

- En los órganos jurisdiccionales del país, cuando la persona investigada no está detenida, y el Fiscal solicita prisión preventiva, los Jueces de Investigación Preparatoria no están señalando la audiencia de prisión preventiva dentro de las 48 horas de presentado el requerimiento Fiscal, pues esto solo lo hacen cuando la persona está detenida.
- Así, se está realizando una distinción no sustentada en ley, sin considerar que la necesidad de realizar la audiencia de prisión preventiva dentro de las 48 horas del requerimiento fiscal no debe ser interpretado sólo desde la visión de la protección de la libertad del investigado detenido, sino también teniéndose en cuenta la urgencia que tiene la Fiscalía para que se debata su pedido de prisión preventiva con miras a su concesión, para evitar la fuga o perturbación de la actividad probatoria por parte del investigado no detenido, y garantizar la realización exitosa del proceso penal.
- Debería buscar efectivizarse que las audiencias de prisión preventiva sean realizadas dentro de las cuarenta y ocho horas de realizado el requerimiento fiscal, esté o no el investigado detenido, a fin de garantizar los fines del proceso penal.

IV. Lista de referencias

- GUERRERO SÁNCHEZ, Alex, *Detención, comparecencia y arresto domiciliario en el nuevo código procesal penal*, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 1ª ed., 2013.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, “La Prisión Preventiva en el marco de la política criminal de seguridad ciudadana. Presupuestos de aplicación conforme a la Ley N° 30076”, en *Las medidas cautelares en el Proceso Penal*, Gaceta Jurídica S.A., 1ª ed., 2013.
- VILLEGAS PAIVA, Elki, *La detención y prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal*, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 1ª ed., 2013.

Consumación del delito de incumplimiento de obligación alimentaria con base en su naturaleza jurídica y especial forma de configuración

JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA (*)

SUMARIO. I. Introducción. II. Análisis y discusión de resultados. 2.1. Segundo criterio de interpretación. 2.1.1. Si el delito fuese de naturaleza instantánea de efectos permanentes. 2.1.2. Si el delito fuese de naturaleza permanente. 2.2. Primer criterio de interpretación. 2.2.1. Si el delito fuese de naturaleza permanente. 2.2.2. Si el delito fuese de naturaleza instantánea de efectos permanentes. 2.2.3. Análisis crítico de los Plenos Jurisdiccionales. III. Conclusiones. IV. Lista de referencias.

I. Introducción

El delito de incumplimiento de obligación alimentaria en su figura básica, tipificado en el Artículo 149º del Código Penal, se configura cuando el sujeto activo omite cumplir su obligación de prestar alimentos que establece una “resolución judicial”.

(*) Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Magister en Derecho Penal y Criminología. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Nacional de Cajamarca.

Sobre esta figura delictiva, existe consenso en la doctrina de que se trata de un delito de omisión propia y de mera actividad (Cfr. Salinas Siccha 2005: 394; Peña Cabrera Freyre 2008a: 435); sin embargo, el panorama es poco claro cuando se trata de establecer el momento de su consumación. Así para un sector de la doctrina se consume en el momento en que se vence el plazo del requerimiento que fuera formulado al sujeto activo, bajo apercibimiento, mediante resolución judicial (Cfr. Bramont-Arias Torres y García Cantizano 1996: 160); y para otro sector, cuando el sujeto activo, teniendo pleno conocimiento de la resolución judicial (sentencia firme⁽¹⁾) que le ordena pasar determinada pensión alimenticia mensual al beneficiario, dolosamente omite cumplir tal mandato. En esta última posición, un grupo de la doctrina considera que el requerimiento que se hace al obligado, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente, se constituye en un requisito de procedibilidad (Cfr. Salinas Siccha 2005: 395-396; Campana Valderrama 2002: 864; y Torres Gonzales 2010: 59); mientras que, para otros, no existe tal requisito y basta la mera omisión (Cfr. Reyna Alfaro 2011: 199-200). Estas posiciones han sido plasmadas en sendos y disímiles criterios jurisprudenciales⁽²⁾.

(1) Es necesario precisar que tanto Salinas Siccha (2005: 395-396) como Bramont-Arias Torres y García Cantizano (1996: 160) señalan que el elemento del tipo penal hace referencia también al “auto de asignación provisional de alimentos”, aspecto que no cambia en nada los resultados de nuestra investigación, pues en caso de considerarse “sentencia firme” o “auto de asignación provisional”, lo cierto es que siempre derivan de un proceso de alimentos. No obstante, hemos descartado la consideración de este aspecto por lo siguiente: i) no se brinda mayor argumentación doctrinal sobre el tema; ii) no tiene respaldo jurisprudencial (imposibilidad de discutir sus argumentos); iii) sólo con la “sentencia firme” se tiene certeza de la obligación que le asiste al sujeto, quien incluso antes de este pronunciamiento, puede oponerse a la obligación ofreciendo la prueba del ADN; iv) como ha destacado Reyna Alfaro (2011: 188): “La asignación anticipada es una medida temporal sobre el fondo, es de carácter *preventiva*, ya que busca evitar que la falta de alimentos perjudique al alimentista y no tiene carácter definitivo, pues puede ser dejada sin efecto o ser modificada con la decisión final” (el Código Procesal Civil regula la posibilidad de que la persona que demanda alimentos y no resulte beneficiaria de manera “definitiva” devuelva lo pagado con los intereses legales).

(2) A manera de ejemplo, a favor del primer criterio de interpretación se ha señalado que se configura “[...] al momento de vencer el plazo de requerimiento judicial del pago de las pensiones alimenticias devengadas, que fue notificado al encausado, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente”, recaído en el Exp. N 0024-2005, considerando 2. En Peña Cabrera Freyre (2008a, p. 435). En igual sentido, “Que se encuentra acreditado en autos que el procesado se sustrajo a su obligación de prestar alimentos a sus menores hijas, tal como fue ordenada en sentencia en el Fuero Civil y pese a haber sido requerido conforme a ley para

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

En este contexto, asumir tal o cual criterio de interpretación respecto del elemento del tipo penal “resolución judicial” como exigencia para la consumación de este delito, implica necesariamente –como no se ha venido haciendo– realizar un estudio profundo e integral del problema⁽³⁾,

su pago, configurándose el delito materia de instrucción”, recaído en el Exp. N° 79-93-Lima En Peña Cabrera Freyre (2008a: 436). Asimismo en el Primer Pleno Jurisdiccional Distrital Penal – Huancavelica (2008), en su Tema 1, ha señalado que este delito se consume después de “vencido el plazo de requerimiento para el pago de las pensiones devengadas, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público” (este y los demás Plenos Jurisdiccionales son analizados críticamente en el ítem II –resultados y discusión de la investigación–). A favor del segundo criterio, se ha señalado que: “reiterada ejecutoria inciden en que previamente a la formalización de la denuncia penal por delito de omisión de asistencia familiar, se debe verificar que el demandado fue debidamente notificado de las resoluciones que lo requerían para que cumpla con sus obligaciones, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente [...] que, en consecuencia, del estudio de autos se advierte que el procesado varió su domicilio legal [...] por lo que, al haberse notificado en domicilio diferente al anotado [...] se infiere que el procesado no ha tomado conocimiento efectivo del requerimiento anotado, lo cual importa la no concurrencia de uno de los requisitos de procedibilidad de la presente acción penal. Exp. N° 2399-Ica En Salinas Siccha (2005: 388). En igual sentido: “que, la omisión de asistencia familiar [...] se configura siempre que el agente desatendiendo una resolución judicial no cumple con pagar las pensiones alimenticias, por consiguiente es necesario que antes de proceder a la denuncia penal se acredite la notificación con el apercibimiento expreso de acudir o la vía penal, pues este hecho acreditará su renuencia consciente de cumplir con sus obligaciones alimentarias, situación que no se produce en el caso materia de autos”. Exp. N° 4697, en Salinas Siccha (2005: 387). Asimismo: “No basta la existencia de una sentencia fijando una pensión alimenticia y el presumido incumplimiento para que proceda *ipso facto* la denuncia por omisión a la asistencia familiar, sino que además debe constatar la presencia de una resolución conminatoria bajo apercibimiento de ser denunciado por el ilícito mencionado” Exp N° 6473-97-Lima, en Peña Cabrera Freyre (2008a: 436). Incluso la Corte Suprema, en el considerando Octavo de la Casación N° 02-2010-Lambayeque, también se pronunció sobre el tema en similar sentido. Disponible en <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4ece4b804bdb27ef879fdf40a5645add/Casacion_02-2010-Lambayeque_calificacion_090710.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4ece4b804bdb27ef879fdf40a5645add> (consultada el 30 de enero de 2014).

(3) A manera de ejemplo, Villa Stein (2001: 96) realiza un análisis muy escueto cuando aborda esta problemática, limitándose a señalar: “Se consume el delito cuando notificado el obligado, omite la prestación alimentaria”. Esta afirmación ha generado que algún sector de doctrina afirme que comparte el primer criterio de interpretación (Campana Valderrama 2002: 86);

teniendo como puntos de referencia: la “naturaleza jurídica de este delito” y “la especial forma de configuración”⁽⁴⁾, aspectos que tienen incidencia en la forma como opera la prescripción y en la resolución de la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”⁽⁵⁾. Todo ello con la finalidad de optar por la posición menos refutable y la que es más coherente desde el punto de vista dogmático y político criminal, de tal manera que explique de manera integral la forma como opera este delito, llenando así el vacío doctrinal existente en nuestro medio.

En tal contexto, ¿cómo debe interpretarse el elemento “resolución judicial” contenido en el tipo básico del Artículo 149º del Código Penal, como exigencia para la consumación del delito de incumplimiento de obli-

mientras que otro sector considere que se adhiere al segundo criterio de interpretación (Reyna Alfaro 2011: 200).

(4) Este aspecto es fundamental para abordar adecuadamente la problemática planteada. Siguiendo las ideas de Torres Gonzales (2010: 59), la especial configuración hace referencia a que “esto origina que cada liquidación de alimentos devengados da origen a un nuevo delito, una investigación y proceso distintos”, “en la práctica apreciamos que cada liquidación de los devengados motiva una nueva denuncia y es visto como un delito independiente”, “los incumplimientos responden a una diversidad de manifestaciones de la voluntad del sujeto dando lugar a una responsabilidad punitiva independiente” y que “este delito tiene una característica especial, que viene dado por las liquidaciones que fraccionan los tiempos. Toda denuncia por este delito se realiza previa liquidación de las cuotas dejadas de pagar, de modo que en cada denuncia siempre subsiste un periodo que comprende varios meses impagos. Sin embargo, cabe hacer una precisión, y es que dado el carácter peculiar del delito [...] su culminación puede darse de una manera distinta de los otros ilícitos, puesto que normalmente en los delitos permanentes la situación antijurídica que se mantiene en el tiempo cesa [...] por la propia decisión del autor o por causas extremas; empero en el delito que comentamos concurre una situación especial que delimita el cese de esta situación delictiva para convertirlo posteriormente en un nuevo delito en el caso de que persista e incumplimiento, y esto es la *denuncia penal*, porque a partir de ese entonces la persistencia del incumplimiento será visto como otro delito”.

(5) La problemática de subsunción típica de este tipo de obligaciones hace referencia a la posibilidad de plantear su adecuación o no al delito materia de análisis, atendiendo a que su origen no se encuentra en una “resolución judicial”, sino en un consenso de las partes. Es por ello que, al momento de definir cuál de los criterios debe asumirse, es necesario también observar este “aspecto de incidencia”. Incluso en el Primer Encuentro de Jueces de Paz Letrado de Junín, se abordó de manera directa la problemática de las obligaciones derivadas de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”. <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1d228e804cdc9001931c6e/DOC.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=1d228e804cdc9001931c6e> (consultada el 18 de abril de 2013). Con más detalle, véase el ítem II.

gación alimentaria, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica y su especial forma de configuración?

En el presente artículo, demostraremos que debe asumirse el primer criterio de interpretación, teniendo en cuenta los aspectos antes referidos. Para ello, utilizaremos el método dogmático⁽⁶⁾, el que nos servirá para el análisis del elemento “resolución judicial” contenido en el tipo básico del Artículo 149º del Código Penal, a través de los distintos criterios de interpretación: literal, lógica, sistemática y teleológica de dicha norma, para plantear cuál es el criterio de interpretación que debe asumirse.

II. Resultados y discusión de la investigación

Sobre la forma de contrastación de nuestra aseveración, siguiendo los postulados del profesor Manuel Atienza⁽⁷⁾, la elección de tal o cual criterio de interpretación la hacemos teniendo en cuenta los efectos o las “consecuencias” prácticas que acarrea. Luego en la discusión de los argumentos, brindamos razones no sólo basándonos en dichas consecuencias, sino tomando como punto de partida el texto de la ley.

En primer lugar, someteremos a prueba el segundo criterio de interpretación, destacando los problemas prácticos que genera –aspectos de incidencia– y discutiendo críticamente los argumentos vertidos por la doctri-

(6) Cfr. Zaffaroni (1998: 161-173). Siguiendo las reflexiones del profesor Muñoz Conde (2001: 212): “La dogmática juridicopenal [...] trata de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias, de delimitar los hechos punibles de los impunes [...] En este sentido [...] cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de Derecho: la de garantizar los derechos fundamentales de los individuos frente al poder arbitrario del Estado”.

(7) Esta forma de proceder y razonar, se basa en el consejo 8, desarrollado por el profesor Manuel Atienza (2008), en su trabajo titulado: “Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática”, el cual expresa: “8. No obstante, muchos pseudoproblemas –especialmente, si han sido con asiduidad objeto de reflexión dogmática– pueden esconder un problema genuino que se pone al descubierto cuando se lo objeta desde el ángulo adecuado. Por ejemplo, cuando lo que esté en cuestión sea la ‘naturaleza jurídica’ de la institución X, no enfoque el problema como si se tratara de descubrir la ‘verdadera esencia’ de X. Por el contrario, comience por indagar qué consecuencias tendría el que a X se le califique de Y o de Z, luego trate de justificar por qué es preferible un tipo de consecuencias a otro. Cuando haya hecho esto último, habrá resuelto ya el problema de la naturaleza jurídica de X”. <http://proiure.org.pe/articulos/tesis3.pdf> (consultada el 18 de abril de 2013).

na y jurisprudencia. Este mismo procedimiento seguiremos con el primer criterio de interpretación.

2.1. Segundo criterio de interpretación

Según este criterio, el término “resolución judicial” hace referencia a la sentencia firme emitida en el proceso de alimentos, por lo que el delito se consumaría cuando se omite cumplir el mandato contenido en esta resolución. Dentro de esta posición, algunos consideran que además es necesaria la concurrencia de un requisito de procedibilidad.

En este orden de ideas, si asumimos esta posición, existen dos opciones: a) considerar que el delito de incumplimiento de obligación alimentaria es de naturaleza instantánea de efectos permanentes⁽⁸⁾; o, b) que se trata de un delito de naturaleza permanente. A las cuales hay que verificar si son compatibles o no con la especial forma de configuración de este delito. Veamos.

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

a. Naturaleza instantánea de efectos permanentes con requisito de procedibilidad

Si esto fuese así, el delito se consumaría cuando la sentencia firme es notificada al obligado para que cumpla con pagar los alimentos y éste hace caso omiso; mientras que el requerimiento de pago, bajo apercibimiento de remitir copia al Ministerio Público, sería el requisito de procedibilidad. Empero, esta posición genera los siguientes problemas prácticos: a) No explica cómo operaría la prescripción de la acción penal, cuando transcurre un tiempo considerable entre la consumación –sentencia firme– y el requisito de procedibilidad. En otras palabras, como existe requisito de procedibilidad, en el supuesto que el agraviado quiera liquidar un periodo de 3 años de alimentos devengados, la acción penal ya habrá prescrito, siendo todas las liquidaciones posteriores “incobrables”; y, b) Las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución” no se subsumirían dentro de los alcances del tipo penal 149, ya que en ninguno de

⁽⁸⁾ Además, descartamos la naturaleza solamente instantánea del delito *sub materia*, pues no puede negarse que este delito genera un estado antijurídico de cierta duración.

estos supuestos el origen de la obligación se encuentra en una resolución judicial, sino en un acuerdo de partes⁽⁹⁾.

Esta “opción” no es compatible con la especial configuración, pues es contraproducente que una liquidación dependa de una resolución judicial que necesariamente prescribirá.

Este razonamiento no ha sido respaldado por la doctrina ni la jurisprudencia. Sin embargo, era necesario descartar esta posibilidad como alternativa de interpretación.

b. Naturaleza instantánea de efectos permanentes sin requisito de procedibilidad

El delito se consumaría cuando la sentencia firme es notificada al obligado para que cumpla con pagar los alimentos y éste hace caso omiso, no exigiéndose requisito adicional para incoar la acción penal. No obstante, esta posición genera los siguientes problemas prácticos: a) No explica cómo operaría la prescripción de la acción penal, en periodos superiores a los 3 años después de emitida la sentencia firme; pues el delito ya no podría ser perseguido en mérito a la prescripción, lo cual nos parece absurdo; y, b) Por las razones mencionadas en el anterior criterio, tampoco las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”, se subsumirían en el tipo penal 149.

⁽⁹⁾ Según este razonamiento, solamente las personas, cuyo proceso haya culminado con una sentencia –y ante la omisión de pago del obligado de los alimentos devengados–, tendrían la facultad de acudir a la vía penal la cual además tendría éxito, ya que la conducta del omitente se configuraría dentro de los alcances del tipo penal. Mientras que aquellos, cuyo proceso culmina en virtud a una conciliación entre las partes la cual es homologada por el Juez, ante la omisión de pago del obligado, tendrían la facultad de acudir a la vía penal; sin embargo, la misma debería ser rechazada o se podría cuestionar mediante excepción de improcedencia de acción, pues esta conducta del omitente –que no se distingue de las primeras– no se adecuaría a los alcances del tipo penal 149^o del Código Penal; pese a encontrarse bajo la misma situación jurídica. Lo que genera desigualdades infundadas, lo cual nos parece irracional. Del mismo modo, en atención a que si la ley promueve alternativas de solución de conflicto, no es racional que cuando exista incumplimiento de los acuerdos de la DEMUNA –que por cierto tienen mérito ejecutivo– y se acuda a un proceso de ejecución donde se le va a requerir mediante “resolución judicial” el pago, no sean protegidos por la ley penal; mientras que solamente los que inician su proceso de alimentos donde se obtiene “sólo” sentencia firme, sí. Esta situación, del mismo modo, genera desigualdades infundadas.

A nuestro entender, esta “opción” no se compatibiliza con la especial configuración, pues para este criterio ni siquiera es necesario realizar la liquidación de pensiones devengadas.

Este razonamiento ha sido respaldado por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Discutamos críticamente sus postulados.

Respecto a la consumación, Reyna Alfaro (2011: 199-200) precisa que “*no hay que confundir el momento consumativo de la conducta con la posibilidad de incoar la acción penal y que en este delito no se requiere más que el incumplimiento de la obligación alimenticia para que el afectado pueda incoar la respectiva acción penal*”; no obstante, no explica los problemas prácticos que genera su posición, y lo que es más, no se evidencian los argumentos por los cuales llega a esta conclusión. Sobre la naturaleza de este delito, señala que “*se adhiere a la tesis que considera el delito en comento, como uno de consumación instantánea*” (ídem). No obstante, tampoco se advierten los argumentos de tal aseveración.

En definitiva, esta opinión doctrinal aborda el tema de la naturaleza instantánea del delito materia de análisis; sin embargo, no toma en cuenta la especial forma de configuración ni aborda la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

Por otro lado, en cuanto a la jurisprudencia, la Corte Suprema, en la Casación N° 02–2010-Lambayeque (considerando octavo) antes reseñada, también se ha pronunciado al respecto, inclinándose a favor de este criterio; empero, no aborda el tema de la naturaleza de este delito ni el tema de la prescripción de la acción penal, restándole importancia al tema. Y lo que es más, tampoco toma en cuenta la especial forma de configuración ni aborda la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias derivadas, de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

2.1.2. Si el delito fuese de naturaleza permanente

a. Naturaleza permanente con requisito de procedibilidad

El delito se consumaría cuando la sentencia firme es notificada al obligado para que cumpla con pagar los alimentos y este hace caso omiso, extendiéndose la consumación hasta que el obligado cumpla con el pago; existiendo un requisito de procedibilidad previo que cumplir.

No obstante, esta posición genera los siguientes problemas prácticos: a) La objeción de la “prescripción irrazonable”, pues mientras el obligado no pague, el delito seguirá consumándose; pudiendo extenderse hasta antes de los 20 años aproximadamente (Artículo 80° del Código Penal). Siguiendo una argumentación ejemplificativa, en el supuesto de que exista una sentencia firme del año 2000, y luego de un año 2001 se practica la liquidación respectiva, la cual es requerida bajo apercibimiento y el obligado no cumple con el pago respectivo. En la presunción de que el obligado no pueda ser ubicado o conociendo no se presente al proceso, puede ser perseguido, por ejemplo, hasta el año 2021. Este razonamiento vulnera el derecho del denunciado a ser investigado, procesado y sentenciado dentro de un plazo razonable. Incluso se vulneraría el principio de proporcionalidad, pues se estaría equiparando la prescripción de este delito con la de los delitos más graves; y, b) Al igual que la posición anterior, y por las mismas razones, también serían atípicas las obligaciones alimenticias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”. Esta “opción” no es compatible con la especial configuración, pues en el caso de existir varias liquidaciones, todas ellas subsistirían mientras el obligado no pague, obviando que cada liquidación da origen a un nuevo delito que es independiente de la anterior.

Este último razonamiento ha sido seguido por gran parte de la doctrina, por lo que realicemos un análisis crítico de sus argumentos.

Sobre el requisito de procedibilidad. El argumento central de Salinas Siccha (2005: 395-396), Campana Valderrama (2002: 86), Peña Cabrera Freyre (2010b: 453); y, Torres Gonzales (2010: 59), es que habría que distinguir entre consumación y requisito de procedibilidad. Sin embargo, este

argumento es rebatible, por lo siguiente: **i)** El supuesto requisito de procedibilidad estaría regulado en el artículo 566-A⁽¹⁰⁾ del Código Procesal Civil. Del propio texto se infiere que la ley procesal civil no señala “expresamente” que sea este el requisito de procedibilidad que deba cumplirse en este delito, tal como la doctrina en materia procesal exige para ser considerado como tal⁽¹¹⁾. Esta norma simplemente prescribe que el “acto” de notificar al obligado con el requerimiento expreso de remitir copias al Ministerio Público, sustituye a la “interposición de la denuncia”, eso y nada más; **ii)** El elemento del tipo penal “resolución judicial” es un elemento normativo de valoración jurídica, por lo que su contenido necesita de otras normas para interpretarla correctamente, y estas normas son las procesales civiles. Por lo que, interpretando sistemáticamente la norma penal (artículo 149) con la citada norma procesal civil (artículo 566-A), el elemento “resolución judicial” hace referencia al “auto” que contiene el requerimiento de pago, bajo apercibimiento de remitir copias al Ministerio Público; y, **iii)** Desde una perspectiva procesal, este ilícito penal es un delito de persecución pública, por ende, si el delito se consumaría con el mero incumplimiento de la sentencia firme, el juez debería remitir copias de oficio al Ministerio Público. Sin embargo, ello no es así, porque simplemente no existe delito configurado todavía hasta ese momento, sino que es necesario que se cumpla con este trámite y dentro del cual recién se consumará este ilícito.

Sobre su naturaleza jurídica. Salinas Siccha (2005: 391), Campana Valderrama (2001: 86) y Torres Gonzales (2010: 59), sostienen que el delito sería de naturaleza permanente, pues la omisión de cumplir la resolución que obliga pasar una pensión alimenticia mensual y, por adelantado, se produce y permanece en el tiempo, sin intervalo, siendo el caso que tal estado de permanencia concluye cuando el obligado, voluntariamente decide acatar la orden judicial. A nuestro criterio, el delito no es de naturaleza permanente, por lo siguiente: **i)** Si una persona cumple su pena y no efectúa

⁽¹⁰⁾ **Artículo 566-A.- Apercebimiento y remisión al Fiscal.** “Si el obligado, luego de haber sido notificado para la ejecución de sentencia firme, no cumple con el pago de los alimentos, el Juez, a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso, remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al Fiscal Provincial Penal de Turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones. Dicho acto sustituye el trámite de interposición de denuncia penal.”

⁽¹¹⁾ En otros, véase Sánchez Velarde (2004: 335) y Cubas Villanueva (2009: 109).

el pago correspondiente, entonces se llegaría al absurdo de sostener que pese a que el obligado ya cumplió su condena sin pagar, el delito persiste. Además, el propio tipo penal 149 hace referencia al término “sin perjuicio de cumplir el mandato judicial”, ello quiere decir que el pago es independiente de la consumación del tipo que se produce en un solo instante. **ii)** El verbo rector del tipo penal 149 es “omitir” el mandato contenido en la resolución judicial y nada más, no se describe ninguna acción complementaria que sugiera la permanencia.

Este ilícito debe ser considerado como un delito instantáneo de efectos permanentes⁽¹²⁾, pues en el delito *sub materia*, la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento y ello viene determinado por la acción consumatoria definida en la ley mediante el verbo rector “omitir”. Asimismo, tiene esta naturaleza, ya que son los efectos del delito los que son permanentes, mas no el delito.

Respecto a la prescripción. Campana Valderrama (ídem) señala que mientras el obligado “no haga efectivo el pago” el “delito no prescribe”. Este razonamiento nos parece errado, pues se mantiene la objeción de la “prescripción irrazonable” y vulnera el principio de proporcionalidad. Torres Gonzales (ídem) expresa que “es un delito permanente” y que “se consume desde el momento en que el inculcado incumple la obligación”; sin embargo, cuando desarrolla el tema de la prescripción –para salvar la objeción de la “prescripción irrazonable”– se ve obligado a aceptar que la permanencia “se extiende hasta el momento en que se inicia otra denuncia penal por una nueva liquidación o se ejecuta el pago”.

Este razonamiento es parcialmente errado, pues si el obligado ejecutó el pago, no existe inconveniente en afirmar que ha cesado la acción antijurídica como lo admite mayoritariamente la doctrina; sin embargo, no tiene sustento la afirmación de que la permanencia también cesaría cuando se inicia otra denuncia penal. Siendo ello así, la objeción de la “prescripción irrazonable” no puede ser explicada convincentemente. Si bien es verdad, toma en cuenta la especial configuración, nosotros utilizamos esta categoría para llegar a conclusiones totalmente distintas.

⁽¹²⁾ Categoría jurídica reconocida por la doctrina más autorizada en la materia, entre otros: Soler (1963: 160); Fontán Balestra (1966: 461); y, Goldstein (1978: 211).

b. Naturaleza permanente sin requisito de procedibilidad

El delito se consumaría cuando el obligado omite cumplir el mandato contenido en la sentencia firme, extendiéndose la consumación hasta que el obligado cumpla con el pago correspondiente, no existiendo requisito de procedibilidad previo que cumplir.

No obstante, esta posición genera los siguientes problemas prácticos:

- a) Se mantiene la objeción de la “prescripción irrazonable”.
- b) Al igual que la posición anterior, y por las mismas razones, también serían atípicas las obligaciones alimenticias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

Esta “opción” ni siquiera toma en cuenta la especial configuración de este delito. Este razonamiento ha sido seguido tan sólo por la doctrina; por lo que realicemos un análisis crítico de sus postulados.

Sobre la consumación, naturaleza del delito y prescripción. La afirmación de que “el delito se consuma con el incumplimiento por parte del agente de la prestación alimenticia impuesta en resolución judicial a favor del beneficiado y que no es necesario que se cumpla requisito de procedibilidad alguno” (Gálvez Villegas y Rojas León 2012: 1124) genera el absurdo de considerar que ante varios meses impagos se deben generar sendas investigaciones y procesos penales independientes. Respecto al tema de la naturaleza permanente y forma de prescripción de este delito, reiteramos la crítica de la “prescripción irrazonable”.

Sobre el requisito de procedibilidad. Coincidimos con Gálvez Villegas & Rojas León⁽¹³⁾ de que “este delito no existe requisito de procedibilidad alguno”; sin embargo, discrepamos de la precisión de su momento consumativo.

En definitiva, este criterio de interpretación con sus distintas posibilidades (naturaleza permanente e instantánea), no toma en cuenta o no es compatible con la especial configuración; y, lo que es más, bajo esta perspectiva se considerarían atípicas las conductas derivadas, de una “conciliación

⁽¹³⁾ Ídem, pp. 1114-1115.

homologada judicialmente” y las que emanan de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”. Siendo ello así, este criterio no es el que debe asumirse.

2.2. Primer criterio de interpretación

Este criterio señala que el término “resolución judicial” hace referencia al “auto” que contiene el apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público y que contiene la liquidación de pensiones devengadas, por lo que el delito se consuma cuando vence el plazo que otorga dicha resolución judicial sin que el obligado cumpla el requerimiento judicial. Para este criterio, no existe requisito de procedibilidad.

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

2.2.1. Si el delito fuese de naturaleza permanente

El delito se consumaría cuando el “auto” que contiene el apercibimiento es notificado al obligado y este hace caso omiso, y se extendería hasta que el obligado cumpla con el pago correspondiente. Sin embargo, esta posición no explica adecuadamente los problemas prácticos advertidos en las anteriores opiniones.

Este razonamiento no ha sido seguido por la doctrina ni la jurisprudencia. No obstante, era necesario descartar esta posibilidad como alternativa de interpretación.

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

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

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

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

Respecto a la **problemática de subsunción típica** de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” o de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”, también resuelve estas problemáticas, pues si se considera que el término “resolución judicial” hace referencia al “auto” que contiene el requerimiento de pago, no existe inconveniente en afirmar la tipicidad de ambas conductas, pues en ambas hipótesis se deberá requerir el pago también mediante un “auto” de esta naturaleza, no generando desigualdades infundadas.

Esta posición –la cual creemos debe asumirse– ha sido abordada por la jurisprudencia y sobre todo por Plenos Jurisdiccionales; por lo que analicemos críticamente sus argumentos, con la finalidad de rescatar los correctos y desechar los errados.

Respecto a la consumación

La jurisprudencia⁽¹⁴⁾ ha sido contundente al señalar que el delito se consuma al momento de vencer el plazo de requerimiento judicial del pago

⁽¹⁴⁾ Véase, nota al pie n° 3.

de las pensiones alimenticias devengadas, que fue notificado al encausado, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente; sin embargo, no se advierten los argumentos por los cuales se llega a esta conclusión, por lo que no es posible realizar el análisis crítico correspondiente, aunque, constituye un gran aporte en términos de argumentos interpretativos, lo resuelto en el Exp. N° 6473-97-Lima, donde se expresó:

*La sentencia judicial no se ejecuta por sí sola, sino mediando resolución conminatoria, con mayor razón en los procesos de alimentos en los que la alimentista puede optar entre el embargo y la amenaza punitiva; tales conceptos deben asistir en la interpretación del artículo 149 del Código Penal: no basta la existencia de una sentencia fijando una pensión alimenticia y el presumido incumplimiento para que proceda ipso facto la denuncia por omisión de asistencia familiar, sino que además debe constatare la presencia de una **resolución judicial conminatoria bajo apercibimiento de acción punitiva**, dicho de otra manera, que exista requerimiento expreso bajo apercibimiento de ser denunciado por el ilícito mencionado (Estudio Oré Guardia 2011: 14)⁽¹⁵⁾.*

Nosotros consideramos acertado este razonamiento, pues permite engarzar las cuestiones civiles con las penales. En otras palabras, esta interpretación –primer criterio y naturaleza instantánea del delito– es más acorde con el principio de última ratio del Derecho penal, pues permite entender que solamente cuando se han agotado las vías previas, recién se puede acudir a la vía penal. Además debe tomarse en cuenta que la calidad del apercibimiento en materia civil y la consumación del delito, hace que sea el punto de encuentro entre estas dos ramas del derecho, tal como sugiere la jurisprudencia citada.

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

⁽¹⁵⁾ Los énfasis son nuestros.

Ante la relativa falencia argumental en el ámbito jurisprudencial, analicemos lo expuesto en los Plenos Jurisdiccionales desarrollados al respecto.

2.2.3. Análisis crítico de los Plenos Jurisdiccionales

En primer lugar, tenemos al Pleno Jurisdiccional Penal Nacional Ica – 1998⁽¹⁶⁾, en el cual el tema 2 titulado “Delitos continuados, delitos permanentes y delitos instantáneos. Modificación de la ley penal en el tiempo y prescripción de la acción”, aborda de manera genérica la clasificación de los delitos, y luego se pronuncia respecto a la naturaleza del delito de incumplimiento de obligación alimentaria.

Así, se precisa:

“PRIMERO.- Por unanimidad, declarar que los hechos consumados en un solo acto deben reputarse como delitos instantáneos, independientemente de la permanencia en el tiempo que puedan mostrar sus efectos. Debe estimarse el hecho como delito continuado si él consiste en varias infracciones a la ley que responden a una única resolución criminal fraccionada en su ejecución. SEGUNDO.- Por unanimidad, declarar que sólo debe estimarse el hecho como un delito permanente si, producida la consumación, ésta se mantiene en el tiempo durante un período cuya duración está puesta bajo la esfera de dominio del agente. [...] SEXTO.- Por treintiún votos contra trece, que los delitos de resistencia a la autoridad y los delitos de omisión a la asistencia familiar deben ser reputados como instantáneos de efectos permanentes”⁽¹⁷⁾.

Como se evidencia hasta aquí, consideramos acertada la clasificación de los tipos de delitos; sin embargo, el propio pleno nos da cuenta de que el delito de omisión a la asistencia familiar (incumplimiento de obligación alimentaria) fue considerado como un delito instantáneo, pero con efectos permanentes, pero “no se evidencian las razones por las cuales se le consideró como tal”. Además, omite hacer referencia a la especial forma de

⁽¹⁶⁾ Disponible en http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/186b8a8046d47648a3fba344013c2be7/Presentacion_plenosj+C+6.+5.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=186b8a8046d47648a3fba344013c2be7 (consultada el 17 de octubre de 2012).

⁽¹⁷⁾ Comisión de magistrados del Pleno Jurisdiccional Penal: Dr. Hugo Príncipe Trujillo, presidente; Dr. José Antonio Neyra Flores; Dra. María Zavala Valladares; Dr. Víctor Prado Saldarriaga.

configuración de este delito y a la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

Respecto a la crítica esbozada por Cayro (2011: 109), quien señala que “este acuerdo no es vinculante, pues en ninguno de sus considerandos cita fuentes, esto es, amparo doctrinario o jurisprudencial”, consideramos que es acertada. Sin embargo, estamos demostrando que este es el criterio de interpretación que debe asumirse, con base no sólo jurisprudencial sino también doctrinal⁽¹⁸⁾. En relación a la crítica de Torres Gonzales (2010: 53) en el sentido de que en “estos acuerdos plenarios no se desarrollan, lamentablemente, los criterios por los que se arriba a dicha conclusión, apareciendo solo algunos fundamentos muy escuetos”. Ello es correcto, empero ello puede reputarse sólo de algunos de ellos, más no de todos – sobre todo a partir del Pleno Jurisdiccional Penal-Huancavelica 2008–, como evidenciaremos en su oportunidad. Respecto de lo expresado por Salinas Siccha (2005: 412), de que:

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

Como ya lo demostramos, en este delito no existe requisito de procedibilidad y la interpretación se debe realizar teniendo en cuenta los requerimientos del propio texto del tipo penal y el aporte de la doctrina. Respecto a que se lesionaría “el valor de la justicia”, debemos refutar señalando que el fundamento de la prescripción de la acción penal no se encuentra en razones de este tipo (valor de la justicia), sino en que el Estado tiene un poder de tal intensidad (“imponer una prisión” consiste en encerrar a un ser humano), que “implica siempre un peligro potencial sobre la dignidad de las personas, y un Estado de Derecho debe procurar al mínimo las posibilidades de afectar esa dignidad” (Binder 1993: 130). Por ende, estos argumentos no son convincentes.

⁽¹⁸⁾ Véase nota al pie n° 13.

En segundo lugar, en el Pleno Jurisdiccional Distrital Penal-Corte Superior de Justicia de Amazonas, celebrado el 6 y 20 de julio de 2007⁽¹⁹⁾, se abordó el siguiente tema: “¿Cuál es el inicio del plazo de prescripción en el delito de omisión de asistencia familiar?”

En este Pleno se desarrollaron los siguientes argumentos:

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

Nosotros compartimos los citados argumentos, pues una cosa es la consumación del delito y otra muy distinta sus efectos, lo cual como ya demostramos, tiene además respaldo doctrinal. Asimismo, es acertada la precisión de la forma como opera la prescripción de la acción penal. Sin embargo, no se toma en cuenta la especial configuración de este delito ni se aborda la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

⁽¹⁹⁾ Disponible en <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2da6c7804e9119b7b859fec478d96957/Plenos+Jurisdiccionales+CR.pdf?MOD=AJPERES> (consultada el 24 de junio de 2013).

En tercer lugar, en el Pleno Jurisdiccional Distrital Penal-Corte Superior de Justicia de Arequipa⁽²⁰⁾, celebrado 14 de diciembre de 2007, se abordó el siguiente tema “Prescripción de la acción penal en los delitos de omisión a la asistencia familiar”, en el cual se desarrollaron los siguientes argumentos:

“Considerando que el delito de omisión a la asistencia familiar es un delito instantáneo, la problemática se sustentó básicamente en la diferencia de esos conceptos, ¿qué es un delito instantáneo, continuado o permanente? Para lo cual se recurrió a lo que se estableció en el Pleno Jurisdiccional de Ica en 1998 [...]. Los magistrados que han votado por esta tesis por mayoría, consideran que el delito de omisión a la asistencia familiar se consume luego de vencido el plazo del requerimiento judicial, dictado bajo apercibimiento de denuncia penal por el delito indicado; este requerimiento y el plazo concedido no sólo tiene como objeto que el obligado se motive en la norma, sino que además de persistir su conducta omisiva se habrán producido todos los elementos que configuran el delito. La doctrina señala que los delitos de omisión propia, entre ellos el que es materia de esta ponencia, se fundamentan en vulnerar una norma de mandato, en este caso, el pago de una obligación alimentaria. Igualmente existe consenso en la calificación de este delito, los de omisión propia son delitos de actividad y sin resultado, entonces si son conductas que vulneran una norma de mandato, son delitos de actividad y sin resultado, la consumación se produce al vencimiento del requerimiento judicial [...]. Por UNANIMIDAD: El delito de omisión de asistencia es un delito instantáneo y prescribe.”

Respecto al momento consumativo, dicha aseveración nos parece atinada, pues hace referencia al argumento de la motivación con la norma, lo cual tendrá lugar cuando se le requiera al obligado, bajo apercibimiento, destacando además la conducta persistente del obligado, situación que determinará la intervención del Derecho penal.

⁽²⁰⁾ Disponible en <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2da6c7804e9119b7b859fec478d96957/Plenos+Jurisdiccionales+CR.pdf?MOD=AJPERES> (consultada el 15 de junio de 2013).

A nuestro criterio, en este pleno se aborda el tema de la naturaleza del delito y la prescripción, sin embargo, se omite la referencia a la especial forma de configuración de este delito y la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

En cuarto lugar, en el Primer Pleno Jurisdiccional Penal - Huancavelica 2008⁽²¹⁾, al abordarse el Tema I, titulado “¿Se da posibilidad de la prescripción de la acción penal en el delito de omisión de asistencia familiar?”, se desarrollaron las siguientes posiciones:

“Primera Posición: *La prescripción de la acción penal en el delito de omisión de asistencia familiar, procede, y, se computa a partir del día siguiente de vencido el plazo de requerimiento para el pago de las pensiones devengadas, bajo apercibimiento de remitirse copias del Ministerio Público.*
Fundamento. *El delito de omisión a la asistencia familiar es un delito instantáneo con efecto permanente. Se consuma luego de vencido el plazo de requerimiento judicial dictado bajo apercibimiento de denuncia penal por el delito indicado. Conforme al artículo 80 y 83 in fine y artículo 149 del Código Penal, en concordancia con el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales prescribe en todo caso, a los cuatro años y medio de consumado el delito, en aplicación de la prescripción extraordinaria. Un proceso penal no puede convertirse en interminable, dado que afectaría derechos fundamentales consagrados constitucionalmente y reconocidos en los Pactos del cual nuestro país es parte suscriptor”.*

El argumento del “proceso interminable”, que nosotros hemos llamado “prescripción irrazonable”, nos parece medular; aunque, no sería tanto “interminable”, pues según las reglas generales de la prescripción, prescribiría a los 20 años, lo que además como demostramos no es proporcional.

Por otro lado, este Pleno Jurisdiccional nos da cuenta de la posición contraria señalado lo siguiente:

⁽²¹⁾ Disponible en <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4613930043eb784294a6d74684c6236a/PlenoDistPenalHuancavelica2008220310.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4613930043eb784294a6d74684c6236a> (consultada el 3 de febrero de 2013).

“Segunda posición. *La prescripción de la acción penal en el delito de omisión a la asistencia familiar, procede, y, se computa a partir del momento en que se haga efectivo el pago de la obligación alimentaria.* **Fundamento.** *Es un delito de peligro y permanente, en consideración a que su consumación se mantiene en el tiempo y en aplicación del interés superior del niño y el adolescente, por cuanto, se deja a los menores alimentistas sin recursos y medios necesarios para su subsistencia. Es más con la no prescripción se busca evitar la impunidad. Para que opere la prescripción debe computarse su inicio a partir del momento en que el obligado cumple con su obligación alimentaria” (ídem).*

El argumento siguiente: “Es un delito de peligro y permanente, en consideración a que su consumación se mantiene en el tiempo y en aplicación del interés superior del niño y el adolescente, por cuanto, se deja a los menores alimentistas sin recursos y medios necesarios para su subsistencia”, nos parece incorrecto, pues la naturaleza del delito se determina por los alcances que nos brinda el tipo penal y la doctrina, nada tienen que ver en su determinación “el interés superior del niño y el adolescente”. Respecto a que “se deja a los menores alimentistas sin recursos y medios necesarios para su subsistencia”, tampoco nos parece convincente, pues este mismo razonamiento nos podría llevar a concluir, por ejemplo, en un caso de homicidio “simple”, donde se ha victimado a una persona que ha dejado prole, debería ser considerado como delito permanente, pues se ha dejado a la prole del ofendido “sin recursos y medios necesarios para su subsistencia”, lo cual resulta absurdo.

Luego del debate correspondiente en tres grupos de trabajo, en la votación, por 16 votos a favor de la primera posición en contra de 02 votos a favor de la segunda, adoptó por mayoría la postura que enuncia lo siguiente:

“La prescripción de la acción penal en el delito de Omisión de Asistencia Familiar, procede, y, se computa a partir del día siguiente de vencido el plazo de requerimiento para el pago de las pensiones devengadas, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público.”

Estimamos acertada esta conclusión, con la observación realizada al denominado “proceso interminable”. En todo caso, a pesar de que desarrolla el tema del momento consumativo, la naturaleza del delito y la prescripción, omite en su análisis la consideración de la especial configuración de

este delito y no se aborda la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”.

Por último, tenemos el Pleno Jurisdiccional Distrital Penal 2010, Corte Superior de Justicia de Lima⁽²²⁾, celebrado el 9 de julio de 2010, en el cual, en su tema I – Omisión a la Asistencia Familiar – ¿El tipo penal de omisión a la asistencia familiar es un delito instantáneo o continuado?, se aborda de manera directa la naturaleza jurídica y la forma como opera la prescripción de la acción penal. En este acuerdo, se presentaron dos ponencias o posiciones, y se formaron 5 grupos de trabajo.

Así, respecto de las ponencias o posiciones:

“Primera Ponencia: Algunos consideran el delito de Omisión a la Asistencia Familiar como un delito instantáneo, siendo que para su configuración es suficiente que se incumpla una sola orden judicial de pago de pensión alimenticia, computándose el plazo de prescripción de la acción penal, desde el vencimiento del requerimiento judicial. **Segunda Ponencia:** Otros consideran el delito de Omisión a la Asistencia Familiar como un delito continuado, por la omisión reiterada al cumplimiento de la orden judicial, por lo que el plazo para el cómputo de la prescripción deberá computarse desde el día en que terminó la actividad delictuosa, y traerá como consecuencia que el juzgador incremente un tercio de la pena máxima para el delito más grave”.

De estas posiciones, se advierte claramente la pugna entre la consideración del delito en estudio, como instantáneo o como continuado (“naturaleza jurídica”). No obstante, los argumentos se encuentran desarrollados en los grupos de trabajo.

En el Grupo N° 1, se señaló:

“La señora relatora manifestó que el grupo por UNANIMIDAD votó por la primera ponencia, señalando que el delito de omisión de asistencia fami-

⁽²²⁾ Disponible en <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5e69058045952e719261d67db27bf086/14.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=5e69058045952e719261d67db27bf086> (consultada el 26.06.2013).

liar se configura cuando el agente omite cumplir con su obligación alimentaria establecida por resolución judicial y requerida bajo apercibimiento de ser denunciado por el citado delito: requerimiento que importa un requisito de procedibilidad indispensable para la configuración del tipo penal.”

Consideramos que este argumento es errado parcialmente, pues, por un lado, se señala certeramente el momento de la consumación de este delito; no obstante, más adelante, se agrega que el requerimiento importa un requisito de procedibilidad indispensable para la configuración del tipo penal. Este último razonamiento es errado desde el punto dogmático, pues los requisitos de procedibilidad no afectan la configuración del delito sino su persecución⁽²³⁾.

En el Grupo N° 2, se dejó sentado lo siguiente:

“El señor magistrado Egavil Abad señaló que el grupo por MAYORÍA votó por la primera ponencia, fundamentando su posición en que el delito de Omisión a la Asistencia Familiar se configura a partir de la fecha del requerimiento de pago en el Proceso Civil”.

Consideramos totalmente acertada la afirmación de que este delito se configura a partir de la fecha del requerimiento de pago en el proceso civil; sin embargo, no se advierten las razones o fundamentos que respalden dicha aseveración.

En el Grupo N° 3, se expresó:

“La señora magistrado Susana Ynés Castañeda Otsu, expresó que por MAYORÍA se votó a favor de la primera ponencia. El fundamento para arribar a la conclusión de que el delito de Omisión a la Asistencia familiar debería entenderse como delito instantáneo, se sustenta en el bien jurídico tutelado, pues si hay una orden de pago y un plazo para efectuar dicho pago y este no es cumplido por el infractor,

⁽²³⁾ Como acertadamente se ha precisado: “La ausencia de una condición objetiva de procedibilidad no tiene más efecto, con relación al delito, que impedir el procedimiento, pero el hecho sigue siendo un ilícito penal”. GRÁNDEZ ODIAGA, José, *La posibilidad de causar perjuicio como elemento del tipo en el delito de falsedad documental material*. Tes. para obtener el título de abogado. Universidad Nacional de Cajamarca, Cajamarca, 2003, p. 103.

entonces se configura el tipo penal de Omisión de asistencia familiar, tal y cual se encuentra literalmente señalado en el Código Penal: en ese sentido, un nuevo hecho respecto a esta situación implicaría la comisión de un nuevo delito. Por tanto el plazo de prescripción de la acción penal se computaría a partir del vencimiento del requerimiento judicial del delito notificado al infractor”.

En este grupo de trabajo, se advierten claramente los argumentos por los cuales se adhieren a la primera ponencia, analicemos sus argumentos. La consideración de su naturaleza instantánea con base en el bien jurídico tutelado, nos parece acertada, pues si hay una orden de pago y un plazo para efectuar dicho pago dentro del cual el obligado no cumple, entonces se configura el tipo penal. No obstante, no es tan cierto que ello fluiría “tal cual” o “literalmente” del Código Penal, pues precisamente la amplitud del término “resolución judicial” ha dado lugar a interpretaciones disímiles. Por último, coincidimos plenamente con la afirmación de que “un nuevo hecho respecto a esta situación implicaría la comisión de un nuevo delito”, ya que implícitamente se estaría refiriendo a la “especial configuración de este delito”. Respecto de la prescripción de la acción penal, no discrepamos de su aserción.

El Grupo N° 4 opinó:

“(…) La señora magistrado relatora manifestó que el grupo por MAYORÍA votó a favor de la primera ponencia, bajo los argumentos que el delito de Omisión de Asistencia Familiar es instantáneo, puesto que la figura delictiva se configura no por el hecho de la omisión de alimentos, sino cuando se incumple una resolución judicial que requiere el cumplimiento de una asistencia, contra la misma persona y a favor del mismo alimenticio, el delito se configura cuando se incumple una decisión del juez que ya ha quedado firme”.

El razonamiento de este grupo nos parece confuso. Así, coincidimos en que el delito se configura no con el hecho de la omisión de alimentos sino cuando se incumple una resolución judicial que requiere el cumplimiento de una asistencia (“auto que contiene el apercibimiento”); sin embargo, la afirmación de que “el delito se configura cuando se incumple una decisión del juez que ya ha quedado firme”, nos deja cierta duda, pues no sabemos si se están refiriendo a la sentencia firme o a otra resolución “firme”.

En el Grupo N° 5, se dejó sentado lo siguiente:

“El señor magistrado relator señaló que por MAYORÍA se votó a favor de la primera ponencia, siendo el argumento que el delito de Omisión a la Asistencia Familiar es un delito instantáneo, porque para su configuración es suficiente que se incumpla una sola orden judicial de pago de pensión alimenticia, computándose el plazo de prescripción de la acción penal, desde el vencimiento del requerimiento judicial”.

Los argumentos vertidos por ese grupo respecto de la naturaleza instantánea del delito, nos parecen acertados, pues se entiende que la consumación del delito se da en un solo momento, el cual es cuando se incumple el requerimiento de pago bajo apercibimiento.

Finalmente, en este Pleno Jurisdiccional, luego del debate correspondiente, en la votación participaron 63 Magistrados encontrándose entre ellos Jueces Superiores, Jueces Especializados y Jueces Mixtos, cuyos resultados fueron los siguientes:

*“Primera ponencia: Total 52 votos. Segunda ponencia: Total 05 votos. Tercera posición, se considera un delito permanente: Total 06 votos. Abstenciones: Ninguna. Siendo la conclusión plenaria la siguiente: **CONCLUSIÓN PLENARIA:** El pleno adoptó por MAYORÍA la ponencia que enuncia lo siguiente: ‘Algunos consideran el delito de Omisión a la Asistencia Familiar como un delito instantáneo, siendo que para su configuración es suficiente que se incumpla una sola orden judicial de pago de pensión alimenticia, computándose el plazo de prescripción de la acción penal, desde el vencimiento del requerimiento judicial’.*

Como se advierte de este plenario distrital, aún persiste la opinión de la naturaleza permanente de este delito. Incluso paradójicamente es mayor a la consideración continuada del delito⁽²⁴⁾, aunque no se advierten los argumentos de tales posiciones; debiéndose recalcar que estas posiciones –como ya demostramos– generan problemas prácticos insalvables. Asimismo, podemos decir que este plenario, desarrolla el tema del momento con-

(24) La naturaleza continuada del delito conlleva a los mismos problemas prácticos ya explicados en los puntos precedentes.

sumativo, la naturaleza del delito y la prescripción, no obstante omite en su análisis la consideración de la especial configuración de este delito –a excepción del Grupo N° 3 de manera implícita– y no se aborda la problemática de subsunción típica de las obligaciones alimentarias, derivadas de una “conciliación homologada judicialmente” y de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”, aspectos que hemos abordado explícitamente en la presente investigación.

Respecto a la problemática de subsunción típica de las obligaciones derivadas de la ejecución de un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”, tenemos que ha sido abordado de manera directa en el Primer encuentro de Jueces de Paz Letrado del Distrito de Junín⁽²⁵⁾, los cuales en sus conclusiones señalaron:

“Tema 7: ¿Las actas de DEMUNA en Proceso único de Ejecución, el requerimiento para el pago, puede ser bajo apercibimiento de ser denunciado por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar? En el proceso único de ejecución de actas de conciliación realizadas en DEMUNA es posible requerir el pago bajo apercibimiento de remitirse copias certificadas, pues pese a que se trata de un proceso de ejecución, usualmente los demandados no tienen bienes para embargar en ejecución forzada, y la única forma de lograr el pago de las pensiones de alimentos es remitiendo copias al Ministerio Público para que se instaure el proceso por Omisión a la Asistencia Familiar. Es necesario señalar que el proceso de alimentos se ha considerado como uno de naturaleza no patrimonial, por su carácter humano y esencialmente tuitivo de los derechos de los alimentistas, por tanto, en este caso, debe aplicarse el último párrafo del artículo 690-C del Código Procesal Civil [...], siendo así, pese a que se trata de un proceso de ejecución cuyo apercibimiento sería el de iniciarse ejecución forzada, por su naturaleza especial, el juez puede adecuar el apercibimiento a remitir copias al Ministerio Público, pues es el único modo de lograr el cumplimiento del pago de los alimentos.”

⁽²⁵⁾ Disponible en <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1d228e804cdc9001931cfa0711c6e/DOC.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=1d228e804cdc9001931cfa0711c6e> (consultada el 18 de abril de 2013).

Nosotros consideramos acertada esta conclusión, pues sólo así se puede entender la configuración típica de las conductas derivadas de este tipo de actas. Aunque es pertinente agregar que el proceso de alimentos es uno de naturaleza *sui generis* –lo cual por cierto, no significa negar su naturaleza personal, sino más bien, reconocer que realizando una interpretación de este tipo–, se puede resolver correctamente esta problemática.

En definitiva, habiendo destacado las razones por las cuales debe asumirse el primer criterio de interpretación y discutido críticamente los argumentos que la apoyan, ha llegado el momento de brindar las conclusiones a las cuales hemos arribado.

III. Conclusiones

- El elemento “resolución judicial” contenido en el tipo básico del artículo 149 del Código Penal, como exigencia para la consumación del delito de incumplimiento de obligación alimentaria; teniendo en cuenta su naturaleza jurídica y su especial forma de configuración, debe interpretarse como aquella que hace referencia a la resolución (auto) que contiene el requerimiento de pago de alimentos devengados, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público. En consecuencia, la consumación de este delito opera cuando vence el plazo que otorga dicho auto sin que el obligado cumpla el requerimiento judicial.
- Al afirmar que el delito se consuma cuando vence el plazo otorgado por que otorga la resolución (auto) que contiene el requerimiento de pago de alimentos devengados, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público; permite explicar cómo opera la prescripción de la acción penal, pues al considerarse que es un delito instantáneo “con efectos permanentes”, el plazo de la prescripción se computará a partir de que el sujeto activo omita el mandato establecido en dicho auto; por lo que se tendrá a lo mucho 4 años y medio para perseguir el delito. De esta manera no se vulneran los derechos del sujeto agente a ser investigado y juzgado dentro de un plazo razonable, ni mucho menos se afecta el principio de proporcionalidad.

- Al alegar que el delito se consuma cuando vence el plazo otorgado por la resolución (auto) que contiene el requerimiento de pago de alimentos devengados, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público; se toma en cuenta la “especial forma de configuración” de este delito, pues cada liquidación de pensiones devengadas da origen a un delito y proceso distintos. En tal sentido, cada liquidación que se practique con su respectivo apercibimiento, generará la prescripción de liquidaciones independientes. Por lo que será razonable que el investigado, cuando no pueda ser sentenciado dentro del plazo de ley, haga uso de la prescripción, lo cual por cierto no significa que haya prescrito en la vía civil.
- Al aseverar que el delito se consuma cuando vence el plazo otorgado por la resolución (auto) que contiene el requerimiento de pago de alimentos devengados, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público; permite explicar que la conducta del obligado, derivada de una “conciliación homologada judicialmente”, que omite cumplir el mandato contenido en dicha resolución judicial, se subsume en el tipo penal 149 del Código Penal; pues si se considera que dicho elemento del tipo hace referencia al precitado “auto”, en el caso de que se presentase este supuesto, el requerimiento de pago debe hacerse mediante una “resolución judicial” de esta naturaleza.
- Con base en lo desarrollado en el Primer Encuentro de Jueces de Paz Letrado del Distrito de Junín, al afirmar que el delito se consuma cuando vence el plazo otorgado por la resolución (auto) que contiene el requerimiento de pago de alimentos devengados, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público; permite explicar que la conducta del obligado, derivada un “acta de la DEMUNA en un proceso único de ejecución”, que omite cumplir el mandato contenido en dicha resolución judicial, también se subsume en el tipo penal 149 del Código Penal; ya que si se considera que dicho elemento del tipo hace referencia al precitado “auto”, en el caso de que se presentase este supuesto, el requerimiento de pago también debe hacerse mediante una “resolución judicial” de esta naturaleza.

IV. Lista de referencias

Libros:

- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*, Editorial San Marcos, 2ª ed., 1996.
- CAMPANA VALDERRAMA, Manuel M., *El delito de Omisión a la Asistencia Familiar*, Fondo Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2002.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*, Palestra editores, Lima, 2009.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. 1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y ROJAS LEÓN, Ricardo César, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. 1, Jurista Editores, Lima, 2012.
- GOLDSTEIN, Raúl, *Diccionario de derecho penal y criminología*, Astrea, Buenos Aires, 2ª ed. actualizada y ampliada, 1978.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Ibedef, Montevideo, 2001.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, *Derecho Penal: Parte Especial*, Editorial Idemsa, Lima, 2008.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, *Derecho Penal: Parte Especial*, T. 1, Editorial Idemsa, Lima, 2010.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Delitos contra la familia y violencia doméstica*, Jurista Editores, Lima, 2ª ed., 2011.
- SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho Penal: Parte Especial*, Editorial Idemsa, Lima, 2005.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Idemsa, Lima, 2004.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino. Parte General*, T. 2, Buenos Aires, Tipografía Editora, 3ª ed., 1963.
- TORRES GONZÁLES, Eduardo, *El delito de omisión a la asistencia familiar*, Editorial Idemsa, Lima, 2010.

VILLA STEIN, Javier, *Derecho Penal: Parte Especial I-B*, Editorial San Marcos, Lima, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, T. 1, Ediciones Jurídicas, Lima, 5ª ed., 1998.

Revistas

ATIENZA, Manuel, *Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática*, 2008. [Documento WORD] extraído el 3 de agosto de 2012, actualizado el 6 de enero de 2014. <http://proiure.org.pe/articulos/tesis3.pdf>.

BINDER, Alberto M., “Prescripción de la acción penal: la secuela del juicio”, en *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.

CAYRO CARI, Rubén, “¿Es la omisión a la asistencia familiar un delito instantáneo? Tendencias jurisprudenciales adversas a los derechos del niño y del adolescente”, en *Gaceta Penal y Procesal Penal* N° 22, abril 2011, pp. 107-11.

GRÁNDEZ ODIAGA, José, La posibilidad de causar perjuicio como elemento del tipo en el delito de falsedad documental material. Tes. para obtener el título de abogado. Universidad Nacional de Cajamarca, Cajamarca, Perú, 2003.

ORÉ GUARDIA ABOGADOS, *Boletín N° 13*, 2011. [Documento PDF] extraído el 3 de agosto de 2012, actualizado el 6 de septiembre de 2013. <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/boletines/Boletin-13.pdf>

Sitios Web y documentos electrónicos:

Pleno Jurisdiccional Penal Nacional-Ica. 1998. [Documento PDF]
http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/186b8a8046d47648a3fba344013c2be7/Presentacion_plenosj+C+6.+5.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=186b8a8046d47648a3fba344013c2be7 (consultada el 17.10.2012).

Pleno Jurisdiccional Distrital Penal- Corte Superior de Justicia de Amazonas. 2007. [Documento PDF]
<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2da6c7804e9119b7b859fec478d96957/Plenos+Jurisdiccionales+CR.pdf?MOD=AJPERES> (consultada el 24.06.2013).

Pleno Jurisdiccional Distrital Penal- Corte Superior de Justicia de Arequipa. 2007. [Documento PDF]

<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2da6c7804e9119b7b859fec478d96957/Plenos+Jurisdiccionales+CR.pdf?MOD=AJPERES> (consultada el 15.06.2013).

Primer Pleno Jurisdiccional Distrital Penal–Huancavelica. 2008. [Documento WORD] <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4613930043eb784294a6d74684c6236a/PlenoDistPenalHuancavelica2008220310.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4613930043eb784294a6d74684c6236a> (consultada el 03.02.2013).

Pleno Jurisdiccional Distrital Penal- Corte Superior de Justicia de Lima. 2010. [Documento PDF]
<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5e69058045952e719261d67db27bf086/14.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=5e69058045952e719261d67db27bf086> (consultada el 26.06.2013).

Primer Encuentro de Jueces de Paz Letrado del Distrito de Junín. 2011. [Documento PDF]
<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1d228e804cdc9001931cfffaf0711c6e/DOC.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=1d228e804cdc9001931cfffaf0711c6e> (consultada el 18.04.2013).