

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022, 173-214

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u14i18.82

El delito de omisión de asistencia familiar: análisis del tipo objetivo

The crime of failure to provide family assistance: *actus reus* analysis



NICOLÁS BALDINO MAYER
Universidad de Buenos Aires
(Buenos Aires, Argentina)

Contacto: nbaldino@derecho.uba.ar
<https://orcid.org/0000-0002-8995-119X>

DAVID GUSTAVO ROMERO BASURCO
Ilustre Colegio de Abogados de Tacna
(Tacna, Perú)

Contacto: basurcodavid@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-4837-1188>

RESUMEN

El presente artículo se desarrolla luego de advertir que existe confusión sobre cuál sería el bien jurídico protegido por el delito de omisión a la asistencia familiar, esto es, si se refiere a la familia, a la integridad personal del alimentista o a la administración de justicia. Una vez determinado el ámbito de protección, se analizará el concepto de «estado de necesidad» como el riesgo alimentario, se definirán los límites de aplicabilidad del tipo penal sobre potenciales escenarios, se analizará si se trata de un delito de omisión

propia o impropia, así como los elementos que componen el tipo objetivo, y finalmente se considerarán algunos problemas de imputación objetiva. La justificación del trabajo radica en otorgar criterios claros que faciliten la argumentación y la uniformidad en las decisiones judiciales.

Palabras clave: pensión de alimentos; omisión de asistencia familiar; delito de peligro abstracto; riesgo alimentario.

Términos de indización: pensión; derecho de la familia; bienestar de la infancia; sanción penal (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

This article is developed after pointing out that there is a confusion about what would be the legally protected right in the crime of failure to provide family assistance, that is, the personal integrity of the supported minor or the administration of justice. Once the scope of protection has been determined, the concept of «state of necessity» as the food risk will be analyzed, and the limits of applicability of the criminal type on potential scenarios will be defined. Finally, this article will analyze whether it is a crime of own omission or negligent omission, as well as the elements that make up the actus reus, and will consider some objective accusation issues. The justification for this work lies in providing clear criteria that facilitate the argumentation and uniformity in judicial decisions.

Key words: child support; failure to provide family assistance; crime of abstract risk; food risk.

Indexing terms: pensions; family law; child welfare; penal sanctions (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 01/10/2022

Revisado: 31/10/2022

Aceptado: 07/11/2022

Publicado en línea: 07/12/2022

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: Los autores declaran no tener conflicto de interés.

Revisores del artículo:

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)
jpalominom@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

Sandro Alberto Núñez Paz (Universidad de Lima, Perú)
snunez@ulima.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>

1. INTRODUCCIÓN

El derecho alimentario viene siendo objeto de numerosos análisis en la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia. A su vez, existe una búsqueda constante de mecanismos para incentivar el cumplimiento de la obligación alimenticia, especialmente cuando se tratan los casos de menores de edad, por la trascendencia que tiene para sus vidas y la sociedad en su conjunto. En tal sentido, frente al incumplimiento deliberado del progenitor obligado, la norma tipifica el delito de omisión a la asistencia familiar, y es aplicable el proceso inmediato conforme al artículo 446 inciso 4 del Nuevo Código Procesal Penal.

Sobre el particular, el Anuario Estadístico del Ministerio Público del año 2021 (2022) ha evidenciado que el número de casos por dicho delito resulta de los más elevados, se registraron 62 975 casos en el año 2018, 68 385 en el año 2019, 22 211 en el año 2020 (disminución presumiblemente a causa de la pandemia por la COVID-19) y 49 122 en el año 2021, este último representó el 88.23 % del total de los delitos contra la familia (p. 59).

Dentro de dicho contexto, si bien es cierto que, por la situación apremiante en la que se encuentra la mayoría de los alimentistas, resulta necesario imprimir celeridad en el proceso penal, ello no puede justificar que se dejen de lado las garantías constitucionales que lo revisten, máxime cuando se trata de una vía de *ultima ratio*.

En tal sentido, muchos casos han derivado en que la acusación fiscal se sustente tan solo en la verificación del cumplimiento del requerimiento de pago de la liquidación de pensiones devengadas, y cualquier otro cuestionamiento efectuado por el imputado, como puede ser la falta de capacidad económica, la inexistencia del estado de necesidad, el desconocimiento de la sentencia de alimentos o la impugnación de la paternidad sustentada en una prueba de ADN, sea una discusión que se considere de competencia exclusiva del fuero civil.

Otra cuestión sobre la que pondremos especial énfasis está referida a determinar qué bien jurídico se estaría afectando en el supuesto de incumplimiento del pago de los alimentos a favor de alimentistas mayores de edad que siguen estudios exitosos y que en principio se encuentran en capacidad de valerse por sí mismos; o el caso de las sentencias que se expidieron cuando el alimentista era menor de edad y posteriormente, al adquirir la mayoría de edad, no se verificó si se encontraba inmerso en alguna de las causales establecidas legalmente para que continúe vigente el pago de la pensión a su favor.

Frente a la problemática expuesta, no pretendemos caer en una argumentación simplista, debido a que si bien abogamos por el derecho de los alimentistas, comprendemos igualmente las consecuencias de la responsabilidad penal sobre la vida de los individuos; por tal motivo, a través de un análisis dogmático se ofrecerán herramientas útiles para una adecuada interpretación del tipo penal de omisión a la asistencia familiar.

Finalmente, el presente artículo busca abrir el debate sobre temas que merecen mayor desarrollo doctrinario, lo que servirá de base para un correcto ejercicio de la acción penal respecto de uno de los delitos con mayor registro de casos anuales. Cabe precisar que nos centraremos en las obligaciones alimentarias en las relaciones

paterno-filiales a fin de verificar si efectivamente todos los supuestos de incumplimiento revisten igual gravedad y deben ser objeto de persecución penal.

2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El tipo base del delito de omisión de prestación de alimentos está regulado en el artículo 149 del Código Penal, capítulo IV: Omisión de asistencia familiar, título III: Delitos contra la familia, donde se establece:

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

Respecto al mencionado delito nos encontramos con distintas posiciones sobre cuál sería el bien jurídico protegido. Podríamos decir que es uno de los delitos donde se han presentado los posicionamientos más variados en cuanto a su definición, situación que reviste vital importancia puesto que afecta a toda la estructura típica, en otras palabras, definir qué o a quién se pretende proteger resultará esencial para entender el referido tipo penal.

2.1. La familia como bien jurídico colectivo

Al ser este el título del Código Penal al que pertenece el delito bajo estudio, gran parte de la doctrina ha identificado a la familia como el bien jurídico protegido. No obstante, para entender en qué consiste el bien jurídico «familia», en primer lugar debemos desentrañar las características de los bienes jurídicos colectivos.

Las primeras nociones que encontramos de bien jurídico podemos adjudicárselas a Feuerbach, quien creía que el objeto de protección del derecho penal eran los derechos de los súbditos y del

Estado (citado por Villegas, 2009, p. 9). En la teoría de la lesión al derecho subjetivo de Feuerbach, el límite estaba dado por la religión y la moral. De todos modos, desde los orígenes del derecho moderno podemos concebir una definición del bien jurídico que abarca un núcleo fundamental dado por los derechos subjetivos individuales, a partir de los cuales toda normativa debe ir dirigida hacia ellos. Dentro de esta concepción el derecho protege una realidad preexistente: al hombre que, organizado en sociedad, instrumentaliza un régimen jurídico en función de sí mismo.

Desde esta concepción liberal, para explicar la expansión de la intervención del poder punitivo, fueron necesarias distintas redefiniciones en torno al bien jurídico, hasta límites peligrosos para los derechos subjetivos individuales. Es así como, desde los derechos colectivos, se han ampliado ámbitos de protección cada vez más difusos e inteligibles.

Respecto a los bienes jurídicos colectivos, Birnbaum los llamaría «delitos en contra del ser colectivo» (citado por Villegas, 2009, p. 10), entendidos como aquellos que protegen intereses de toda la sociedad. En esta tendencia Villegas (2009) refiere:

En la concepción de Binding el bien jurídico es todo lo que, aun no constituyendo derecho, es valorado por el legislador como condición para que la vida comunitaria se desarrolle normalmente, por lo que se entiende que la protección penal de los bienes colectivos dependerá de la voluntad del legislador al incluirlos en la ley penal. (p. 10)

Bajo esta concepción, la colectividad se transformaría en el titular de todos los bienes (Maurach, 1995, p. 337).

Como podemos apreciar, las consideraciones en torno a los bienes jurídicos colectivos ajenos o muy distanciados al individuo no son nuevas. Existe un acuerdo general acerca de la necesidad de una definición de los bienes jurídicos delimitada a un «contenido

material del interés social en preservarlos» (de esta forma nos aseguramos de que necesariamente estos puedan ser determinados).

Entre las distinciones que se realizan sobre los bienes jurídicos individuales y los colectivos encontramos la concepción de bien jurídico como «relación social», para la cual los individuales son aquellos que están destinados a las bases de existencia del sistema, y los colectivos al funcionamiento del sistema. En realidad, los primeros se refieren a relaciones «microsociales», mientras que los segundos a relaciones «macrosociales».

Bustos (1987) diferencia tres niveles entre los bienes jurídicos colectivos:

- Los bienes jurídicos colectivos: son los que aseguran las bases de existencia del sistema social. Están presentes en el quehacer cotidiano y pueden impedir la efectividad de los bienes jurídicos individuales (medio ambiente, libre competencia, erario público, etc.).
- Los bienes jurídicos institucionales: son aquellos que permiten la interrelación entre los individuos (Administración pública, fe pública, etc.).
- Los bienes jurídicos de control: son aquellos que sirven para asegurar el poder del Estado (seguridad pública) (pp. 474-475).

Para el autor, a cada bien jurídico individual le corresponde uno colectivo destinado a profundizar la satisfacción de las necesidades de índole personal. Son instrumentales a los primeros, por ende, nunca deberán ser sobrevalorados por encima de aquellos.

Por otra parte, Regis (2008) distingue los bienes jurídicos según su titularidad en individuales y metaindividuales. Los bienes individuales los dispondrá la persona física, mientras que los metaindividuales afectan a un grupo de personas o a toda la colectividad. A su vez, los bienes metaindividuales se clasifican en:

- Bienes jurídicos institucionales: la tutela se encuentra intermedia por el Estado, y hacen a su funcionamiento más básico (ej. Administración pública).
- Bienes jurídicos colectivos: afectan a un grupo determinado de personas (salud pública, seguridad pública, etc.).
- Bienes jurídicos difusos: son plurales e independientes, concernientes a toda la colectividad (patrimonio cultural, orden económico, medioambiente, etc.).

Más allá de la distinción a la que podamos adherirnos, nos parece que la única forma en que pueda concebirse un bien jurídico colectivo, que merezca protección penal, debe referirse al hombre como último destinatario de protección. De otro modo, se concebiría al hombre como un instrumento para proteger a un «ídolo» llamado «orden» (sea cual sea el contenido y las buenas intenciones involucradas en la construcción de esta entelequia).

Por ende, en el caso del delito de omisión a la asistencia familiar, debe entenderse a la «familia» como un conjunto concreto de personas unidas a través de un vínculo de afecto existente, y no un ídolo social al cual debemos brindar pleitesía.

A fin de que el tipo penal no degenera más allá de su marco de protección, tenemos que sostener que el bien jurídico protegido, de ser un bien jurídico colectivo, debe entenderse como el que afecta a los integrantes concretos que hacen parte del vínculo familiar afectado o, en todo caso, a los integrantes de la familia que puedan verse afectados por la acción dañosa del sujeto activo.

2.2. La integridad personal del alimentista

Desde otra posición, podemos sostener que el bien jurídico afectado es la persona en concreto como sujeto pasivo/víctima de la falta de asistencia económica, pues el aporte económico que se realiza está destinado de manera íntegra a la subsistencia del

acreedor alimentario. En este supuesto podemos decir que existe un ataque en concreto sobre su seguridad alimentaria, ya sea en una faz lesiva, o de peligro.

No obstante lo expuesto, en ocasiones se excede el marco protector de la relación de familia, y se establece que la integridad personal del alimentista debe protegerse más allá de dicho vínculo social y jurídico. Es el caso de las sentencias condenatorias que colocan énfasis en la protección del alimentista menor de edad, fundamentando dicha posición en el interés superior del niño (bien jurídico que desplaza al de familia).

Tal criterio de protección, por ejemplo, fue considerado en el fundamento 22 del voto discordante de las juezas supremas Pacheco y Aquis de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2020a) en la Revisión de Sentencia n.º 222-2016-Junín:

Sobre el particular, este Tribunal Supremo, en su labor hermenéutica, debe asimilar las fuentes nacionales a las internacionales y, para el caso, es pertinente el principio de protección del interés superior del niño, niña y adolescentes, el cual presupone que sus derechos fundamentales tengan fuerza normativa superior al momento de legislarse una norma y en el acto de interpretación de esta.

En este caso, el derecho-deber alimentario del niño (agraviado), que ha sido reconocido en una sentencia judicial firme, está irradiado por el principio del interés superior del niño e investido de una fuerza normativa que lo convierte en «vértice de la interpretación» de sus derechos, al momento de tomar una decisión judicial [...].

Otros, en cambio, colocan la nota distintiva en el vínculo familiar, en tanto que la integridad personal adquiere un nuevo significado al provenir la lesión o puesta en peligro de un miembro del colectivo familiar. En consecuencia, la afectación no se produce

sobre un grupo de personas en concreto o en abstracto, sino sobre uno de sus integrantes. Mientras el bien jurídico «familia» es un bien jurídico colectivo, el acá analizado es un bien jurídico individual.

Esta última parece ser la posición adoptada por nuestra Corte Suprema al tratar de darle una concreción más fáctica a la obligación alimentaria, entendiendo como requisito/consecuencia, para que se encuentre afectado el bien jurídico protegido, a la lesión o puesta en peligro de la existencia o seguridad alimentaria de sus destinatarios. En dicho sentido se ha expresado en el Acuerdo Plenario Extraordinario n.º 2-2016/CIJ-116, fundamento jurídico 14 B, indicando:

Los delitos de omisión de asistencia familiar vulneran las obligaciones civiles impuestas a quienes tienen familia y lesionan y/o ponen en peligro, por los actos abusivos de aquellos, la propia existencia y demás condiciones de vida de los alimentistas, limitando sensiblemente su derecho de participación social. En consecuencia, el ámbito de protección se funda en la «seguridad» de los propios integrantes de la familia, basadas en deberes asistenciales y cuya infracción es la base del reproche penal. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2016)

De este modo, existe una toma de posición respecto a que los bienes jurídicos no deben consistir en meras normas violentadas cuando aquellas no poseen una concreción material, una lesión o puesta en peligro en la realidad fáctica, pues dicha realidad no está referida a la afectación de un grupo como tal, sino a la de sus integrantes como individuos pertenecientes a un grupo (la familia). Podemos, por ende, identificar un bien jurídico individual afectado.

2.3. La administración de justicia

Una tercera posición, no siempre explicitada, encuentra en el delito de omisión de asistencia familiar un delito que ataca el normal

desenvolvimiento de la administración de justicia o la buena fe procesal (al estilo de un delito de desobediencia a la autoridad). Desde esta perspectiva, el bien jurídico consiste en la irrefragabilidad de un mandato judicial que establece la obligación de prestar alimentos.

Al respecto en el auto de calificación del recurso de casación n.º 1496-2018-Lima, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2019) expresamente identificó al delito de omisión de asistencia familiar como una suerte de delito de desobediencia, al manifestar: «El tipo penal de omisión de asistencia familiar es una forma de desobediencia a la autoridad judicial que determinó el pago de una pensión de alimentos» (considerando 2.4 a).

En el mismo sentido, la Corte en la Revisión de Sentencia n.º 580-2019-Junín, a pesar de no asimilar el delito de omisión de asistencia familiar al delito de desobediencia a la autoridad, parece identificar como bien jurídico protegido a la mera obligación patrimonial impuesta en una sentencia, rechazando la relación de parentesco como relevante en la tipicidad de este. Es así que la obligación establecida por una sentencia, y en tanto aquella exista, sustenta la normativa penal, y su mero incumplimiento fundamenta la sanción penal. Al respecto ha sostenido en el fundamento cuarto:

Es preciso que se omita cumplir la resolución judicial debidamente emitida y puesta a conocimiento del agente para configurar la conducta delictiva. Es un delito de peligro. La víctima no requiere probar que sufrió algún daño con la conducta omisiva del sujeto activo. **Es suficiente que se constate que este último omitió dolosamente su obligación de alimentos, establecida judicialmente, para perfeccionar el ilícito.**

La obligación alimentaria no está determinada, exclusivamente por la relación de parentesco, es decir, porque se trate de cónyuges, ascendientes, descendientes o hermanos, de acuerdo con el artículo 474 del Código Civil.

El aludido vínculo no integra la tipicidad objetiva del delito de incumplimiento de obligación alimenticia. Lo que da lugar a establecer que, incluso, si no se demuestra la consanguinidad entre uno y otro, de todos modos, puede configurarse el ilícito, si la carga de alimentos deviene de lo preceptuado por las instituciones del ordenamiento civil [énfasis añadido]. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2022)

Nótese que lo protegido resulta ser la relación jurídica establecida por una resolución judicial más allá del concepto de familia, definida desde un enfoque en el cual adquiere entidad propia. Tal criterio también fue sustentado en el fundamento 16 del voto discordante de las juezas supremas Pacheco y Aquisé en la Revisión de Sentencia n.º 222-2016-Junín:

No obstante, los mencionados medios de prueba no tienen virtualidad probatoria suficiente para determinar la inocencia del accionante, en tanto que, pese a no ser el padre biológico del menor agraviado, el hecho por el que fue condenado sigue siendo objeto de subsunción típica en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria, previsto en el artículo ciento cuarenta y nueve del Código Penal. Según ya se sustentó, **su consumación no radica en el vínculo biológico con el acreedor alimentario, sino en el incumplimiento doloso de lo ordenado mediante una sentencia con carácter de cosa juzgada que fijó la prestación de alimentos** [énfasis añadido]. Para que dichos medios de prueba surtan efecto y acrediten su inocencia, deben haber tenido eficacia probatoria en el proceso civil que determinó la obligación alimentaria, cuya decisión no puede ser anulada en sus efectos en sede penal. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2020a).

En concordancia con lo dicho, se tiene el siguiente fundamento expuesto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Revisión de Sentencia n.º 85-2016-Huancavelica:

6.1. El delito contra la familia en la modalidad de omisión a la asistencia familiar, por el que fue investigado y sancionado el demandante se configura cuando el agente dolosamente omite cumplir con la obligación de prestar alimentos fijada previamente en una resolución judicial firme emitida en la vía civil. **El tipo penal no solo exige la identificación de una relación biológica de parentesco de padre-hijo entre el imputado y el agraviado (imputado/víctima); sino que, además, de la misma debe surgir una obligación alimentaria reconocida y declarada por autoridad judicial competente [énfasis añadido], la cual el agente incumple dolosamente.** (Corte Suprema de Justicia de la República, 2017)

Por lo expuesto, lo que estaríamos protegiendo es una sentencia que impone una obligación alimentaria, no necesariamente proveniente de una relación de familia, ni tampoco resulta esencial dicho concepto para la configuración del delito, ni jurídico, ni sociológico. El vínculo jurídico adquiere entidad propia y se vuelve merecedor de protección penal desde que él mismo ha sido fijado por una sentencia judicial. La consecuencia lógica de ello es que el bien jurídico protegido se vuelve la administración de justicia.

3. DELITO DE OMISIÓN PROPIA O IMPROPIA

La mayor parte de la doctrina sostiene que el delito bajo análisis es un delito de omisión propia, dado que el mandato ordenado, e incumplido, se efectiviza en el verbo típico receptado por la norma (no cumplir), o bien porque se encuentra expresamente tipificado. Otros, en cambio, lo identifican como un delito de omisión impropia, dada la posición de garante del obligado alimentante establecida por la norma y que hace a la estructura de este tipo de delitos.

Sobre este punto, la doctrina ha utilizado distintos criterios definitorios para diferenciar una omisión propia de una impropia, a saber:

- Desde una concepción, se ha llamado a los delitos de omisión impropios como delitos de comisión por (o mediante) omisión. Estos se han definido, en realidad, como comisivos, o asimilables a tal, y se ha utilizado la omisión solo como un medio para cometerlas (con ello se ha violentado en realidad una norma prohibitiva). Por ende, se ha presentado parte de la estructura de los tipos comisivos, a diferencia de los delitos propios de omisión, donde la acción consiste en sustraerse de una norma imperativa.
- Otros autores colocan la nota distintiva en el sujeto activo. Los delitos de omisión propia son aquellos en donde cualquier persona que se encuentre en la situación típica puede resultar alcanzada por la norma imperativa, mientras que los delitos de omisión impropia son *delicta propria*, en donde el sujeto activo se encuentra en una «posición de garante» solo a partir de determinados supuestos (la ley, un hecho previo, un contrato, etc).
- Existe, por otra parte, la posición que coloca la nota distintiva en el resultado del tipo penal, y sostiene que los delitos propios de omisión no requieren la evitación o la lesión al bien jurídico, se acaba el delito con la violación al mandato de acción de la norma; en tanto que los delitos de omisión impropia requieren evitar la producción del resultado.
- Finalmente, otros identifican la esencia de la impropiedad en el aspecto formal, esta reside en la falta de tipificación del delito de omisión por la ley penal y resulta una tarea de construcción su estructura típica.

Asimismo, podemos identificar tres supuestos respecto a la tipificación de los delitos impropios de omisión: no se encuentran tipificados; se encuentran tipificados, pero tan solo con una cláusula general; se encuentra tipificada la posición de garante que sustenta la norma imperativa y configura el tipo objetivo. Respecto

a las primeras dos circunstancias, doctrinariamente se discute la validez constitucional de dicha práctica legislativa, por resultar una construcción por analogía del tipo penal que debe realizar el juez, la cual no queda salvada de inconstitucionalidad, dado que la analogía no deja de ser tal porque la ley la habilite (Zaffaroni et al., 2006, p. 448). Es importante recordar que en nuestro régimen jurídico la figura de la omisión impropia se encuentra contemplada a través de la cláusula genérica establecida en el artículo 13 del Código Penal.

No obstante la expresa mención de la omisión impropia para la construcción de tipos penales omisivos no escritos, también existen en la norma tipos penales de omisión impropia escritos si colocamos en el autor la norma distintiva entre las dos especies de delitos omisivos. En dicho sentido, y conforme una de las definiciones realizadas, se puede identificar al tipo de omisión de asistencia familiar como un delito de omisión impropia escrito, donde existe un vínculo entre el bien jurídico y el autor del delito generado por su posición de garante derivada de la ley (la obligación alimentaria) y de una conducta precedente (la responsabilidad parental). Bajo esta postura, la posición de garante encuentra su origen en la patria potestad, y las obligaciones que de aquella surgen (específicamente la de prestar alimentos). En cambio, desde una perspectiva formalista, este delito resulta ser de omisión propia, dado que su estructura típica está expresamente establecida y descrita en la norma.

Una discusión más acuciante en este punto será dilucidar si el tipo penal requiere un resultado o peligro que deba ser demostrado en el mundo fáctico, o bien no. Desde un derecho penal protector de los bienes jurídicos, y entendiendo al resultado como la afectación a un bien jurídico, para que exista armonía con el principio de lesividad, el delito bajo estudio requerirá una lesión, o al menos puesta en peligro, concreta o abstracta, sobre el bien jurídico protegido. Una interpretación que postule un divorcio entre la realidad

y la construcción del tipo penal, que prescinda del bien jurídico protegido, debe ser rechazada a la luz de los principios constitucionales que rigen la materia.

Según si se entiende que el tipo penal resulta ser de omisión propia o de omisión impropia, la estructura típica del delito contendrá diferentes elementos. Si comprendemos que el delito de omisión de asistencia familiar es un delito de omisión propia, para la mayor parte de la doctrina estaría conformado por tres elementos objetivos esenciales: «1) Situación típica generadora de un deber de actuar; 2) No realización de la acción mandada; 3) Posibilidad material de realizar la acción» (Molina, 2013, pp. 212-213).

Los delitos de omisión propia son entendidos, para quienes sostienen esta estructura típica, como delitos de mera actividad, o equiparables a estos, en tanto no es necesario un resultado para la configuración típica (razón por la cual no se requiere la producción del resultado, ni el nexo de evitación entre la omisión de la conducta ordenada y dicha lesión o puesta en peligro del bien jurídico).

En cambio, si entendemos que el tipo penal resulta ser de omisión impropia, los elementos objetivos esenciales del tipo serían: «1) Situación típica generadora de un deber de actuar; 2) No realización de la acción mandada; 3) Posibilidad material de realizar la acción; 4) Producción del resultado típico; 5) Nexo de evitación y 6) Posición de garante» (Molina, 2013, p. 213).

Dado que dentro de nuestro criterio estos delitos, así como todos, requieren una afectación a un bien jurídico, en función del principio de lesividad, no podríamos sostener que tenemos que desprendernos totalmente del resultado y del nexo de evitación para los tipos penales omisivos; de manera que dicha estructura puede resultar no del todo correcta, y distintas han sido las propuestas para evitar el divorcio entre los tipos penales de omisión propia y el resultado lesivo que requiere todo tipo penal para que aquel no resulte cuestionable en cuanto a su constitucionalidad.

4. EL TIPO OBJETIVO

Conforme a lo que hemos planteado, realizaremos una descripción de los elementos del tipo objetivo y las principales problemáticas que presenta en los delitos de omisión de asistencia familiar.

4.1. En búsqueda de la lesión al bien jurídico en los delitos de peligro abstracto

Una propuesta para incorporar la lesividad a los delitos omisivos se encuentra vinculada con introducir el elemento resultado a través del análisis *ex post* de la acción mandada, y si esta efectivamente habría podido evitar el resultado lesivo. En estos casos se puede prescindir el tratar de manera conjunta los elementos de posibilidad objetiva de la acción y la causalidad en la omisión, pues aquellos se sobreponen al análisis de la potencialidad *ex post* lesiva de la omisión. Al respecto, Jakobs y Struensee (1998) señalan que

La posibilidad individual de realizar la acción posible en concreto se sigue situando aún como requisito independiente, junto a la denominada causalidad de la omisión. Pero en el ámbito objetivo, la cuestión de la causalidad de la omisión es idéntica a la cuestión de la posibilidad objetiva de la acción. La denominada causalidad de la omisión —adaptando la teoría de la equivalencia— se indaga sobre la base de una hipótesis: ¿habría evitado el resultado típico la acción posible para el obligado? Con lo cual se pone de manifiesto que es absurdo considerar como requisitos cumulativos (distintos) la cuestión de la posibilidad objetiva de la acción y la de la causalidad de la omisión. (p. 81)

De este modo, el resultado también tendrá una incidencia en estos casos, con ello se respetará el principio de lesividad. En dicho sentido, efectuando un análisis *ex post*, si la omisión mandada de todos modos no podría haber impactado en el resultado, puesto que ninguna acción del sujeto lo habría impedido, no existiría una omisión de evitación del resultado.

No obstante lo mencionado, nos parece que en realidad estas categorías deben permanecer incólumes en la estructura típica de los delitos de omisión propia. Por tal motivo, utilizar un análisis *ex ante* para los delitos de omisión propia, y un análisis *ex post* para los delitos de omisión impropia resulta lo más adecuado para el estudio de los tipos omisivos. De ello no se origina necesariamente un abandono del resultado lesivo en los casos de delitos omisivos propios; los delitos de omisión propia son de peligro abstracto, y los de omisión impropia, de resultados.

Sobre el particular Zaffaroni et al. (2006) sostienen:

el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente, y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que solo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que, en estos últimos, siempre debe haber existido una situación de riesgo, de lesión en el mundo real. (p. 375)

En concordancia con ello, se han elaborado distintas fórmulas que receptan la lesividad del injusto penal en los delitos de peligro abstracto. Específicamente, dentro de estos, se pueden diferenciar los delitos de aptitud abstracta, también llamados de «peligro abstracto concreto» por Schröder (1967, citado por Cerezo, 2002, p. 48), y los delitos de «peligro abstracto puros» (ambas especies del mismo género).

En los primeros debe verificarse esta categoría relativa a la idoneidad *ex ante* para generar el resultado lesivo, prescindiendo incluso de que el bien jurídico efectivamente llegue a entrar en el radio de acción; lo importante es que el resultado aparezca como no absolutamente improbable, vale decir, la acción era peligrosa (Cerezo, 2002, p. 49). En cambio, para los segundos, existe total ausencia de aptitud lesiva de la acción sobre el bien jurídico. Es decir, en estos delitos, para un espectador objetivo, *ex ante*, la

acción no tiene potencialidad por sí misma para producir la lesión del bien jurídico (existe una mera subsunción en la descripción del tipo legal).

Mientras los primeros pueden ser aceptados, porque existe una vinculación entre la acción y el resultado, en el caso del segundo ello aparece como desvinculado, pues el tipo penal exige una mera adhesión a la norma violentada (un delito de mera desobediencia a la ley). Hasta cierto punto, podemos denotar la diferencia en el grado de probabilidad de concreción de dicho peligro en un resultado. Mientras que en el primero se nos aparece como posible, en algún punto y desde una perspectiva *ex ante*, en el segundo se nos aparece como cuasinulo.

Una fórmula parecida a la mencionada ha sido la de peligro abstracto formal y peligro abstracto material, los primeros tipos penales son aquellos que no afectan bien jurídico alguno desde las reglas de la experiencia, mientras que las segundas sí. En dicho sentido, hay un análisis de la idoneidad del peligro.

A modo de ejemplificar lo dicho, la tenencia de un arma de fuego guardada en un cajón de una casa sin la debida autorización muy improbablemente tenga la potencialidad de colocar en riesgo bien jurídico alguno, la norma penal impone una mera adhesión a la prohibición de no portar armas sin autorización; desvinculación del resultado que sería del todo inadmisibles para un derecho penal respetuoso del principio de lesividad. En cambio, conducir en estado de ebriedad y por el carril de sentido contrario constituye una acción peligrosa, aún si en concreto en ese momento no transitaban vehículos ni personas por el lugar (hecho que podría aparecer como plausible).

En el caso analizado, la omisión de asistencia familiar, en principio, aparece como un delito de peligro de aptitud abstracta, o bien llamado de peligro abstracto concreto, en tanto resulta plausible la

potencialidad dañosa para la integridad personal del alimentista, más allá de que en concreto alguien pueda estar supliendo dicha necesidad (por ejemplo, el otro progenitor, otros familiares, o incluso allegados del alimentista). En vista del principio de confianza, no debe proponerse, en el lugar del obligado, y desde un análisis *ex ante*, que alguien más cubrirá su obligación de alimentos como algo absolutamente probable (ya que dichos agentes estarían realizando una acción de manera voluntaria y hasta fuera del rol normativo, pues el cuidado del alimentista, en el caso de los progenitores, les corresponde a ambos y no exclusivamente a uno solo de ellos).

4.2. El «estado de necesidad» entendido como «riesgo alimentario»

Si entendemos que el marco protector del delito bajo análisis apunta a la protección de la familia, consistente en brindar la mínima asistencia a aquel sujeto, dentro de su seno, que posee un estado de necesidad del cual debemos ocuparnos, será necesario introducir como elemento objetivo del tipo penal el «estado de necesidad» del alimentista entendido como el riesgo alimentario.

En estos casos se requiere la amenaza de afectación al bien jurídico, la cual en realidad, casi siempre, se encontrará acabada con la falta de pago de la pensión.

En cuanto a la probanza del vínculo entre el accionar y el peligro generado, el solo hecho de existir un alimentista que impulsa el cumplimiento de una pensión de alimentos puede resultar prueba suficiente, con el grado de presunción *iuris tantum*, de que aquel está en riesgo alimentario, ya sea este real o en abstracto concreto. Dado que la norma, en el caso del menor de edad o del mayor de edad que no se encuentre en aptitud de atender a su subsistencia por causa de una incapacidad física o mental, los considera inhabilitados, sea total o parcialmente, del ejercicio comercial y laboral,

supuesto totalmente distinto al del alimentista mayor de edad que se encuentra cursando estudios exitosos, lo que será profundizado como tema aparte.

En este sentido, respetando el *telos* de la norma, siempre se presupone el peligro alimentario. Es así que, para los menores de edad, entendiendo que se encuentran en pleno desarrollo y no tienen desplegadas aún todas sus capacidades para enfrentar por sí mismos el mundo laboral, la norma confiere la obligación de asistencia a los progenitores. Sobre este punto, debemos recordar que en realidad no se trata de una presunción *iuris et de iure*, dado que estas no resultan admisibles para el derecho penal (Zaffaroni et al., 2006, p. 375) (aunque puedan llegar a existir en el derecho civil para dar por acreditado el estado de necesidad), sino que más bien es una consecuencia del mismo marco regulatorio.

Con base en lo señalado, podemos afirmar que el ordenamiento jurídico tiene una función de orientación y organización social. La sociedad organizada posee como proyecto de vida modelo que, previo a los dieciocho años, el individuo se desarrolle física y psíquicamente, y atravesase una formación académica, civil y profesional que lo prepare para la vida en comunidad, a través de determinadas habilidades sociales y laborales que se espera que adquiera en dicho período de formación. Es por ello que el ordenamiento jurídico le asigna derechos y obligaciones bien diferenciados que funcionan de facilitadores para esta formación, y al mismo tiempo constituyen obstáculos, desde un punto de vista jurídico, para un desenvolvimiento en la vida adulta a la cual no está llamado a transitar aún. En dicho sentido, la responsabilidad penal de los menores de dieciocho años es diferencial, se establece la obligatoriedad de la escolarización del menor, este todavía no posee derechos electorales, aún no tiene plena capacidad para suscribir un contrato laboral no formativo. La responsabilidad por los daños contractuales, laborales y penales es más agravante cuando la víctima es un

menor (adicionalmente por la menor capacidad que se presume de este, frente a una asimetría de poder respecto a la contraparte mayor de edad). Es por todo ello que, sin realizar una presunción *iuris et de iure*, en concreto, dentro de nuestro régimen jurídico, el menor de edad es una persona desprotegida, incapacitada aún para desplegar todas las facultades civiles y laborales que lo conduzcan a la obtención de una seguridad alimentaria plena, a diferencia de un mayor de edad capaz, quien normativamente se encuentra habilitado para desempeñarse en dichos ámbitos.

El menor posee, conforme a sus capacidades diferenciadas, menos derechos para ejercitar su vida laboral y social que los mayores de edad (todo ello sustentado en la necesidad de que sus esfuerzos se concentren en su pleno desarrollo), por lo que dicha vulnerabilidad no resulta presunta, sino establecida por ley. De otra parte, en el caso del hijo mayor de edad incapaz, existen determinadas causales que pueden ser temporales o permanentes, que le impiden el ejercicio de sus capacidades para asegurar su medio de vida.

Es por todo ello que el estado de necesidad juega acá el papel de delimitar un aspecto de la realidad especialmente conflictivo, consistente en cubrir las necesidades básicas de quien, por su propia cuenta, no logra alcanzar dicho objetivo; y sobre este, a nivel penal, existe una presunción *iuris tantum* que surge del propio ordenamiento jurídico y del hecho que petitionó una pensión de alimentos en el marco de un proceso civil.

El estado de necesidad en este delito siempre debe ser material y nunca espiritual o moral. El hecho no se basa en un simple abandono del vínculo afectivo, sino en la desprotección alimentaria consistente en dejar de pagar los alimentos a un individuo que fácticamente, y por ley, posee menos capacidades para valerse por sí mismo.

4.3. El sujeto activo

El tipo penal de omisión a la asistencia familiar es un *delicta propria*, dado que aquel solo puede ser cometido por ciertas personas (en contraposición de los *delicta comunia*, que puede cometerlos cualquiera).

En este tipo penal pueden existir dos posturas respecto a la identidad del sujeto activo. Si entendemos que el delito de omisión a la asistencia familiar es un especial delito de desobediencia agravado, entonces el sujeto activo será aquel que incumpla una sentencia de obligación alimenticia.

En cambio, si entendemos que el tipo penal es un delito que protege a bienes jurídicos del alimentista, o de la familia a la cual pertenece, el sujeto activo será aquel que, en función del vínculo familiar, se encuentra obligado a pagar una pensión de alimentos.

En definitiva, la respuesta se encontrará en el pragma conflictivo que abarca la norma. Se está penalizando el hecho de no cumplir con la pensión de alimentos debida en favor del alimentista y en función de la relación familiar preexistente, o se desea penalizar el incumplimiento de una sentencia judicial.

Dado que desde nuestra concepción es un delito que nace del vínculo familiar, para que el obligado revista la calidad de sujeto activo, necesariamente debe existir un vínculo familiar. En el caso de las relaciones paterno-filiales, al ser el riesgo alimentario del alimentista el bien jurídico afectado, la vocación alimentaria del padre sustenta el tipo penal. El obligado posee una obligación en función de que se encuentra ligado al sujeto alimentante, ya sea mediante un vínculo biológico o jurídico familiar, debemos presuponer que el tipo penal exige la comprobación de dicho vínculo familiar para que aquel quede configurado.

Será precisamente el ejercicio de la decisión procreacional, o de adopción, uno de los fundamentos que sustenta la posición de

garante del obligado frente al alimentista. De manera tal que, aún si no consideramos que el tipo penal resulta ser un delito de omisión impropia, se introducen estos elementos para acreditar la calidad que requiere el sujeto activo, no existe por ello mayor diferencia en este punto respecto al delito de omisión propia.

4.3.1. El problema de la impugnación de paternidad

Nos detendremos brevemente sobre este punto, que bien puede ser objeto de una investigación más profunda, en vista de la gran confusión e incluso contradicción que existe en la jurisprudencia sobre cuál debería ser el proceder del aparato punitivo frente a la impugnación de la paternidad basada en una prueba de ADN que acredita la inexistencia del vínculo biológico entre el imputado y la parte agraviada.

Cuando nos encontramos frente a una sentencia que reconoce o extingue un estado de familia paterno filial consanguíneo, este nunca resulta ser constitutivo, sino meramente declarativo. Las sentencias declarativas, a diferencia de las constitutivas, tienen efectos retroactivos al momento en que se produce la relación jurídica que aquella reconoce o desconoce (Belluscio, 1974, pp. 81-83). A tal conclusión también llegó la Corte Suprema en la Casación n.º 2151-2016-Junín, último párrafo del fundamento sexto, donde señala expresamente:

En ese orden de ideas, el reconocimiento deviene en un acto declarativo, de eficacia retroactiva, ya que el reconocido es considerado como hijo desde la concepción y no desde el momento en que este se efectúa, por lo que al invocar la anulación o impugnación del reconocimiento se retrotraen los efectos. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2018)

En dicho sentido, si existe una circunstancia que aún no ha sido resuelta, a los fines declarativos, por medio de una sentencia judicial respecto al estado de familia, ello no significa que este no

se ha visto modificado. Por tal motivo, cuando se impugna en sede civil un estado de familia, y se plantea como argumento de defensa en sede penal, este debe ser receptado, pues no se puede imponer una obligación propia del estado de familia a aquella persona que ya no se encuentra alcanzada por aquel. Cabe precisar que la sola existencia de una prueba de ADN no desvincula a la persona de la relación familiar, sino que esta debe exteriorizar su voluntad denunciando el vicio en el acto de reconocimiento.

El problema deviene en el hecho de conciliar la comunicación existente entre los institutos de fondo con institutos de forma, en donde el conflicto social que recepta la norma penal puede ser cambiante. El presente caso podrá ejemplificar dicha situación. Supongamos que un progenitor fue engañado y se entera de que en realidad el hijo extramatrimonial reconocido no resulta ser de su consanguinidad, lo cual motiva una acción de impugnación de la paternidad. Dicho progenitor, al mismo tiempo, es imputado por el delito de omisión a la asistencia familiar por la falta de pago de una deuda alimenticia. El juez penal competente decide absolverlo, al resultarle contundente la prueba presentada para acreditar que dicho hijo no es suyo, y que aquel desconocía por completo tal situación, puesto que ni bien tomó conocimiento del hecho, decidió entablar la acción pertinente. Posteriormente, luego de la sentencia absolutoria, el imputado cambia de parecer respecto al proceso iniciado en sede civil y decide desistir de la pretensión. Como consecuencia de ello no se encuentra conmovido su estado familiar y, por ende, permanece invariable su estatus de progenitor (que a su vez no podrá volver a cuestionar), y específicamente de progenitor obligado a pagar una pensión de alimentos. A su vez, en función de la garantía *ne bis in idem*, no podrá volver a ser procesado ni mucho menos condenado por el hecho del cual fue absuelto.

La finalidad de la norma es desmotivar el actuar del progenitor que incumple su obligación alimentaria, pero por otra parte el estatus de progenitor puede verse conmovido en un determinado plazo,

en aquellos casos donde toma conocimiento de que en realidad no resulta ser el padre de su hijo, y actúa conforme a ello incoando la acción respectiva. En realidad, en el caso bajo estudio, podríamos sostener que la decisión no resulta negativa si se tiene en cuenta que, adicionalmente, el potencial error en el cual incurrió el progenitor que desconocía no ser el padre fue motivado en razón del engaño sufrido por el otro progenitor, de lo cual no puede resultar una consecuencia penal. Asimismo, al descubrirse este engaño, el progenitor engañado que exhibe judicialmente su voluntad de desvincularse del estado de familia, no debe sufrir una pena vinculada a una obligación que surge de un reconocimiento viciado. En todo caso, si aquel decide desistir de la pretensión, y por ende quedar definitivamente constituido en calidad de padre, ello debe tener consecuencias penales solo *a posteriori* (para las subsiguientes pensiones de alimentos), de modo que el derecho penal no se vuelva un instrumento de una acción disvaliosa (la del progenitor que engaña).

No obstante lo expuesto, si la impugnación de paternidad constituyó una herramienta para torcer la decisión judicial, cuando en realidad de antemano conocía sobre la inexistencia de la relación genética y su intención nunca fue colocar en crisis su estado de familia, sino simplemente deshacerse de la responsabilidad penal, su actuar puede resultar subsumido en el delito de fraude procesal. Sin embargo, por el principio de confianza que debe regir en la materia, inicialmente y sin mayor sustento, no podemos asumirlo como un mecanismo de desvinculación del proceso penal, pues ello implicaría suponer que la persona estaría cometiendo fraude procesal sin poseer indicios que nos conduzcan a dicha presunción (una inversión del principio de inocencia). En consecuencia, la absolucón podría sustentarse únicamente en el *in dubio pro reo* respecto al estado de familia, del cual surge la obligación alimentaria, y no de la certeza de su no existencia.

Finalmente, otra institución procesal que puede servir para evitar dicho problema sería la suspensión de la prescripción de la acción penal, entendiendo que la continuación del proceso penal depende de lo que se resuelva en sede civil, ello conforme al artículo 84 del Código Penal, por lo que, de plantearse una cuestión prejudicial, esta deberá ser amparada. Decisión que resultaría conforme al principio de legalidad y de seguridad jurídica que aquel debe seguir; impidiendo así una sentencia que podría llegar a ser contradictoria, e impulsar una acción penal en contra de una persona que no solo es inocente, sino que adicionalmente sería víctima de un hecho ilícito. Más aberrante que dejar impune a una persona que trata de eludir la responsabilidad penal a través de determinados institutos procesales, es perseguir y condenar a una persona que resulta inocente. En dicho sentido, institutos como el recurso de revisión no están pensados para ser aplicados frente a hechos que son perfectamente predecibles y cognoscibles durante el proceso, sino más bien para hechos sobrevinientes.

4.4. El sujeto pasivo

Respecto al sujeto pasivo podemos adoptar distintos criterios según cuál sea el bien jurídico que entendamos protegido por el tipo penal de omisión de asistencia familiar. Dentro de las posturas formuladas podemos identificar a dos sujetos colectivos (el Estado y la familia) y uno individual (el alimentista).

Si entendemos que el bien jurídico protegido es la administración de justicia, o la institución de la familia, el sujeto pasivo será la sociedad en su conjunto, el Estado es su titular.

En cambio, si entendemos que el bien jurídico protegido es la organización familiar sobre la cual el alimentista es integrante, o el patrimonio familiar, el sujeto pasivo será la familia en cuanto conjunto de integrantes unidos por relaciones familiares.

Finalmente, si identificamos el bien jurídico protegido en la seguridad alimentaria (integridad personal), o incluso en el patrimonio del alimentista, el sujeto pasivo será el alimentista.

También podemos identificar a aquellos que definen al tipo penal de omisión de asistencia familiar como un delito pluriofensivo, de modo tal que el sujeto pasivo puede ser una combinación entre estos tres sujetos: el Estado, la familia y el alimentista.

4.5. La capacidad de obrar

Un tema adicional sobre el tipo penal resulta ser la acreditación de la capacidad de obrar por parte del sujeto activo. En este sentido, la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario Extraordinario n.º 2-2016/CIJ-116 ha expresado que

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». (Corte Suprema de Justicia de la República, 2016, f. j. 15.º)

Este elemento del tipo penal también ha sido denominado en la Revisión de Sentencia n.º 154-2019-Lima como la «posibilidad psicofísica de realizar la conducta ordenada» (Corte Suprema de Justicia de la República, 2020b, considerando octavo).

Tal criterio ha sido precisado por la Corte al calificar el recurso de casación n.º 1496-2018-Lima, indicando textualmente:

d. La justicia penal, luego de la comunicación oficial respecto al incumplimiento del pago de la pensión de alimentos, no es la idónea para una en la que se analice la situación económica del imputado y revocar o dejar sin efecto un fallo expedido en sede civil, **salvo imposibilidad material de hacerlo** [énfasis añadido], la cual no fue probada durante juicio. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019, considerando segundo)

Por lo expuesto, la jurisprudencia ha restringido el análisis en el proceso penal, no a la capacidad económica concreta para cumplir con la obligación alimentaria, sino a la potencialidad de que esta pueda ser cumplida. En tal sentido, solo podría eximirse de su responsabilidad penal por la imposibilidad material de cumplimiento debidamente acreditada y no así, por ejemplo, por la insolvencia generada de su propio actuar. Ello guarda coincidencia con la teoría de la *actio libera in causa* y que además podría constituir un agravante en caso se demuestre que actuó de manera dolosa para perjudicar al alimentista.

A modo de ejemplo de imposibilidad material, podemos mencionar la sentencia de la 3.^a Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el Expediente n.º 02945-2016-24-0401-JR-PE-01, que declaró infundada la apelación del Ministerio Público y confirmó la sentencia absolutoria en un caso donde el acusado demostró objetivamente que padecía una discapacidad de carácter permanente a causa de un accidente, por lo cual estaba impedido de cumplir con la obligación alimenticia.

Otra problemática que podemos traer a colación en cuanto a la capacidad de obrar, está en función del bien jurídico protegido, ello se puede advertir en el supuesto de una sentencia de la cual el sujeto activo no había tomado conocimiento. En el caso de que lo central sea el incumplimiento de la sentencia que impone la obligación, podemos concluir que no se encuentra acreditada su capacidad de cumplimiento si aquel demuestra que efectivamente nunca ha podido ser notificado de esta, lo cual vuelve atípica la acción, por carecer de un elemento objetivo del tipo penal. En cambio si lo central resulta ser la asistencia familiar, pese a que el sujeto activo no haya sido debidamente notificado, si aquel nunca asistió al alimentista, quedará acreditada su capacidad de asistencia dado que su obligación era previa a la sentencia, y aquella solo constituye un elemento normativo de recorte. El tema resulta particularmente

complejo debido a que en la práctica judicial algunos imputados alegan que recién toman conocimiento de la sentencia de alimentos cuando son requisitorizados en el proceso penal, pese a que en sede civil se les tuvo por bien notificados.

4.6. La resolución judicial

El tipo penal recepta como elemento normativo de recorte que la obligación de alimentos haya sido fijada por una resolución judicial. Cabe precisar que el término «resolución» refiere únicamente a «autos» y «sentencias», estas son las únicas resoluciones que requieren motivación, a diferencia de los decretos de mero trámite y, por ende, pueden establecer el pago de una obligación alimentaria.

Al respecto, de lo señalado por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Casación n.º 1977-2019 Lima Norte, se desprende que además de la resolución que establece la obligación alimentaria, como puede ser la sentencia, para que se configure el delito, debe haberse incumplido una resolución que requiera el pago de las pensiones adeudadas notificada al demandado bajo apercibimiento de denuncia penal. En tal sentido, también podemos citar el siguiente fundamento de la misma Sala Penal en la Revisión de Sentencia n.º 154-2019-Lima:

Decimosexto. Ahora bien, como se señaló previamente, se aprecia que la decisión judicial que establece la pensión de alimentos que deberá abonar el demandante no es aquella que motiva (ante su incumplimiento) la comisión del delito materia de autos, sino que se requiere para ello la existencia y aprobación de una liquidación de alimentos devengados y que deban ser requeridos al obligado para su cumplimiento. Siendo así, **recién con el incumplimiento de este requerimiento** se habrá configurado el delito de omisión de asistencia familiar. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2020b).

Una crítica que suele hacerse es que se estarían agregando más elementos al tipo penal de los señalados en el artículo 149 del Código Penal, puesto que además de la resolución que establece la obligación alimentaria, se añade que debe existir una resolución que requiere el pago de los devengados bajo apercibimiento expreso de denuncia penal. Al respecto se puede objetar que la sola existencia de la sentencia hace que el progenitor obligado tenga conocimiento de la obligación a su cargo y del delito en que ha incurrido por su incumplimiento. Sin embargo, entendemos que la resolución que aprueba el monto de la liquidación y requiere el pago sirve como una suerte de recorte a fin de que el demandado tome conocimiento del monto total que adeuda y que deberá abonar dentro de un determinado plazo para no ser procesado penalmente, convirtiéndose así en una forma de agotar los mecanismos civiles antes de acudir a la vía penal que, como señalamos, resulta de *ultima ratio*.

5. ALGUNOS PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

Si, por un lado, el peligro sobre el bien jurídico debe ser consecuencia del accionar delictivo, también lo tiene que ser en términos de reprochabilidad jurídica (según una consideración valorativa). De este modo, tendremos determinados supuestos tratados bajo la teoría de la imputación objetiva, no obstante haber quedado configurado el tipo penal objetivo sistemático, que puede no resultar imputable al sujeto activo en términos de producción de un peligro no permitido concretizado en un resultado. Otros autores como Zaffaroni et al. (2006) en su lugar introducen un nuevo marco analítico llamado «función conglobante» del tipo objetivo, en el cual receptan dichos supuestos como casos en donde existe ausencia de lesividad en el resultado, o dominabilidad del curso causal por parte del sujeto activo (pp. 454-455). Al requerir en el tipo penal

en cuestión un peligro abstracto concreto, como fuera desarrollado, analizaremos algunos supuestos donde se puede discutir si la acción típica resulta objetivamente imputable al autor de esta.

5.1. El caso del alimentista sostenido económicamente por otras personas

Este supuesto resulta ser, en realidad, un falso caso de falta de lesividad, pues la afectación al bien jurídico consiste en colocar en riesgo alimentario al alimentista, más allá de que en concreto alguien pueda estar supliendo dicha necesidad (ya sea el otro progenitor, un familiar o un tercero ajeno). Al ser dicha acción del todo voluntaria y discrecional, en nada puede meritarse para evaluar el riesgo alimentario. Vale aclarar que aún si la persona que esté haciéndose cargo de los gastos del alimentista fuese millonaria, ello no podría interpretarse como una eliminación del peligro descrito, dado que dicha persona no se encuentra obligada a cubrir lo que el progenitor obligado no paga y por ende no resulta absolutamente improbable el cese de dicha acción, permaneciendo incólume el estado de riesgo alimentario.

Tal como señalamos, no debe de suponerse, desde un análisis *ex ante*, que alguien más cubrirá la obligación de alimentos como algo absolutamente probable, por lo que el peligro abstracto aún en estos casos se encuentra acreditado.

5.2. El caso del alimentista mayor de edad y capaz

Como venimos sosteniendo, el delito de omisión de asistencia familiar no recepta cualquier conflicto de pensión de alimentos, ni de obligación civil, sino uno muy específico que surge del estado de necesidad que no ha sido atendido por el obligado a pagar por sentencia judicial. Dicho estado de necesidad, como fuera mencionado, se encuentra acreditado en el juicio de alimentos, por el hecho de la minoridad, o en el caso del mayor de edad, por haber

acreditado su discapacidad física o mental que no le permite asumir su sostenimiento material.

No obstante lo mencionado, existe otra pensión de alimentos regulada por el Código Civil para las relaciones paterno-filiales, que no encuentra su sustento en estado de necesidad alguno, y por ende su determinación no surge de este. En un anterior trabajo de investigación (Baldino y Romero, 2021), por medio de una interpretación sistemática, teleológica y gramatical de la norma, se planteó que el fundamento de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de dieciocho años que cursan estudios exitosos, no se encontraba en el estado de necesidad, pues estos sí se hallan en capacidad de incorporarse al mercado laboral y hacerse de los bienes para la satisfacción de sus necesidades. Se trata en realidad de una asignación de dinero destinada al fomento de la formación superior, por lo que su cuantificación tampoco se realiza basándose en estado de necesidad alguno, sino que se fija en función de criterios académicos y circunstancias de vida en los cuales se dé dicha formación.

Puesto que la norma penal no ha querido regular el fomento a la educación superior, sino superar el estado de necesidad presente o potencial de un miembro del grupo familiar, asumiendo este como el bien jurídico protegido, desde una interpretación teleológica de la norma, no podemos encontrar respaldo para sostener la configuración del delito de omisión en estos casos.

En el supuesto descrito, frente al desentendimiento del progenitor obligado, el alimentista mayor de edad se encontraría en posibilidad de buscar alguna fuente de ingresos y en el peor de los casos ello podría perjudicar su rendimiento académico u obligarlo a abandonar los estudios; sin embargo, de entender que dicho perjuicio debe ser evitado por medio de la persecución penal, estaríamos incorporando a la «formación educativa» como una suerte

de bien jurídico que puede ser objeto de protección con la tipificación del delito analizado, con lo cual se va diluyendo cada vez más el sentido de la norma.

Adicionalmente, la protección jurídica debe ser brindada siempre teniendo en cuenta la característica de subsidiariedad del derecho penal, puesto que, en primera instancia, es una tarea regulatoria de las otras ramas del derecho y solo reservada al campo penal allí donde la gravedad de los supuestos lo ameriten. En consecuencia, aquellos casos donde no se otorgan los recursos necesarios para fomentar la educación de una persona mayor de edad, capaz de valerse por sí misma, no reúnen los requisitos necesarios para justificar la intervención penal.

Asimismo, aún si consideráramos algún estado de necesidad subyacente en dicha obligación alimentaria, en estos casos resulta aplicable el principio de insignificancia penal como principio que hace a la entidad de la lesión que se persigue; no existiría, por ende, un conflicto penalmente relevante. Ello se relaciona con el principio *minima non curat praetor*.

El problema descrito puede complejizarse todavía más, esto debido a que en la actividad judicial una de las principales causas de saturación procesal en los juzgados de paz letrado puede ser atribuida a la gran cantidad de expedientes sobre alimentos que inician cada mes, aunado a que su tramitación no concluye con la sentencia, sino que su ejecución continúa hasta que se emite una sentencia de exoneración de alimentos, ello al amparo del artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, posición aceptada de forma unánime en el acuerdo del Pleno Jurisdiccional Distrital Familia Civil 2018 realizado en la Corte Superior de Justicia de Áncash.

En este supuesto tenemos a la sentencia de alimentos que se fijó cuando el alimentista era menor de edad y que continúa ejecutándose cuando este adquiere la mayoría de edad. En dicho proceso el alimentista únicamente se apersona con arreglo a ley subrogando

al progenitor que lo representaba; aunque no se verifica si se encuentra dentro de alguno de los supuestos establecidos legalmente para que continúe vigente la obligación alimenticia, con lo cual se deja expedito su derecho para continuar exigiendo que se liquiden las pensiones que se devenguen posteriormente, se aprueben estas y se requiera su pago bajo apercibimiento de denuncia penal. En tal sentido, se podría condenar al progenitor obligado, en mérito únicamente a la existencia de una sentencia de alimentos y no a que realmente subsista el derecho del alimentista mayor de edad.

La discusión en este punto se centra en cuál debería ser el proceder de la fiscalía y los órganos jurisdiccionales, en tanto, si se toma como bien jurídico afectado a la administración de justicia, el solo hecho de incumplir la resolución judicial dará lugar a que se proceda penalmente. No es poco usual que los juzgadores argumenten que no pueden analizar aquello que en la vía civil no ha sido objeto de discusión o no ha quedado sin efecto; no obstante, se estaría confundiendo la finalidad de los procesos. En el caso del derecho penal, además de los elementos objetivos del tipo penal, se requiere que exista la puesta en peligro del bien jurídico protegido, que como expusimos a lo largo del presente trabajo, está más acorde con la integridad personal del miembro del grupo familiar afectado y no así con la institución «administración de justicia».

5.3. El cumplimiento parcial de la obligación alimentaria

En este punto nos ponemos en el supuesto del progenitor obligado que realizó pagos parciales de la obligación, en el entendido de que se trate de un monto elevado por concepto de pensión alimenticia fijada en función de su gran capacidad económica. Tal situación puede presentarse, por ejemplo, en el caso del dueño o accionista de una próspera empresa o aquel que, pese a no tener un trabajo estable, realiza algunos de forma temporal que le generan un fuerte flujo de ingresos y esto queda acreditado en el proceso de alimentos.

En principio, los alimentistas tienen derecho a seguir la suerte de sus progenitores y percibir una pensión acorde con el nivel de vida de aquellos; sin embargo, si afirmamos que debe existir un riesgo alimenticio para el alimentista, ello implicará que no todo incumplimiento quedará subsumido en el delito de omisión de asistencia familiar, sino solo aquellos supuestos de tal gravedad que no puedan ser contenidos por otros mecanismos del ordenamiento jurídico.

En dicho sentido, para el caso de cumplimiento parcial de las obligaciones alimentarias, lo relevante será dilucidar la magnitud del pago realizado. Si dicho monto asegura al alimentista una calidad mínima de vida y no se advierte otra situación que genere gastos extraordinarios, no podemos entender que exista riesgo para su seguridad alimentaria; o de considerar que exista, este resultaría mínimo.

5.4. El caso del alimentista acaudalado

Un supuesto extremo, dentro del proceso penal, que podría desvirtuar el estado de necesidad y superar la presunción *iuris tantum* a la que nos referimos, es el caso del alimentista que posee un caudal de recursos propios, y no ajeno (y por ende, sin riesgo de que aquel se encuentre sujeto a la discrecionalidad de un familiar, o de otra persona). En el caso de demostrarse objetivamente que dicho patrimonio le permite sustentar su medio de vida con holgura (sin riesgo a una eventual insolvencia), y sin la necesidad de que sobre aquel se integre un flujo de recursos económicos adicional, como puede ser la pensión de alimentos, no podemos considerar que queda configurado el injusto penal, por falta de afectación al bien jurídico.

Para que este supuesto quede configurado deben darse, a nuestro entender, determinados requisitos:

1. Los recursos deben ser del alimentista: si los recursos no son del alimentista entonces en realidad el riesgo alimentario resulta aún así patente, pues su medio de vida en realidad se encuentra sujeto a la voluntad discrecional de quien lo proporciona, sea este su otro progenitor, un familiar o un tercero ajeno a la familia.
2. Los recursos deben ser suficientes: los recursos deben ser suficientes para que el alimentista pueda satisfacer todas sus necesidades sin riesgo de insolventarse ni de tener que acudir al mercado laboral para conseguir su medio de vida (del cual, como advertimos, se encuentra desprovisto de las herramientas necesarias para integrarse).

6. CONCLUSIONES

No existe algo así como el derecho a penalizar el mero incumplimiento de una resolución judicial. En tal supuesto, todo incumplimiento de una sentencia civil podría derivar en una sentencia penal, desdibujándose la finalidad del delito de omisión a la asistencia familiar.

Dentro de la gran discusión existente respecto a los delitos omisivos, y su estructura típica, siempre debemos tener presente que el derecho penal recepta un conflicto social. Específicamente, en el delito de omisión de asistencia familiar, el conflicto resulta ser la pretensión alimentaria en las relaciones de familia cuando existe un estado de necesidad por parte de alguno de sus miembros.

En el análisis de los tipos penales nunca debemos dejar de considerar que el derecho tiene una función personalista, dirigida a servir de instrumento a los servicios de las personas, y no al revés. De modo que nunca debemos desprendernos de la lesión al bien jurídico como parte esencial del pragma conflictivo del derecho penal.

El bien jurídico protegido en este tipo penal no es el Estado, ni mucho menos la obediencia a este, sino la frustración de aquel familiar que se encuentra en una situación de necesidad y tiene el derecho a encontrar resguardo en los pares a los que la norma obliga (por ser dicha obligación consecuencia de la decisión procreacional y la patria potestad, o un deber suscrito a través de un contrato matrimonial, o por principio de reciprocidad).

Asentando dichas bases respecto al bien jurídico protegido y la necesidad de su lesión como parte del conflicto receptado por la norma, el delito de omisión de asistencia familiar se nos aparece como un tipo penal de peligro abstracto de «aptitud abstracta» (o peligro abstracto concreto). Dicho marco teórico nos permite entender y manejar la lesión al bien jurídico, sin divorciarnos de las garantías constitucionales que resultan esenciales en un Estado constitucional de derecho.

Respecto al sujeto activo, se concluye que debe ser un familiar obligado, el tipo penal es un *delicta propria*, de manera que los problemas relativos a la impugnación de paternidad o anulabilidad del acto de reconocimiento, que se presentan en la práctica judicial, no pueden ser ignorados con la simple excusa de la imposibilidad procesal para tratarlos. En estos casos, no obstante, debemos destacar que si el padre no despliega la acción civil respectiva dentro del plazo habilitado por la ley, posteriormente no logrará desvincularse del estado de familia y, por ende, la obligación y la responsabilidad penal quedará indemne.

Respecto al sujeto pasivo, concluimos que, por el bien jurídico protegido, debe ser un familiar en estado de necesidad, que encuentra la lesión en el riesgo alimentario que implica el no pago de la obligación alimentaria.

Entendemos que exigir, además de la sentencia, una resolución de requerimiento de pago bajo apercibimiento expreso de denuncia

penal constituye un elemento de recorte, el cual reduce el rango de punibilidad del conflicto social, limitándolo a aquellos casos donde existe una resolución judicial que cuantifica claramente el monto de las pensiones adeudadas. Dicho requisito sería una consecuencia del principio de *ultima ratio* y subsidiariedad del derecho penal que trata de extremar la intervención penal solo a aquellos conflictos que resulten más graves, y donde las otras ramas jurídicas han agotado toda posibilidad de avanzar con el cumplimiento de la obligación alimentaria.

Finalmente, se analizaron varios problemas de imputación objetiva (al considerar que debe existir un peligro alimentario como afectación al bien jurídico para la concreción del tipo penal). En dicho sentido, se concluyó que el caso del alimentista sostenido por terceros no excluye la tipicidad, dado que al ser dicha acción un acto voluntario frente al incumplimiento del obligado original, el riesgo alimentario no desaparece en su faz de peligro abstracto concreto, y no resulta absolutamente improbable el cese de dicha acción por parte del tercero. En cambio, en el caso del alimentista mayor de edad y capaz de valerse por sí mismo —ya sea que tenga menos de veintiocho años y esté cursando «estudios exitosos», sea mayor de dieciocho años y menor de veintiocho años y no esté siguiendo «estudios exitosos», o mayor de veintiocho años, sin que el progenitor, en estos dos últimos casos, haya solicitado la exoneración—, no se puede considerar alcanzado el resultado de apremio económico por el fin de la norma (el de asistir al que se encuentra en estado de necesidad por su incapacidad de asegurarse los medios de vida), y es adicionalmente un caso de insignificancia. A la misma conclusión logramos llegar para el caso del pago parcial, pero suficiente, de la obligación alimentaria (aquel que si bien no llega a cumplir en su totalidad la obligación alimentaria, su pago representa una suma suficiente para asegurar que el alimentista no correrá riesgo alimentario).

REFERENCIAS

- Baldino, N. y Romero, D. G. (2021). Interpretación y criterios objetivos para determinar la pensión de alimentos basada en los «estudios exitosos». *Revista Oficial del Poder Judicial*, 13(16), 21-60. <https://doi.org/10.35292/ropj.v13i16.461>
- Belluscio, A. C. (1974). *Derecho de Familia. Tomo I. Parte general*. Depalma.
- Bustos, J. (1987). *Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932), control social y sistema penal*. Promociones y Publicaciones Universitarias.
- Cerezo, J. (2002). Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal de riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (10), 47-72. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-10-5020&dsID=Documento.pdf>
- Corte Superior de Justicia de Áncash (2018). Pleno Jurisdiccional Distrital Familia Civil-2018. Áncash: 28 de septiembre de 2018. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d43dd18047750d33a3a1a31612471008/Escaneado+en+impresora+multifunci%C3%B3n+Xerox.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d43dd18047750d33a3a1a31612471008>
- Corte Superior de Justicia de Arequipa (2017). Expediente n.º 02945-2016-24-0401-JR-PE-01. Resolución n.º 08. Arequipa: 23 de agosto de 2017. <https://lpderecho.pe/omision-asistencia-familiar-capacidad-economica-elemento-estructural/>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2016). II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario Extraordinario n.º 2-2016/CIJ-116. Lima: 1 de junio de 2016.

- Corte Suprema de Justicia de la República (2017). Revisión de Sentencia n.º 85-2016-Huancavelica. Sala Penal Permanente. Lima: 29 de noviembre de 2017.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2018). Casación n.º 2151-2016-Junín. Sala Civil Transitoria. Lima: 8 de enero de 2018.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2019). Casación n.º 1496-2018-Lima. Sala Penal Permanente. Lima: 15 de marzo de 2019.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2020a). Revisión de Sentencia n.º 222-2016-Junín. Sala Penal Transitoria. Lima: 11 de septiembre de 2020.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2020b). Revisión de Sentencia n.º 154-2019-Lima. Sala Penal Permanente. Lima: 25 de noviembre de 2020.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2021). Casación n.º 1977-2019-Lima Norte. Sala Penal Permanente. Lima: 14 de julio de 2021.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2022). Revisión de Sentencia n.º 580-2019-Junín. Sala Penal Permanente. Lima: 5 de julio de 2022.
- Jakobs, G. y Struensee, E. (1998). *Problemas capitales del derecho penal moderno*. Hammurabi.
- Maurach, R. (1995). *Derecho penal. Parte general*. Astrea.
- Ministerio Público (2022). Anuario Estadístico. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2912946/Anuario%20Estadistico%202021.pdf.pdf?v=1647375523>
- Molina, G. J. (2013). Delito de omisión de auxilio. ¿Un delito de peligro desvinculado totalmente del resultado? En C. S. Caramuti (coord.), *X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal* (pp. 211-226). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación

Regis, L. (2008). El ambiente como bien jurídico penal: aspectos conceptuales y delimitadores. *Revista Penal*, (22), 109-124. <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/11995/Ambiente.pdf?sequence=2>

Villegas, E. A. (2009). Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20091207_03.pdf

Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2006). *Manual de Derecho Penal. Parte general* (2.^a ed.). Ediar.