

CRÍTICA JURÍDICA A LA OMISIÓN PROPIA A PARTIR DE LA EJECUCIÓN DE LA OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

LEGAL CRITICISM OF THE OMISSION ITSELF BASED ON THE EXECUTION OF THE OMISSION OF FAMILY ASSISTANCE IN THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM

Tipo de Publicación: Artículo Científico

Recibido: 14/06/2024

Aceptado: 16/07/2024

Publicado: 03/09/2024

Código Único AV: e355

Páginas: 1 (1102-1120)

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.13659299>

Autores:

Teobaldo Alderete Huamancha

Abogado

Maestro en Derecho Penal y Procesal Penal

Doctorando en Derecho

<https://orcid.org/0000-0003-2936-5946>

E-mail: TALDERETEH@ucvvirtual.edu.pe

Afiliación: Universidad Cesar Vallejo

País: República del Perú

Diego Conrado Ludeña Manco

Administrador de Empresas

Maestrando MBA

<https://orcid.org/0000-0002-8680-3458>

E-mail: U20151b634@upc.edu.pe

Afiliación: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

País: República del Perú

Nilton Isaías Cueva Quezada

Licenciado en Educación

Maestro en Gestión Pública y Gobernabilidad

Doctorando en Derecho

<https://orcid.org/0000-0002-1038-8884>

E-mail: ncuevaq@ucvvirtual.edu.pe

Afiliación: Universidad Cesar Vallejo

País: República del Perú

Violeta María De Piérola García

Abogada

Maestra en Derecho Penal y Procesal Penal

Doctorado en Derecho

<https://orcid.org/0000-0002-8075-0340>

E-mail: vpierola@ucvvirtual.edu.pe

Afiliación: Universidad Cesar Vallejo

País: República del Perú

Resumen

El objetivo principal de la investigación fue analizar los elementos típicos que configuran el tipo penal doloso de omisión propia en el delito de omisión de asistencia familiar en la legislación penal peruana. La metodología de la investigación fue de tipo básica y original corto, de enfoque cualitativo, utilizando técnicas de Scoping Review. Los resultados de la investigación permitieron comprender en profundidad las experiencias, percepciones y significados relacionados con delito de omisión de asistencia familiar, así como identificar patrones, temas y significados dentro del material analizado. Se concluyó que el análisis de la tipicidad de la omisión propia en el delito de omisión de asistencia familiar contribuye al desarrollo de la dogmática penal sobre delitos de omisión, donde la imposibilidad económica justificada puede ser un factor relevante a considerar en la tipificación de este delito.

Palabras Clave:

Capacidad económica, sujeto obligado, dogmática penal, imposibilidad económica justificada

Abstract

The main objective of the research was to analyze the typical elements that make up the criminal type of intentional omission in the crime of omission of family assistance in Peruvian criminal legislation. The research methodology was basic, short original type and qualitative approach, using Scoping review techniques. The results of the research allowed us to understand in depth the experiences, perceptions and meanings related to the crime of omission of family assistance, as well as to identify patterns, themes and meanings within the analyzed material. It was concluded that the analysis of the typicality of one's own omission in the crime of omission of family assistance contributes to the development of criminal dogmatics on crimes of omission, where justified economic impossibility can be a relevant factor to consider in the classification of this crime.

Keywords:

Economic capacity, obligated subject, criminal doctrine, justified economic impossibility

Introducción

En la actualidad existe la preocupación de armonizar las leyes y políticas relacionadas con la omisión de asistencia familiar, con la única condición de asegurar la custodia de los derechos de los beneficiarios, por ello la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas (UNICEF, 1989) obliga a los Estados Partes a adoptar medidas determinantes para garantizar la retribución del sustento de alimento del niño por parte de los padres u otras personas responsables, que viven en el estado o en el extranjero (art. 27.4).

Por otro lado, Mapelli (2015) indica que varios países recogen este tipo penal ejecutado a través de omisión impropia, como lo es en el caso de España, con la regulación del artículo 226 del Código Penal; Argentina, con los artículos 1 y 2 de la Ley 13.944; o, Colombia, con el artículo 233 de su código punitivo; por eso, precisa que en estos casos “la evasión del deber de prestaciones periódicas acarrea resultados lesivos concretos sobre los derechos del sujeto pasivo” (p. 287).

En América Latina se reconoce la aplicabilidad de la omisión impropia como modalidad de ejecución del delito de omisión de asistencia familiar, la legislación penal de varios países de la región sanciona este comportamiento omisivo lesivo de los derechos económicos y alimentarios de los sujetos pasivos, la mayor parte de países de América Latina coinciden en adoptar el concepto amplio de omisión

impropia aplicado al delito de omisión de asistencia familiar, abarcando tanto en la negación total como mera disminución maliciosa y dolosa de la prestación debida.

En el informe anual del Poder Judicial peruano (2021) se indica que, existe un incremento del 15% en las denuncias por este delito en comparación con el año anterior, esta tendencia refleja la importancia de abordar de manera efectiva este tipo de conductas para garantizar el bienestar de los familiares que dependen de dicha asistencia; en la legislación penal, el art. 149-A del código establece el tipo penal doloso de omisión propia en la ejecución del delito de omisión de asistencia familiar se refiere a la conducta de quien, pudiendo hacerlo, no cumple con la función real de prestar asistencia económica a sus familiares.

El impacto de la comisión de este delito afecta de manera formal la calidad de vida de los beneficiarios, en su mayoría menores de edad o adultos mayores o en estado de vulnerabilidad, quienes no pueden mantenerse por sus propios medios, por ende, esta omisión puede derivar en dificultades económicas, acceso limitado a servicios básicos y afectar el desarrollo y bienestar de los familiares que dependen de dicha asistencia.

El problema se torna en señalar: ¿De qué manera se configura el tipo penal doloso de omisión propia en el delito de omisión de asistencia familiar en la legislación penal peruana? Conforme la

metodología FINER (factible, interesante, novedosa, ética y relevante), resulta factible debido a que es el análisis de la tipicidad de la omisión propia, permitiendo una mejor comprensión doctrinaria de esta modalidad delictiva aplicada al caso concreto de la omisión de asistencia familiar, coadyuvando al desarrollo de la dogmática penal sobre delitos de omisión.

De otro lado, resulta interesante pues, se empleó un enfoque cualitativo de análisis temático con fenomenológica descriptiva, examinando la legislación, jurisprudencia y doctrina sobre el tipo penal, lo cual debe ser una base de modelo para el estudio de otros delitos de omisión propia; lo cual contribuirá a la difusión del conocimiento jurídico penal en la sociedad; teniendo como aporte de resultados el de orientar a operadores jurídicos para la calificación y determinación de responsabilidad en casos vinculados a este tipo penal.

Metodología

La presente investigación se clasifica como básica y utiliza un enfoque cualitativo para comprender los fenómenos sociales desde la perspectiva de los participantes (Hernández y Mendoza, 2018). Este enfoque permite obtener una comprensión detallada y rica de los mismos (Creswell, 2014).

La técnica de recolección de datos empleada fue el análisis documental (Codina, 2020). Se examinaron documentos relevantes, como tendencias

doctrinarias, entrevistas a profundidad y jurisprudencia, lo que constituye una triangulación de datos cualitativos (Braun y Clarke, 2022).

El análisis de los datos se realizó mediante el enfoque del análisis temático. En la primera fase, se identificaron los temas principales presentes en los documentos analizados. Posteriormente, en la segunda fase, se agruparon los temas en categorías para facilitar el análisis y la interpretación. Por último, en la tercera fase, se seleccionaron los temas más relevantes para la investigación. Este diseño de análisis temático permitió explorar y comprender a fondo los datos recopilados, proporcionando una base sólida para abordar los objetivos de la investigación.

Resultados

Definición dogmática del delito doloso por omisión propia

El delito de omisión a la asistencia familiar resulta ser, los comportamientos que realiza los sujetos activos, en donde las conductas son acciones que conlleva a un resultado, siendo la causa el incumplimiento de deberes alimentarios, por ello para imputar en un proceso penal debemos tipificar el tipo doloso por comisión u por omisión, siendo este último dividido en omisión propia u omisión impropia

Para desarrollar el delito de omisión a la asistencia familiar debemos tener en cuenta, el tipo penal doloso de omisión propia, como expresa Baldino y Romero (2022) quienes define, que el delito de

omisión a la asistencia familiar, es un conjunto concreto de personas unidas que se interrelacionan mediante un vínculo de afectivo que debe existir en el contexto familiar, donde debemos tener en cuenta el marco de protección del bien jurídico protegido, que debe de proteger todo el bien jurídico para evitar que la familia pueda verse afectado por la acción dañosa del sujeto activo.

Así mismo, Islas de Gonzales (1998) agrega que, no hay problema sobre la acción de responsabilidad, porque se prohíbe la omisión y lo que se va a desarrollar a ejecutar es la acción, en razón a ello debemos manifestar que la punibilidad se va a incoar por el incumplimiento de la acción ordenada.

Además, expresa el profesor Mir (2006) que, por omisión pura debemos tener en cuenta el desarrollo objetivo y subjetivo, donde la parte objetiva viene hacer la infracción del cuidado debido, mientras que la parte subjetiva se determina por la ausencia del dolo. En razón a ello, resulta que dentro de la ejecución del proceso por omisión a la asistencia familiar las bases jurídicas, resaltan el bien jurídico y la norma jurídica.

Omisión a la Asistencia Familiar

Para Martinez y González (2021) aclaran que, por mutuo acuerdo o por una sentencia judicial debe cumplirse con la obligación, la cual es atender las necesidades de los menores de edad. El incumplimiento genera consecuencias lo que varía según los países de América Latina considerándose deuda

alimentaria. Vargas y Pérez (2021) mencionaron que, hay medidas por deudas alimentarias en la legislación sustantiva, la experiencia demuestra que ellas parecen no ser efectivas, el camino por la omisión de alimento es un proceso largo e infructuoso ello ocurre porque se viene con la réplica del antiguo sistema de los tribunales menores.

El tipo penal doloso de omisión propia, está tipificado en el artículo 149 de código procesal penal peruano, donde expresa la sanción con una pena no menor de tres años o puede realizar una prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas, que se resolverá mediante la comisión mecanismo de simplificación procesal que permite resolver en un tiempo inmediato de acuerdo al artículo 446 de la citada norma (Mendoza, 2018), teniendo en cuenta que la flagrancia de delito vamos a relacionar con el delito de omisión a la asistencia familiar, como tipo penal, por lo que se debe imputar - por los materiales que corresponde- al alimentista que no quieren dar o de aquellos que no pueden dar, para ello se debe tener en cuenta el expediente 6841-2018-0.

País	Normas aplicables al caso
------	---------------------------

	Autor	Convergencias	Corolario
<p>México</p> <p>Artículo 317 del Código Civil federal: Este artículo establece que toda persona debe cubrir los alimentos de acuerdo a sus acciones como puede ser, hipoteca, fianza, depósito de cantidad, u otra forma de garantía que satisfaga el juicio del juez de familia.</p> <p>Ley de la Familia: En México, la Ley de la Familia establece que los progenitores tienen la obligación de prestar alimentos a sus hijos menores de edad y a quienes corresponda su mantenimiento y educación.</p> <p>Artículo 336 del Código penal federal: Este artículo indica que la desobediencia a la obligación de prestar alimentos y asistencia familiar será sancionada de un mes a cinco años con pena privativa.</p>	<p>Baldino y Romero (2022)</p>	<p>Con una visión determinante explica claramente los resultados de tipo de delito, sosteniendo que un delito de omisión no tiene por qué evitar o dañar un derecho jurídico, y que el delito termina con un abuso de autoridad, las reglas de conducta; no es un delito de omisión, hay que evitar las consecuencias.</p>	<p>El bien jurídico protegido, es cuando el estado protege los intereses de los niños por los delitos omisivos, que incumple los alimentistas recayendo en el delito de omisión a la asistencia familiar (OAF), por ello el derecho sustantivo nos permite analizar y comprender el grado de lesión.</p>
<p>España</p> <p>Artículo 142 del Código Civil: En España, el Código Civil establece que las pensiones alimentarias son una obligación y todos los miembros de la familia tienen la obligación de prestar asistencia moral y material para con sus hijos menores en alimentación, vivienda, salud y educación</p> <p>Artículo 227 del Código penal: Este artículo establece que la desobediencia a la obligación de prestar asistencia familiar tiene graves consecuencias legales que incurre el alimentista, como la privación de libertad de tres meses a un año.</p>		<p>En cuanto a los parámetros de la "capacidad financiera" del deudor, con el fin de solucionar los problemas que existen en el ámbito jurídico, se tendrá en cuenta cuatro situaciones que pueden presentarse en el litigio de hijos adultos que han recibido educación superior. Proporcionar pensión alimenticia a uno de sus padres para que comprenda cómo la necesidad de pensión alimenticia y las capacidades financieras del deudor influyen en la determinación del monto de los beneficios de jubilación esperados.</p>	<p>En nuestra opinión, la reclamación de un niño que tiene suficientes recursos económicos y necesita el apoyo de un progenitor con medios limitados debe ser rechazada, teniendo en cuenta que el deterioro de la situación de la segunda persona no es permisible si existen necesidades del niño, primera persona ya se ha cumplido y de esto le permitió obtener una educación superior.</p>
<p>Argentina</p> <p>El artículo 658 del Código Civil y Comercial: En Argentina, el Código Civil y Comercial establece que ambos tienen la obligación de acuerdo a su condición, y el artículo 663 establece que la obligación subsiste hasta los 25 años, por preparación profesional.</p> <p>Ley 13.944: Esta ley sanciona la desobediencia a la obligación de prestar asistencia familiar con una pena de dos meses a dos años, que va en congruencia con el artículo 73 inciso 4 del código penal argentino.</p>	<p>Baldino y Romero (2021)</p>		
<p>Chile</p> <p>El artículo 323 Código Civil: En Chile, el Código Civil establece que los alimentos deben ser habilitados para que pueda vivir modestamente el alimentado.</p> <p>Ley 14908: Esta ley establece sobre el abandono de familia y el pago de pensiones alimenticias, que se ejecuta a través de una demanda.</p> <p>El artículo 410 del Código Penal. En Chile establece que los alimentos son congruos, atendidos de acuerdo a su posición social como tipifica el código civil y que concuerda con la ley 21212, artículo N.º 8.</p>	<p>Castillo, I (2022)</p>	<p>Si se inicia una causa penal por falta de pago de la pensión alimenticia y de los fondos obtenidos en una causa penal, el imputado podrá alegar en su defensa que carece de medios económicos suficientes para pagar</p>	<p>Es importante tener en cuenta que los salarios percibidos por el contribuyente podrán ser embargados, incluso si los ingresos así percibidos por el contribuyente no superan el salario mínimo multisectorial, por lo que</p>

Tabla 1. Legislación comparada

	la pensión alimenticia además de pagar la totalidad o parte de la pensión alimenticia. No puede afrontar la obligación de cumplirlo.	determinará el juez mediante una sentencia absolutoria o condenatoria.			
Gómez, (2021)	A nivel nacional, se debe considerar una buena práctica que los magistrados envíen copias certificadas de oficio de acuerdo con los requisitos procesales de la Corte Suprema 1977-2019-Lima Norte para evitar demoras en los procedimientos de la OAF. y deben prevalecer los intereses de niñas, niños y jóvenes.	Desde que entró en vigor el presente procedimiento reformado, los delitos de OAF han ido aumentando paulatinamente, alcanzando el 52,21% de los juicios a nivel nacional, totalizando 4.000.907 casos de OAF.	Silva y Quispe, (2021)	Los factores biológicos y sociales también influyen en este delito. El 30% de las investigaciones revelaron una falta de coordinación entre el Estado, las familias y la sociedad, así como una falta de cumplimiento cabal de las normas que garantizan la seguridad y las condiciones de alimentación de los niños, a pesar de estar dentro del alcance de la ley penal. Aunque los niños son el objetivo social más alto, se les niega la oportunidad de tener una mejor calidad de vida.	Las tasas de criminalidad por no brindar apoyo familiar son muy altas en los países pobres, las políticas públicas en estos países no abordan claramente los aspectos familiares y sociales, y la mayoría de los gobiernos no intervienen para permitir que los padres cumplan con el apoyo familiar.
Martínez y Gonzáles, (2021)	El crecimiento de la deuda fue noticia en cinco países, donde los medios lo atribuyeron a las condiciones económicas (Ecuador, Nicaragua, Perú) y la parálisis legal (México).	Debemos tener en cuenta que la deuda alimentaria es alta en dos países, Chile y Uruguay, pero relativamente baja en comparación con otros países de la región desde la pandemia. Estos países también tienen niveles relativamente bajos de informalidad laboral y una amplia red de seguridad social, desarrolladas durante la pandemia.			
Mendoza, F (2018)	La falta de pago de la pensión alimenticia a un hijo, donde el deudor debe considerarse como una forma de violencia económica, ya que se violan tanto los derechos reales de custodia del menor como el desarrollo general del mismo.	El impago de la pensión alimenticia del deudor afecta al alimentista, por lo que debe considerarse una forma de violencia económica.			

Tabla 2. Análisis comparativo de investigación

La omisión como modalidad delictiva

Conceptualmente la omisión, como modalidad delictiva es la falta de acción por parte de un individuo, a pesar de estar legalmente obligado a actuar, lo que resulta en un incumplimiento de un deber jurídico y puede ser considerado un delito.

Según Zaffaroni et al., (2007) la omisión se configura cuando un sujeto, encontrándose en una posición de garante, no realiza una acción que está legalmente obligado a llevar a cabo, y dicha omisión provoca un resultado lesivo. Por otro lado, Roxin (1997) señala que la omisión puede ser considerada como una forma de participación en un delito, específicamente como una contribución al mismo a través de la no realización de una acción que evite el

resultado delictivo. En este sentido, la omisión puede ser tan relevante como la acción positiva en la comisión de un delito

Clases de omisión penalmente relevante

Según Jakobs (1997), se pueden distinguir dos clases de omisión: la omisión pura, referida a la falta de acción frente a un deber jurídico de actuar, y la omisión impropia, que ocurre cuando se incumple un deber de cuidado que lleva a una omisión que es penalmente relevante.

Por ello, la omisión propia, se refiere a la falta de acción cuando existe un deber jurídico de actuar, mientras que la omisión impropia se refiere a la falta de cuidado que lleva a una omisión penalmente relevante; en el caso de la omisión propia, la persona está legalmente obligada a actuar, pero no lo hace, lo que resulta en un incumplimiento de un deber jurídico, normado en el artículo 149-A del Código Penal peruano, el cual que se configura cuando una persona, estando legalmente obligada a prestar asistencia económica a sus familiares y no lo realiza, de otra parte en el artículo 276 de lo susodicho, se establece que la omisión de socorro es un delito que se configura cuando una persona no presta ayuda a otra que se encuentra en peligro, a pesar de que podría hacerlo sin poner en riesgo su propia vida o integridad física.

Tipicidad de la omisión de asistencia familiar

Sujeto activo:

Según Zavala (2010), el sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona que se encuentre en una relación de parentesco o de unión de hecho que genere la obligación de prestar asistencia económica, de acuerdo a lo establecido en la legislación peruana.

En el Código Penal peruano, el artículo 149-A establece que el sujeto activo de este delito puede ser el cónyuge, conviviente, ascendiente, descendiente o hermano, que incumpla con la obligación de prestar asistencia económica a sus familiares. Esta disposición legal define claramente quiénes pueden ser considerados como sujetos activos de este delito en el contexto peruano.

Sujetos pasivos:

De acuerdo con Zavala (2010), el sujeto pasivo de este delito puede ser cualquier persona que se encuentre en una relación de parentesco o de unión de hecho que genere la obligación de prestar asistencia económica, de acuerdo a lo establecido en la legislación peruana.

En el Código Penal peruano, el artículo 149-A establece que el sujeto pasivo de este delito puede ser el cónyuge, conviviente, ascendiente, descendiente o hermano, que no recibe la asistencia económica que le corresponde según la ley. Esta disposición legal define claramente quiénes pueden ser

considerados como sujetos pasivos de este delito en el contexto peruano.

Componente objetivo

Presupuesto de la posición de garante:

Al respecto, García (2008) señala que "en los delitos de omisión propia, el autor responde penalmente porque tenía el deber jurídico de actuación" (p. 542). Es decir, le incumbía una posición de garante específica respecto al bien jurídico tutelado, que en este caso es el derecho de alimentos del sujeto pasivo.

Específicamente en el ilícito analizado, el deber de garantía se origina en el vínculo familiar y el derecho de los sujetos pasivos a recibir alimentos. Como precisa Salinas (2019), este delito "solamente puede ser cometido por aquel que tiene la condición de garante en virtud a una determinada fuente, en este caso, una relación familiar" (p. 265).

Esta relación familiar entre el sujeto activo (padre, madre o responsable) y el sujeto pasivo (hijo/a, cónyuge, ascendientes), genera una posición de garante, es decir, el deber jurídico de proteger el bien jurídico tutelado mediante una acción de asistencia familiar. Su incumplimiento mediante una conducta omisiva dolosa constituye este ilícito penal.

Conducta omisiva:

Según refiere Reátegui (2009), en este delito la conducta omisiva consiste precisamente en que el

obligado "se abstiene de cumplir total o parcialmente con la prestación de los alimentos que está legalmente obligado a proporcionar" (p.512). Es decir, niega o suspende la asistencia familiar pese a su posición de garante y sin que exista una causa legal que lo justifique.

Esta conducta omisiva supone no brindar el monto de alimentos fijado en sentencia civil o se dejan de entregar pensiones periódicas acordadas en instrumento público notarial. Porque al analizar este tipo penal, la omisión se basa en un no hacer, cuando el garante tenía el deber jurídico de actuar prestado los alimentos a su acreedor alimentario.

Nexo causal:

Según refiere Salinas (2019), en este delito "debe establecerse con certeza que el no cumplimiento de la prestación debida es la causa de la lesión o peligro del bien jurídico tutelado" (p.267); es decir, la negación de pasar la pensión de alimentos u otras prestaciones debe ocasionar un daño real o situación de peligro para el derecho a la asistencia familiar y alimentaria del sujeto pasivo.

Por su parte, Peña (2008) precisa que este vínculo causal se configura cuando producto de la omisión se coloca al sujeto pasivo en grave situación económica o se le impide satisfacer sus necesidades elementales. Entonces, es el incumplimiento doloso del garante de su deber asistencial lo que desencadena los perjuicios patrimoniales o personales.

Componente subjetivo

Elemento volitivo, dolo:

El dolo constituye el elemento volitivo fundamental en los delitos de omisión propia como el de omisión de asistencia familiar. Implica que el agente actúa con conocimiento y voluntad de incumplir su deber de garantía mediante un no hacer lesivo al bien jurídico tutelado.

Respecto a este delito, Coarite et al., (2020) expresa que el dolo es la conducta ilícita señalada incluye el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la decisión judicial. En otras palabras, basta con poner fin al cumplimiento de dichas obligaciones, especialmente las de asistencia. Es decir, el agente conoce su posición de garante y pese a ello decide deliberadamente no cumplir con proporcionar los alimentos debidos.

Por su parte, Panizo (2021) precisa que, al tratarse de un delito doloso según los criterios de análisis del incumplimiento en el mantenimiento del centro penitenciario de San Juan de Lurigancho en Perú, que genera problemas de prisión preventiva y hacinamiento carcelario, se advierte la falta de valores en el entorno social del deudor, además de la situación financiera del deudor. Actúa entonces de forma voluntaria y consciente de la criminalidad y resultados de su omisión.

Elementos subjetivos del injusto; exigibilidad de otra conducta:

Los elementos subjetivos del injusto son aquellas condiciones de carácter personal que posibilitan que al agente se le pueda formular un reproche por no haber actuado de manera distinta, pese a tener la capacidad de hacerlo según las circunstancias del caso concreto.

Uno de estos componentes es la exigibilidad de otra conducta, que resulta esencial en los delitos de omisión propia como el de omisión de asistencia familiar. Al respecto, Hurtado (2005) precisa que para determinar la responsabilidad penal en este delito "no basta verificar que existió una abstención antijurídica, sino que era posible exigirle jurídicamente un comportamiento distinto" (p.748); es decir, además del dolo, es necesario corroborar que el agente tenía efectivamente la capacidad de cumplir con su posición de garante brindando la prestación de alimentos, y pese a ello decidió deliberadamente no hacerlo. De lo contrario, estaría ausente la exigibilidad de un actuar diferente y por tanto no sería posible formular un juicio de reproche por su omisión.

Consumación y tentativa

Momento de consumación del delito:

Al analizar este momento de agotamiento delictivo, Tejada (2021) sostiene que los acusados fueron investigados por falta de pago de manutención familiar, morosidad y falta de pago de manutención infantil porque el delito surgió del incumplimiento

intencional del acusado y, por lo tanto, señalaron que aprovecharon esta oportunidad de principios como una oportunidad de prolongar la manutención de sus hijos, se paga de tal manera que afecta el bienestar del niño e impide que disfrute de un nivel de vida adecuado, imposibilitando así alcanzar un desarrollo físico y mental óptimo.

Así mismo Vinelli (2019) aclara que la valoración del sujeto a obedecer debe ser juzgada por la disposición del sujeto, es decir, en este caso, el condenado puede tener bienes a su nombre, pero como preso no puede disponer libremente de sus bienes. Por lo tanto, sería un abuso de poder si un juez condenara a una persona procesada en otro caso penal que posee bienes, pero no puede administrarlos.

Por tanto, la conducta omisiva inicial del sujeto obligado se prolonga en el tiempo hasta que finalmente se concreta o materializa el resultado de afectación sobre la esfera patrimonial o personal del sujeto alimentista. Es en ese instante, que se agota la comisión del delito de omisión de asistencia familiar. Mientras no deriva en un menoscabo efectivo, solo constituiría tentativa.

Admisibilidad de la tentativa:

Según Huallpa et al., (2019) en relación con la ocurrencia de un hecho con un impacto social muy grave, es muy específico y útil sancionar a quienes son castigados por el delito de incumplimiento de obligaciones alimentarias; esto se debe a que muchas familias no cumplen con sus responsabilidades

hacia los miembros principales de la familia, en este caso los menores, por lo que estamos ante una tentativa de responsabilidad y obligaciones. Es decir, hay un principio de realización de la abstención de brindar los alimentos o apoyo correspondiente, pero sin generar aún la afectación concreta al derecho del sujeto pasivo.

De modo similar, Hurtado (2005) sostiene que en este delito "hay tentativa cuando el obligado ha dejado de cumplir temporalmente con su prestación alimentaria, pero este incumplimiento no ha llegado a poner en peligro o lesionar el bienestar del alimentista" (p.432). Por tanto, mientras la omisión del garante no acarree los perjuicios materiales propios de la consumación delictiva, constituirá únicamente tentativa de omisión de asistencia familiar, por hallarse en grado de ejecución posterior al momento en que nace la obligación de prestar los alimentos.

Penalidad y acciones legales aplicables

Se encuentra determinado, en el párrafo 1 del artículo 149 del Código Penal peruano respecto del tipo básico de inactividad, que describe el comportamiento básico o principal de un sujeto activo que no cumple con la obligación de proporcionar alimentos establecida por decisión judicial. Como apunta Taboada (2019), también procede en la defensa a la alimentación como un derecho humano básico que requiere especial atención. Está estrechamente relacionado con la supervivencia y el desarrollo humano, por lo que está protegido no sólo por

la legislación nacional, sino también por acuerdos internacionales.

Adicionalmente, el procesado debe abonar el monto total de lo adeudado por concepto de alimentos a favor del agraviado; al respecto, Zegarra (2018) precisa que el acto doloso en la omisión a la asistencia familiar significa la intención directa de causar daño, mientras que la culpa o el no querer dar significa no observar la confiabilidad, incluido calcular y evitar las consecuencias dañinas de una acción o inacción, sin la intención de causar daño a otra persona.

Finalmente, Reyna (2011) señala que sólo imponiendo al condenado la obligación de pagar una indemnización civil, la sociedad puede darse cuenta de que la intervención del castigo estatal no es sólo simbólica, sino que también puede reforzar los signos de una de las amenazas criminales y afectar la reducción de la reincidencia delictiva.

Discusión

Desde el objetivo principal, luego de la investigación de los elementos típicos que configuran el tipo penal doloso, los entrevistados arguyen que los componentes de la familia constituyen el bien jurídico protegido y la conducta de omitir o “no hacer” respecto de la prestación de los alimentos, genera, desde una sentencia judicial, el incumplimiento evidenciado en litis, teniendo como elementos constitutivos al dolo, antijuridicidad y la culpabilidad.

Doctrinariamente se consideró la magnitud del fenómeno en el derecho peruano y siguiendo con los argumentos de Zavala (2010) el delito de omisión de asistencia familiar es la falta de cumplimiento de la obligación alimentaria hacia los hijos o familiares, y puede ser tipificado como un delito doloso por comisión u omisión; en el caso de la omisión propia, se requiere que el deudor alimentario tenga la capacidad de cumplir con la obligación alimentaria y, sin embargo, no lo hace intencionalmente.

En el desarrollo jurídico, de acuerdo a las investigaciones científicas, expresa Tejada (2021) que, de ser posible, el fiscal imputará al imputado investigado por negligencia en el sustento familiar, comisión de delito e incumplimiento del deber de alimentos, porque el delito se cometió por falta dolosa del imputado, por lo que se le ha observado utilizar el principio de oportunidades como forma de ampliar los pagos de manutención de los hijos, afectar el bienestar del niño e impedir que disfrute de un nivel de vida adecuado, obstaculizando así su desarrollo óptimo. aspectos físicos y mentales.

En razón a ello, se debe de tener en cuenta que el incumplimiento alimentario puede ser considerado como una forma de violencia económica que afecta el bienestar del alimentista, los cuales en la mayoría de los casos son los hijos entre otros dependientes. En donde los principales argumentos fueron que existe la necesidad de adaptar la aplicación del

derecho y los criterios de justicia a las circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta las necesidades de los beneficiarios y las capacidades de los deudores.

Además, se debe de tener en cuenta los contextos de cada uno de los deudores, para que puedan realizar una debida motivación, los fiscales y jueces en cumplimiento del proceso y teniendo en cuenta los elementos constitutivos como son: el dolo, anti-juridicidad y la culpa, mediante acciones que deben de adoptar criterios relacionados a la suspensión temporal de las sanciones penales y la implementación de programas de apoyo económico.

Como primer objetivo específico, se analizó la capacidad económica del deudor alimentario, se concluye a través de las entrevistas, que la omisión de asistencia familiar es una evolución que enfatiza la protección de los menores acreedores, por incumplimiento de los deudores que se encuentran en situaciones delictivas, teniendo en cuenta los principios inherentes a los derechos del menor.

Para ello, es importante señalar que, en los casos penales analizados, la fórmula legislativa está estructurada de tal manera que sólo se procede a ejecutar en el dolo directo, por lo que las acciones del sujeto activo en tales delitos incluyen también el incumplimiento como deudor alimentista, como reglas del proceso alimentación; determinada por decisión judicial.

Según la doctrina que manifiesta Peña (2008) que en cualquier caso, la incapacidad económica puede considerarse una falta de intención, porque no puede haber finalidad de incumplir si la persona no puede hacerlo, lo cual es un tema discutible y debe ser analizado por el juez de la causa -el fundamento del caso- no significa que se invierta la carga de la prueba, es decir, si el imputado propone las condiciones anteriores deberá probarlo, pero en general, en el sistema procesal de acusación, el fiscal siempre tendrá que probar la capacidad financiera del demandado. Teniendo en cuenta que uno de los cónyuges tenga medios suficientes para pagar todos los gastos de un hijo alimentista no reduce, por supuesto, la obligación del otro cónyuge, de modo que el carácter penal del acto permanece inalterado.

Así mismo, la investigación científica de Vinelli (2019) manifiesta que, para evitar la carga que pesa sobre el juez penal debemos evaluar las capacidades financieras del deudor, creemos que el juez civil será responsable de evaluar las capacidades financieras del deudor antes de remitirlo a casos penales. Como ocurre con todos los imputados. En las causas penales, la ley fija una pena mínima para poder avanzar y transitar las distintas etapas del proceso.

Por tanto, las autoridades públicas deberían exigir a los reclamantes que demuestren su capacidad financiera en caso de incumplimiento. Si es

insolvente, debe presentar una denuncia para evitar una gran carga procesal. Concordando con que, la capacidad económica del deudor alimentario es un factor importante a considerar en la determinación de la pensión alimentaria que debe pagar, y que esta debe ser proporcional a sus ingresos y gastos. Esta información es importante debido a que los jueces comprenderán los problemas que enfrentan los procesados, asimismo, deben de desarrollar una visión más humanista para que adopten medidas menos gravosas a la libertad.

De otro lado, existen barreras que enfrentan los obligados para cumplir con sus deberes, por ende, es necesario que los jueces y fiscales comprendan la situación socioeconómica de los deudores, las razones detrás del incumplimiento de pago, y las estrategias de apoyo que podrían ayudar a mejorar su capacidad económica y cumplir con sus obligaciones alimentarias, por lo se debe tener en cuenta que las principales causas de la falta de capacidad económica en los deudores alimentarios son: a) la reducción de ingresos, b) la informalidad, c) el aumento del costo de vida, d) el incremento de despidos, entre otros factores sociales y económicos, siendo esta una situación que expone en un estado de vulnerabilidad a los obligados, puesto que, no tienen la capacidad económica para sustentar sus propias necesidades a causa de la disminución de sus ingresos y cumplir con los deberes alimentarios, que

resulta ser un fenómeno que pone en riesgo el desarrollo adecuado de su vida.

Como segundo objetivo específico, se describió la expectativa de acción en la regulación del delito en el sistema penal, donde se analizó aplicando la triangulación en la omisión de asistencia familiar la que se determina mediante supuesto de tentativa o por dolo, de ello los informantes, teniendo en cuenta como dolo o tentativa en la omisión de asistencia familiar, sustentan que, se tiene que esperar que el juzgado de Paz Letrado remita las copias hasta ejecutar el pago, toda vez que al iniciar las diligencias preliminares y convocar tanto al investigado como agraviado, para que declaren y convocarlos a la audiencia de principio de oportunidad, luego de recibir las copias certificadas del Juzgado el Fiscal lo que va hacer es incoar el proceso inmediato, situación que por economía procesal me parece bien. Donde en el delito de omisión a la asistencia familiar es un delito de omisión propia que con el solo hecho de no cumplir el “no hacer” se despliega el delito no hay tentativa.

Así mismo, de forma doctrinaria Taboada (2019) señala que, en un delito de omisión, debemos tener en cuenta que la tipicidad se demuestra corrigiendo que el acto realizado no está incluido en la descripción del acto por el cual se cometió el delito. En el marco del tipo de omisión propia se pueden clasificar tres elementos estructurales que se desarrolla como imputación al tipo objetivo: a) situación

típica generada del deber, b) no realización de la conducta ordenada y c) culpabilidad para realizar la acción ordenada. El objetivo de estas categorías es comprobar que el imputado ha actuado sin autorización. Por tanto, al examinar las formas de tipo objetivo según el artículo 149 del código procesal penal en su forma básica, los elementos estructurales del delito de omisión deben concurrir simultáneamente.

También tenemos el análisis de la investigación científica por Gómez (2021) quien manifiesta que, en estos casos reales, si se iniciara inmediatamente un proceso sobre la base de una copia certificada enviada por un magistrado, el acusado sería absuelto en el juicio por falta de pruebas o porque el delito fue desestimado por la muerte del acusado.

Este procedimiento aumentará el descontento del público con el sistema judicial, porque la madre alimenticia estará convencida de que la rapidez procesal de la OAF en el manejo de casos penales sólo puede liberar al acusado sin una protección legal efectiva. Por ello las normas modificatorias, sobre omisión a la asistencia familiar, determina el dolo a partir del incumplimiento del deber.

En razón a ello debemos tener en cuenta que el sistema penal peruano tiene la finalidad de proteger a través del derecho la asistencia familiar, teniendo en cuenta la expectativa de acción del imputado, que recae en dolo y no en tentativa, por el incumplimiento de no dar, como deudor para el alimentista, determinándose como delito de omisión

de asistencia familiar, que se encuentra tipificado en el artículo 149 del Código penal, para lo cual debe primar el objeto material como; situación típica generada del deber, no realización de la conducta ordenada y culpabilidad para realizar la acción ordenada.

Conclusiones

Las conclusiones obtenidas de esta investigación resaltan la contribución del análisis del delito de omisión de asistencia familiar en el desarrollo de la dogmática penal. El estudio ha permitido adquirir una comprensión más sólida de esta modalidad delictiva, identificando elementos clave y estableciendo fundamentos teóricos que enriquecen el abordaje jurídico de estos delitos.

Además, se destaca la importancia de considerar el contexto social y familiar en el cual se desarrolla este delito, así como las implicancias sociales y familiares que conlleva el incumplimiento de la obligación de asistencia. La comprensión de estos factores contextuales resulta esencial para un enfoque adecuado de este delito, promoviendo soluciones más justas y efectivas que tomen en cuenta las circunstancias individuales y sociales de los involucrados.

Asimismo, se concluye que la imposibilidad económica justificada debe ser considerada como un factor relevante en la tipificación de este delito. En aquellos casos en los que exista una falta de recursos genuinos para cumplir con la obligación

alimentaria, se propone que el sujeto obligado sea eximido de responsabilidad penal. Esta consideración garantizaría un enfoque más equitativo y sensible a las realidades económicas de los individuos involucrados, evitando sanciones injustas para aquellos que no puedan cumplir debido a circunstancias económicas genuinas y justificadas.

Finalmente, estas conclusiones subrayan la importancia del análisis del delito de omisión de asistencia familiar, resaltando la necesidad de considerar el contexto social y familiar, y proponiendo la relevancia de la imposibilidad económica justificada como factor en la tipificación de este delito. Estos hallazgos brindan una base sólida para mejorar el marco jurídico y promover una aplicación más justa y equitativa de la ley en casos relacionados con la obligación de asistencia familiar.

Referencias

- Baldino, N., y Romero, D. (2021). Interpretación y criterios objetivos para determinar la pensión de alimentos basados en los "estudios existosos". *Revista Oficial del Poder Judicial*, 21-60. Documento en línea. Disponible <https://doi.org/10.35292/ropj.v14i18.82>
- Baldino, N., y Romero, D. (2022). El delito de omisión de asistencia familiar: Análisis del tipo objetivo. *Revista oficial del poder judicial*, 14(18), 173-214. Documento en línea. Disponible <https://doi.org/10.35292/ropj.v14i18.82>
- Braun, V., y Clarke, V. (2022). Conceptual and design thinking for thematic analysis. *Qualitative Psychology*, 9(1), 3-26. Documento en línea. Disponible <https://doi.org/10.1037/qup0000196>

- Castillo, I. (2022). La pena por o pagar la pensión de alimentos 2022. *Mundojurídico.info*. Documento en línea. Disponible <https://www.mundojuridico.info/la-pena-porno-pagar-la-pension-de-alimentos/>
- Coarite, A., Cáceres, M., Yujira, J., y Hilasaca, L. (2020). El delito de la omisión a la asistencia familiar desde la Criminología Clínica: Un estudio de la realidad Puneña. *Redalyc.org*, 146-149. Documento en línea. Disponible <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=671872865017>
- Codina, L. (2020). Revisiones bibliográficas sistematizadas en Ciencias Humanas y Sociales. Fundamentos. En: Lopezosa C, Díaz-Noci J, Codina L, editores *Metodos Anuario de Métodos de Investigación en Comunicación Social*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra; 2020. p. 50-60. Documento en línea. Disponible <https://doi.org/10.31009/methodos.2020.i01.05>
- Código Procesal Penal, [NCP]. (2023). Decreto Legislativo 957. SPIJ. Documento en línea. Disponible <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682693>
- Creswell, J. (2014). *Investigación cualitativa y Diseño investigativo*. Lincoln: Universidad Nebraska. Documento en línea. Disponible https://www.researchgate.net/publication/332246566_Book_Review_Creswell_J_W_2014_Research_Design_Qualitative_Quantitative_and_Mixed_Methods_Approaches_4th_ed_Thousand_Oaks_CA_Sage
- García, P. (2008). *Derecho Penal-Parte General*. Lima: Juristas Editores.
- Gómez, Á. (2021). Análisis de las modificaciones normativas y jurisprudenciales del delito de omisión de asistencia familiar. *Ius Vocatio*, 99-117. Documento en línea. Disponible <https://doi.org/10.35292/iusVocatio.v4i4.543>
- Hernández, R., y Mendoza, C. (2018). *Metodología de la Investigación: Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. Mexico: Mc Graw Hill.

- Huallpa, A., Laqui, D., Pumahualcca, D., Valdez, T., y Quispe, H. (2019). Estudio sobre el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria desde las perspectivas de las escuelas jurídico - penales. Redalyc.org. Documento en línea. Disponible <https://www.redalyc.org/pdf/6718/671872827012.pdf>
- Hurtado, J. (2005). Manual de derecho penal. Parte general. Lima: Grijley.
- Islas de Gonzales, O. (1998). Responsabilidad penal por omisión. Bases doctrinales. Instituto de investigación jurídicas de la UNAM, 169-179. Documento en línea. Disponible <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3064/13.pdf>
- Jakobs, G. (1997). Derecho Penal. Parte General. Madrid: Ediciones Juridicas S.A.
- Mapelli, B. (2015). Estudio juirídico penal sobre el delito de omision del deber de socorro. España: Thomas Reuters.
- Martinez, J., y Gonzáles, C. (2021). Pensiones alimentarias y protección social ante la pandemia en América Latina durante el 2020: oportunidades para superar la desconexión. Scielo Perú. Documento en línea. Disponible doi:: 10.21678/apuntes.89.1512
- Mendoza, F. (2018). La construcción de la imputación concreta en los delitos de omisión de asistencia familiar. En Jurado D. y Revilla, Principales problemas. Gaceta Jurídica.
- Mir, S. (2006). Derecho Penal. Parte General. Barcelona: Reppertor.
- Panizo, D. (2021). La presión preventiva en el Perú y su influencia en delitos de omisión a la asistencia familiar. Lex. Documento en línea. Disponible [doi:https://doi.org/10.33996/revistalex.v4i14.97](https://doi.org/10.33996/revistalex.v4i14.97)
- Peña, R. (2008). Tratado de derecho penal parte especial. Lima: Grijley.
- Reátegui, J. (2009). Delitos contra la familia. Lima: Grijley.
- Reyna, L. (2011). Delitos contra la familia y de violencia domestica. Lima: Juristas editores.
- Roxin, C. (1997). Derecho penal. (Vol. 1). Madrid: Civitas. Documento en línea. Disponible https://www.academia.edu/download/53757802/libro_1_teroria_del_delito.pdf
- Salinas, R. (2019). Delitos contra la familia. Lima: Instituto Pacifico.
- Silva, K., y Quispe, R. (2021). Excarcelación de sentenciados por delitos de omisión a la asistencia familiar en emergencia sanitaria por COVID -19. Horizonte Empresarial. Documento en línea. Disponible <https://doi.org/10.26495/rce.v8i2.1972>
- Taboada, G. (2019). Delito de omisión a la asistencia familiar y proceso inmediato. Lima: Servicios Gráficos JMD.
- Tejada, C. (2021). Incumplimiento de obligación alimentaria por principio de oportunidad y vulneración del derecho del niño, caso en una provincia del Perú. Veritas Et Sciencia. Documento en línea. Disponible <https://doi.org/10.47796/ves.v10i1.460>
- UNICEF. (1989). Convención sobre los Derechos del niño . Madrid: Rex. Media.
- Vargas, M., y Pérez, P. (2021). Pensiones de alimentos. Algunas razones para explicar el fenómeno del incumplimiento. Scielo. Documento en línea. Disponible [10.29393/RD250-6PAMP20006](https://doi.org/10.29393/RD250-6PAMP20006)
- Vinelli, R. (2019). ¿Debe tenerse en cuenta la caapacidad económicaa del sujeto obligado en la tipicidad del delito de omisión a la asistencia familiar? Ius et Veritas. Documento en línea. Disponible <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201901.003>
- Zaffaroni, E., Alagia, A., y Slokar, A. (2007). Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar.
- Zavala, H. (2010). Derecho penal. Parte Especial. Lima: Gaceta Juridica.

Zegarra, J. (2018). La cuantificación de la reparación Civil en la omisión de asistencia familiar. Trujillo: Juristas Editores.