (2016). Acuerdo Plenario Extraordinario n.º 2-2016/CIJ-116. Lima: 1 de junio de 2016. http://www.justiciaviva.org.pe/new/wp-content/uploads/2016/10/Acuerdo_Plenario_Extraordinario_2-2016.pdf

- _____ (2020). Revisión de Sentencia NCPP n.º 154-2019-Lima. Lima: 25 de noviembre de 2020. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/01/Revision-de-sentencia-fundada-154-2019-Lima-LP.pdf>
- _____ (2021). Sentencia. Casación n.º 1977-2019-Lima Norte. Lima: 14 de julio de 2021. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/08/Casacion-1977-2019-Lima-Norte-LP.pdf?>
- Gómez, A. (2018). *Sobre la propuesta de otorgar competencia a los jueces civiles para que abran los procesos penales por delito de omisión de asistencia familiar: ¿populismo judicial o medida acertada?* Gaceta Jurídica.
- Guzmán, I. (2017, 30 de abril). Más de 2 mil padres recluidos por no pasar pensión alimenticia. *Diario Correo*. <https://diariocorreo.pe/peru/mas-de-2-mil-padres-recluidos-por-no-pasar-pension-alimenticia-746701/>
- LP Pasión por el Derecho (2020, 14 de diciembre). Proponen que juez civil tenga facultad de ordenar detención de deudores alimentarios. *LP Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/proponen-juez-civil-facultad-ordenar-detencion-deudores-alimentarios/>
- Mendoza, F. (2018). La construcción de la imputación concreta en los delitos de omisión de asistencia familiar. En Jurado, D. y Revilla, P. (coords.), *El delito de omisión de asistencia familiar. Principales problemas*. Gaceta Jurídica.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2020). *Código Procesal Penal. Decreto Legislativo n.º 957*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1542316/Libro%20Procesal%20Penal.pdf>
- Ministerio Público (2016). Proyecto de Ley n.º 841/2016-MP. Lima: 1 de diciembre de 2016. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0084120161229.pdf

Panamericana (2017, 11 de enero). Ejecutivo propone que omisión familiar ya no se castigue con cárcel. *Panamericana*. <https://panamericana.pe/24horas/politica/220055-ejecutivo-propone-omision-familiar-castigue-carcel>

Poder Judicial (2017, 3 de julio). Mayoría de procesos en casos de flagrancia son por omisión a la asistencia familiar. *Poder Judicial*. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_inicio/as_enlaces_destacados/as_imagen_prensa/as_notas_noticias/2017/cs_n-mayoria-de-procesos-en-caso-de-flagrancia-son-por-omision-asistencia-familiar-03072017

_____ (2018, 2 de febrero). Jueces civiles que fijan pensión alimenticia podrán abrir proceso penal a padres morosos. *Poder Judicial*. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_inicio/as_enlaces_destacados/as_imagen_prensa/as_notas_noticias/2018/cs_n-jueces-civiles-que-fijan-pension-alimenticia-podran-abrir-proceso-penal-a-padres-morosos

_____ (2021, 3 de septiembre). Presidenta del Poder Judicial anuncia proyecto que propone unificar en un solo procedimiento los procesos por alimentos. *Poder Judicial*. https://pprfamilia.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_inicio/as_enlaces_destacados/as_imagen_prensa/as_notas_noticias/2021/cs_n-presidenta-poder-judicial-anuncia-proyecto-unificar

Villavicencio, F. (2006). *Derecho Penal. Parte general*. Grijley. <https://drive.google.com/file/d/1wfepIMvUa42Bx6S09gDvKyrdKmJdmrcQ/view>