

EXPEDIENTE N° 7498-2014-54

Sumilla. El imputado no es el padre biológico de la agraviada, es decir, no existe ninguna forma legal de filiación con ella, así como tampoco la situación excepcional de hija alimentista. En otras palabras, no existe ningún vínculo jurídico entre el imputado y la agraviada que genere la obligación de prestar los alimentos conforme a ley. En consecuencia, siguiendo la *ratio decidendi* de la Revisión de Sentencia N° 54-2012-Ancash, en el presente caso podemos igualmente concluir que al no ser el encausado el padre biológico de la menor agraviada, no resulta obligado a acudir con la obligación alimenticia en su favor; por tanto, debe absolverse de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de omisión de asistencia familiar.

SENTENCIA DE VISTA

RESOLUCIÓN NÚMERO DIECISIETE:

Trujillo, veinticuatro de agosto del dos mil diecisiete. -

Imputado	: Pedro Serapio Sevilla Mantilla
Delito	: Omisión de asistencia familiar
Agraviado	: Betsy Jackeline Sevilla Mantilla
Procedencia	: Primer Juzgado Penal Unipersonal de Trujillo
Impugnante	: Ministerio Público
Materia	: Apelación de sentencia absolutoria
Especialista	: Juvelser Díaz Delgado

VISTOS: El recurso de apelación interpuesto por el fiscal Esteban Rafael Zafra Guerra de la Fiscalía Provincial Mixta Corporativa de La Esperanza, contra la sentencia absolutoria contenida en la resolución número diez del doce de septiembre del dos mil dieciséis, emitida por el juez Ricardo Gutiérrez Cornelio del Primer Juzgado Penal Unipersonal de Trujillo. La audiencia de apelación se realizó el dieciséis de agosto del dos mil diecisiete, en la sala de audiencias de la Tercera Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, con la presencia de los jueces superiores titulares Walter Cotrina Miñano, Carlos Merino Salazar y Giammpol Taboada Pilco (Director de Debates), la fiscal superior Patricia Rabines Briceño, el abogado defensor Gerardo Nieto Grau y el imputado Pedro Serapio Sevilla Mantilla.

Interviene como ponente el juez superior **Giammpol Taboada Pilco**.

ANTECEDENTES:

Acusación

Con fecha treinta de diciembre del dos mil catorce, la fiscal Luz Marina León Collantes de la Fiscalía Provincial Mixta Corporativa de La Esperanza, formuló acusación directa contra el imputado Pedro Serapio Sevilla Mantilla como autor del delito de omisión de asistencia familiar, tipificado en el primer párrafo del artículo 149° del Código Penal, en agravio de Betsy Jackeline Sevilla Mantilla; por el hecho punible

consistente en que conforme a las copias certificadas del Expediente N° 40-2008 sobre alimentos, remitidas por el Juzgado de Paz Letrado del módulo básico de La Esperanza, mediante sentencia de fecha siete de abril del dos mil nueve, se declaró fundada en parte la demanda de alimentos, ordenando que el demandado Pedro Serapio Sevilla Mantilla acuda con una pensión alimenticia mensual y adelantada a favor de su hija Betsy Jackeline Sevilla Mantilla, en la suma de ciento ochenta soles (S/ 180.00). Luego en ejecución de sentencia, se practicó la liquidación de pensiones alimenticias devengadas contenida en el Informe N° 087-2014-MBJL-YIEV, fijando el monto de once mil seiscientos ocho soles con cincuenta y dos céntimos (S/ 11,608.52), que comprende el periodo del primero de julio del dos mil nueve al veintidós de junio del dos mil catorce más un mes adelantado; suma que fue aprobada mediante resolución número quince de fecha dieciséis de julio del dos mil catorce, ordenándose que se notifique al demandado –ahora imputado- a fin de que cumpla con hacer efectivo el pago en el plazo de perentorio de tres días de notificado, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público para la formulación de la denuncia penal respectiva.

El imputado pese a encontrarse debidamente notificado con la resolución número quince, no cumplió con lo dispuesto por el órgano jurisdiccional, ordenándose mediante resolución número dieciséis de fecha nueve de setiembre del dos mil catorce, la remisión de copias certificadas al Ministerio Público a fin de que proceda conforme a sus atribuciones.

Sentencia de primera instancia

Con fecha doce de setiembre del dos mil dieciséis, el juez supernumerario Ricardo Gutiérrez Cornelio del Primer Juzgado Penal Unipersonal de Trujillo, expidió la sentencia contenida en la resolución número diez, absolviendo al imputado Pedro Serapio Sevilla Mantilla como autor del delito de omisión a la asistencia familiar, tipificado en el primer párrafo del artículo 149° del Código Penal, en agravio de Betsy Jackeline Sevilla Mantilla, en consecuencia, ordenó la anulación de los antecedentes policiales y judiciales y se remitan copias al Ministerio Público para que inicie la acción correspondiente respecto al accionar de la representante de la menor agraviada. La sentencia ha considerado que el imputado no ha actuado con dolo, pues si bien es cierto que sabía de la existencia del proceso civil en donde adeudaba pensiones y se le ordenó que pague a través de una resolución judicial; sin embargo, no lo hizo debido a que sabía que no era el padre de la menor, pues existía otra acta de nacimiento inscrita antes en donde su supuesta hija tenía otro padre y otro nombre, hecho que fue corroborado con la prueba de ADN a través del cual se señaló que no era el padre biológico de la menor y la sentencia sobre impugnación de la paternidad.

Recurso de apelación

Con fecha veinte de setiembre del dos mil dieciséis, el fiscal Esteban Rafael Zafra Guerra de la Fiscalía Provincial Mixta Corporativa de La Esperanza, presentó recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, solicitando que sea revocada al haberse vulnerado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva a favor de la menor agraviada representada por su madre María Elizabeth Chávez Campos, así como el principio del interés superior del niño, en razón que en el proceso de alimentos tramitado ante el Juzgado de Paz Letrado del módulo básico de justicia de La Esperanza, en el Expediente N° 40-2008-FC, se ha establecido que la menor Betsy Jackeline Sevilla Mantilla es hija del imputado y al tenerse por cierta la partida de nacimiento donde firma como declarante, habiéndose realizado la prueba biológica de ADN -con resultado negativo de paternidad-, después de doce años de haberse declarado como padre, entonces el reconocimiento de paternidad relega en un segundo plano la paternidad biológica.

Con fecha veintidós de setiembre del dos mil dieciséis, mediante resolución número once, el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Trujillo admitió el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, y elevó los actuados al superior en grado. Luego, con fecha treintiuno de octubre del dos mil dieciséis, la Tercera Sala Penal Superior de La Libertad corrió traslado del recurso de apelación por el plazo de cinco días a los demás sujetos procesales, sin que hayan procedido a absolverlo, así como tampoco se ofrecieron nuevos medios de

prueba. Finalmente, con fecha dieciséis de agosto del dos mil diecisiete se realizó la audiencia de apelación, habiendo solicitado la fiscal superior la anulación de la sentencia absolutoria y se realice un nuevo juicio. El imputado José Luis Rodríguez Gómez concurrió a la audiencia pública de apelación e hizo uso de su derecho a guardar silencio, habiéndose señalado el veinticuatro de agosto del dos mil diecisiete para la expedición y lectura de la sentencia.

CONSIDERANDOS:

1. El Ministerio Público ha formulado acusación contra el imputado Pedro Serapio Sevilla Mantilla como autor del delito de omisión a la asistencia familiar en la modalidad de incumplimiento de obligación alimentaria tipificado en el primer párrafo del artículo 149° del Código Penal, que reprime al que: «omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial». El derecho a la asistencia familiar objeto de protección por el tipo delictivo, deriva del artículo 6°, segundo párrafo de la Constitución que establece el deber y derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos.

2. El sujeto activo debe tener una vinculación jurídica especial con el sujeto pasivo para que pueda realizarse el delito de omisión a la asistencia familiar, consistente en una relación paterno-filial preexistente como lo establece el artículo 474.2° del Código Civil: «Se deben recíprocamente alimentos los ascendientes y descendientes», en concordancia con el artículo 93° del Código de los Niños y Adolescentes: «Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos». Excepcionalmente, esta vinculación jurídica puede originarse en la figura del hijo alimentista regulado en el artículo 415° del Código Civil: «El hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia.

3. Las copias certificadas del Expediente N° 40-2008 sobre alimentos tramitado ante el Juzgado de Paz Letrado del módulo básico de La Esperanza, acreditan que mediante sentencia de fecha siete de abril del dos mil nueve, se declaró fundada en parte la demanda de alimentos, ordenando que el demandado Pedro Serapio Sevilla Mantilla pague una pensión alimenticia mensual y adelantada a favor de su hija Betsy Jackeline Sevilla Mantilla, por el monto de ciento ochenta soles (S/ 180.00). Luego en ejecución de sentencia, se practicó la liquidación de pensiones alimenticias devengadas contenida en el Informe N° 087-2014-MBJL-YIEV, fijando el monto de once mil seiscientos ocho soles con cincuenta y dos céntimos (S/ 11,608.52), que comprende el periodo del uno de julio del dos mil nueve al veintidós de junio del dos mil catorce más un mes adelantado; suma que fue aprobada mediante resolución número quince de fecha dieciséis de julio del dos mil catorce, ordenándose que se notifique al demandado -ahora imputado- a fin de que cumpla con hacer efectivo el pago en el plazo de perentorio de tres días de notificado, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público para la formulación de la denuncia penal respectiva. Ante el incumplimiento del pago de alimentos por el imputado, el juzgado mediante resolución número dieciséis de fecha nueve de setiembre del dos mil catorce, remitió copias certificadas al Ministerio Público a fin de que proceda conforme a sus atribuciones.

4. El imputado ha declarado en juicio que no pagó los alimentos a favor de la menor Betsy Jackeline Sevilla Mantilla, porque no era su padre biológico y además porque ella tenía otra partida de nacimiento con el nombre de Albenis Debussi Giocochea. Al respecto, María Elizabeth Chávez Campos reconoció en el juicio oral que su hija Betsy Jackeline Sevilla Mantilla tiene también el nombre de Albenis Debussi Giocochea Chávez, lo cual se encuentra corroborado con las dos partidas de nacimiento que obran en autos como prueba documental. De un lado, se tiene la partida de nacimiento expedida por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil -RENIEC- con fecha diecisiete de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, que acredita el registro de Albenis Debussi Giocochea Chávez nacida el uno de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, como madre a María Elizabeth Chávez Campos (con DNI N° 18168405) y como padre a José Gilmer Goicochea Bobadilla (con DNI N° 26643719), consignándose como declarante al padre José Gilmer Goicochea Bobadilla. De otro lado, la partida de nacimiento expedida por RENIEC con fecha siete de marzo del dos mil dos (trece años después de la primea inscripción), acredita el registro de Betsy Jackeline Sevilla

Chávez nacida el uno de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, como madre a María Elizabeth Chávez Campos (con DNI N° 18168405) y como padre a Pedro Serapio Sevilla Mantilla (con DNI N° 17985340), consignándose como declarantes al padre Pedro Serapio Sevilla Mantilla y a la madre María Elizabeth Chávez Campos.

5. El informe pericial elaborado por el Laboratorio Biolinks de fecha primero de julio del dos mil quince, concluyó que María Elizabeth Chávez Campos es madre biológica de Betsy Jackeline Sevilla Mantilla y que Pedro Serapio Sevilla Mantilla no es el padre biológico de Betsy Jackeline Sevilla Mantilla. Posteriormente, el imputado presentó una demanda de impugnación de paternidad extramatrimonial de la menor Betsy Jackeline Sevilla Mantilla representada por su madre Betsy Jackeline Sevilla Mantilla, tramitada ante el Juzgado Mixto Transitorio de La Esperanza con el Expediente N° 748-2014-FC, la misma que concluyó con la sentencia contenida en la resolución número nueve de fecha ocho de setiembre del dos mil quince, declarando que Pedro Serapio Sevilla Mantilla no es el padre biológico de Betsy Jackeline Sevilla Mantilla. Así mismo, María Elizabeth Chávez Campos en su declaración testimonial en el juicio penal, ha reconocido que su hija Betsy Jackeline Sevilla Mantilla sabe que el imputado Pedro Serapio Sevilla Mantilla no es su verdadero padre y éste también sabía que no era el padre.

6. El artículo 79° del Código Penal establece que se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulte que el hecho imputado como delito es lícito. Al respecto, la Casación N° 1027-2016-Ica de fecha trece de febrero del dos mil diecisiete emitida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que el artículo 79° del Código Penal instituye uno de los supuestos de eficacia o función refleja de la cosa juzgada -desde luego de la cosa juzgada civil al proceso penal-. La cosa juzgada civil, en este caso, por expreso mandato legal -del Código Penal específicamente-, no sólo se refiere a las mismas partes de un eventual proceso penal, sino que se extiende, por excepción, erga omnes, a sujetos no litigantes (extensión ultra partes de la cosa juzgada), frente a la licitud de un hecho, relación o conducta declarada por la jurisdicción civil. Su imperatividad -como nota esencial de la cosa juzgada, proyectada de un fallo civil al ámbito penal- está en función al hecho objeto de la decisión firme, por lo que si en esa sede se declara lícito es obvio que, bajo ninguna circunstancia, puede dar lugar a un proceso penal, que como es patente exige, desde su objeto o límite objetivo, un hecho penalmente relevante, el cual si se declara lícito no puede ser materia de un proceso jurisdiccional penal. La *autoritas iudicati* sobre cuestiones de hecho son pues factibles [fundamento jurídico 2].

7. La sentencia expedida el ocho de setiembre del dos mil quince por el Juzgado Mixto Transitorio de La Esperanza, en el proceso por impugnación de paternidad extramatrimonial signado con el Expediente N° 748-2014-FC, con la calidad de cosa juzgada al no haber sido impugnada, ha declarado como hecho histórico que el imputado Pedro Serapio Sevilla Mantilla no es el padre biológico de Betsy Jackeline Sevilla Mantilla -lo que significa que no fue, no es, ni podrá ser el padre biológico de la agraviada-, operando la función refleja de la cosa juzgada civil al presente proceso penal, con la fuerza de vincular al juez penal sobre la realidad del hecho declarado o reconocido por el juez civil. En este sentido, la intangibilidad fáctica de la cosa juzgada sería vulnerada, si habiéndose declarado como hecho -probado- verdadero que el imputado no es el padre biológico de la agraviada en el proceso civil, luego en el proceso penal de forma totalmente contradictoria se declare que el imputado si es el padre para efectos punitivos, por no pagar alimentos a quien en realidad no tiene la calidad de hija suya.

8. La Casación N° 1027-2016-Ica del trece de febrero del dos mil diecisiete expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que el artículo 139.13° de la Constitución garantiza el respeto a la firmeza de las resoluciones firmes y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas -es uno de los elementos que integran el contenido constitucionalmente garantizado de la tutela jurisdiccional-. Si la cosa juzgada fuese desconocida vendría a privarse de eficacia a lo que se decidió con firmeza al cabo del proceso, y, además, se vulneraría la legalidad penal, integrada al debido proceso [fundamento jurídico 1].

La Sentencia N° 2050-2002-AA/TC del dieciséis de abril del dos mil tres expedida por el Tribunal Constitucional, ha considerado que el principio *ne bis in idem* reconocido en el artículo III del CPP debe interpretarse como la imposibilidad de que cuando el ordenamiento permita una dualidad de procedimientos, se realice una apreciación independiente de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos estatales, distinto será que el enjuiciamiento y la calificación en el plano jurídico se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente [fundamento jurídico 19].

9. La Revisión de Sentencia N° 54-2012-Ancash de fecha doce de marzo del dos mil trece expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que teniendo en cuenta el nuevo medio de prueba consistente en el informe emitido por el laboratorio Byosin ADN respecto a la prueba científica de ADN realizada al encausado, la menor agraviada y su progenitora, se ha determinado la exclusión de paternidad del acusado [fundamento jurídico 4]. Teniendo en cuenta la sentencia que declaró fundada la demanda de nulidad de reconocimiento de acto jurídico, la misma que fue consentida, se colige que la prueba citada precedentemente ha desvanecido la certeza respecto a la paternidad del proceso de la menor, pues, al no ser el encausado el padre biológico de la menor agraviada, no resulta obligado a acudir con la obligación alimenticia en su favor; por tanto, debe absolversele de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la familia -omisión de asistencia familiar- [fundamento jurídico 5].

10. Nótese la semejanza sustancial del caso resuelto en la Revisión de Sentencia N° 54-2012-Ancash con el caso de autos al coincidir en la existencia de la prueba científica de ADN del laboratorio Biolinks y la sentencia del Juzgado Mixto Transitorio de La Esperanza en el Expediente N° 748-2014-FC, las cuales acreditan en grado de certeza que Pedro Serapio Sevilla Mantilla no es el padre biológico de Betsy Jackeline Sevilla Mantilla, configurándose un imposible físico y jurídico que ésta pueda ser beneficiaria de los alimentos de quien no es su padre (el imputado), cuando en la realidad su padre es otra persona. Así pues, constituye una verdad científica, general y obvia que un hijo no puede tener dos padres, en consecuencia, conforme a lo resuelto en la sentencia civil quedó totalmente descartado que el imputado es el padre de la agraviada, manteniéndose incólume el reconocimiento de paternidad que hizo José Gilmer Goicochea Bobadilla en la primera partida de nacimiento de fecha diecisiete de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, quien registró a su hija con el nombre de Albenis Debussi Goicochea Chávez, siendo por consiguiente responsable él y la madre María Elizabeth Chávez Campos de prestar los alimentos a favor de la hija de ambos.

11. El Ministerio Público pese a ser una verdad irrefutable que el imputado no es el padre biológico de la agraviada, continua sosteniendo -en segunda instancia- que igualmente debe ser sancionado penalmente por el incumplimiento de la obligación alimentaria a favor de quien en la realidad no es su hija, con lo cual se pretende crear una ficción no prevista en la ley, en el sentido de considerar a una persona como padre en la vía penal para subsumirlo típicamente como sujeto activo del delito, pese a que en la vía civil mediante sentencia firme -basada en la prueba científica de ADN- se ha declarado que no es el padre biológico, lo cual constituye una vulneración manifiesta a los efectos de la cosa juzgada civil en el proceso penal previsto en el artículo 79° del Código Penal. De otro lado, cuando el Ministerio Público sostiene que si bien es cierto que el imputado no es el padre, pero igual hay que considerarlo como tal para generarle responsabilidad penal por no pagar alimentos a quien no es su hija, tal argumento contraviene el principio lógico de no contradicción -también llamado principio de contradicción-, según el cual una proposición y su negación no pueden ser ambas verdaderas al mismo tiempo y en el mismo sentido. Este principio también tiene una versión ontológica: nada puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo sentido.

12. El imputado Pedro Serapio Sevilla Mantilla no es el padre biológico de la agraviada Betsy Jackeline Sevilla Mantilla, es decir, no existe ninguna forma legal de filiación con ella, así como tampoco la situación excepcional de hija alimentista. En otras palabras, no existe ningún vínculo jurídico entre el imputado y la agraviada que genere la obligación de prestar los alimentos conforme a ley. En consecuencia, siguiendo la *ratio decidendi* de la Revisión de Sentencia N° 54-2012-Ancash, en el presente caso podemos igualmente concluir que al no ser el encausado el padre biológico de la menor agraviada, no resulta obligado a acudir con la obligación alimenticia en su favor; por tanto, debe absolversele de la acusación fiscal formulada en su

contra por delito de omisión de asistencia familiar. Incluso, la madre María Elizabeth Chávez Campos ha declarado que su hija tiene conocimiento que el imputado Pedro Serapio Sevilla Mantilla no es su padre biológico, tanto así que mediante Oficio N° 2014-UGEL N° 02-D. I.E. N° 81608-SJ.LE del quince de setiembre del dos mil catorce, expedido por el director Concepción Avalos Vega Bazán de la Institución Educativa N° 81608 «San José» -a pedido del imputado-, se informó que la alumna Albenis Debussi Giocochea Chávez (inscrita después como Betsy Jackeline Sevilla Mantilla) registra como padre a José Gilmer Goicochea Bobadilla y como madre a María Elizabeth Chávez Campos, lo cual coincide con la primera inscripción del nacimiento en la RENIEC.

13. La Casación N° 113-2013-Arequipa de fecha dieciséis de setiembre del dos mil catorce de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, ha reconocido el principio por el cual «nadie puede beneficiarse a costa de su propio delito» -parafraseado también en que «nadie puede beneficiarse acosta de su propio dolo o culpa»-. Este principio, aclara Ronald Dworkin, es parte del ordenamiento jurídico, aunque nunca haya sido promulgado. Un principio no busca alcanzar ninguna meta económica, política o social, sino satisfacer la justicia y la moral. La ley dentro de un sistema constitucional de derecho no puede ser utilizada para que un acto que la contraviene se cubra con un manto de legalidad a través de una decisión judicial [fundamento jurídico 15]. Como se ha anotado anteriormente, María Elizabeth Chávez Campos realizó una doble inscripción del nacimiento de su hija biológica en la RENIEC, primero con el nombre de Albenis Debussi Giocochea, figurando como padre José Gilmer Goicochea Bobadilla y posteriormente con el nombre de Betsy Jackeline Sevilla Chávez figurando esta vez como padre el imputado Pedro Serapio Sevilla Mantilla.

14. La conducta de María Elizabeth Chávez Campos claramente constituye un ejercicio abusivo del derecho, como madre, que contraviene lo previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, en cuanto a que la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho; habiendo perjudicado en primer lugar a su propia hija respecto al derecho a la identidad (registrada con dos nombres distintos) y al derecho a la filiación paterna (registrada con dos padres diferentes). Así mismo, ha perjudicado al imputado al instaurar un proceso judicial de alimentos, a sabiendas que no era el padre biológico de su hija, con la única finalidad de obtener una pensión dineraria de alimentos, sin importarle utilizar a su hija como instrumento o medio para obtener un provecho económico ilícito. En este sentido, conforme a lo previsto en el artículo 401.1° del Código Procesal Penal, habiéndose detectado un presunto hecho delictuoso atribuible a María Elizabeth Chávez Campos, corresponderá remitir copias certificadas al Ministerio Público, para que proceda conforme a sus atribuciones como titular del ejercicio público de la acción penal.

15. El principio del interés superior del niño invocado por el Ministerio Público en su recurso de apelación para pretender anular la sentencia absolutoria, no puede servir para avalar el comportamiento reprochable de la madre María Elizabeth Chávez Campos, en atribuirle falsamente la paternidad biológica de su hija al imputado, al punto de inscribirla nuevamente en RENIEC con el nombre de Betsy Jackeline Sevilla Mantilla e iniciar un proceso judicial de alimentos con información falsa, pese a saber que su padre era José Gilmer Goicochea Bobadilla, como consta de la primigenia partida de nacimiento en que su hija fue inscrita con el nombre de Albenis Debussi Giocochea, siendo éste -y no el imputado- el responsable de haberle brindado los alimentos que le correspondía legalmente, al existir una vinculación jurídica de filiación reconocido en su entorno personal y social, tanto así que por versión de la propia madre brindada en el juicio, la agraviada sabía que el imputado no era su padre y por ello fue registrada en su centro educativo con los datos de su primera partida de nacimiento, o sea con el nombre Albenis Debussi Giocochea, hija de José Gilmer Goicochea Bobadilla, por tanto, no se verifica vulneración alguna al principio del interés superior del niño.

16. Por lo expuesto, conforme al artículo 79° del Código Penal, concordante con el artículo 398.1° del Código Procesal Penal, corresponde declarar extinguida la acción penal, en razón que, de la sentencia dictada en la jurisdicción civil, resulta que el hecho imputado como delito es lícito, como es haberse declarado en el proceso civil de impugnación de paternidad mediante sentencia firme, que no es el padre biológico de Betsy Jackeline Sevilla Mantilla (registrada también como Albenis Debussi Giocochea), lo cual demuestra que no preexiste una vinculación jurídica de filiación entre el imputado y la agraviada, a efectos de legitimar la obligación de pagar los alimentos a favor de ésta. En otras palabras, conforme al principio de cosa juzgada y

de primacía de la realidad, el hecho objetivo de no paternidad biológica del imputado declarado en la sentencia civil, tiene el efecto reflejo de considerar lícita la conducta del imputado objeto de reproche penal en la acusación, consistente en no cumplir la resolución judicial que ordena el pago de alimentos por no ser el padre de la agraviada, subsistiendo más bien la obligación alimentaria en la persona de José Gilmer Goicochea Bobadilla, al haberla reconocido como su hija inmediatamente después de su nacimiento (nació el uno de setiembre y la registro el diecisiete de setiembre de mil novecientos noventa y ocho).

17. Finalmente, conforme al artículo 499.1° del Código Procesal Penal no se impone costas a la parte vencida en segunda instancia al encontrarse exento el Ministerio Público del pago de los mismos.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, por unanimidad:

1. CONFIRMARON la sentencia contenida en la resolución número diez de fecha doce de setiembre del dos mil dieciséis, expedida por el juez supernumerario Ricardo Gutiérrez Cornelio del Primer Juzgado Penal Unipersonal de Trujillo, que absuelve al imputado Pedro Serapio Sevilla Mantilla como autor del delito de omisión a la asistencia familiar, en la modalidad de incumplimiento de obligación alimentaria, tipificado en el primer párrafo del artículo 149° del Código Penal, en agravio de Betsy Jackeline Sevilla Mantilla, en consecuencia, anúlese los antecedentes policiales y judiciales y remítase copias al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones respecto a la conducta de María Elizabeth Chávez Campos descrita en la presente resolución.

2. EXONERARON del pago de costas en segunda instancia al Ministerio Público.

3. DISPUSIERON que se dé lectura a la presente sentencia en audiencia pública. Y **DEVOLVIERÓN** los autos al órgano jurisdiccional de origen.

WALTER RICARDO COTRINA MIÑANO

Juez Superior Titular

Presidente

CARLOS EDUARDO MERINO SALAZAR

Juez Superior Titular

ELISEO GIAMPOL TABOADA PILCO

Juez Superior Titular

Director de Debates

ACONTINUACIÓN EL COORDINADOR DE LOS ESPECIALISTAS JUDICIALES DE CAUSAS DE LAS SALAS SUPERIORES DE APELACIONES DA CUENTA DEL VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SUPERIOR TITULAR CARLOS MERINO SALAZAR, ES COMO SIGUE:

1.- El delito de Omisión de Asistencia Familiar si bien es un delito común, en el sentido que no necesita de un agente cualificado para poder configurar el delito expresado en la frase «El que» con el que empieza el tipo

del artículo 149° del Código Penal¹, también es verdad que dicho agente común (sujeto actor o activo del delito) necesita de una **cualidad especial**, que lo puede tener cualquiera con descendencia o prole. En buena cuenta, sólo puede ser actor de ese delito quien tiene hijos o padres alimentistas; y, además, a quien se le haya declarado judicialmente la obligación de pago por dicho concepto (alimentos). Ello es un requisito de procedibilidad imprescindible para imputar a alguien la comisión del delito de «incumplimiento de obligación alimentaria». Debe existir previamente un mandato judicial expreso, no sólo una sentencia firme de alimentos, sino un mandato expreso de pago, que en la práctica lo constituye la liquidación de pensiones devengadas, debidamente aprobada por el juez de familia o el que haga sus veces, la misma que debe ser notificada correctamente, concediendo un plazo perentorio con el apercibimiento expreso de remitir copias de lo actuado al Ministerio Público, quien como titular de la acción penal pública, está en capacidad de formalizar la denuncia penal correspondiente o incoar un proceso especial inmediato.-

2.- Es cierto también que conforme a su configuración, el delito de Incumplimiento de obligación alimentaria, está constituido de dos partes fundamentales, para el presente análisis y caso: 1.- una obligación de carácter alimentaria; y 2.- que una resolución judicial que con carácter imperativo así lo establezca.- Consecuentemente, esas son las dos premisas fundamentales (elementos objetivos del tipo), dentro de las genéricas que ostentan todo tipo penal, que desde el punto de vista objetivo nos adviertan de la existencia de dicho delito.-

3.- Ahora bien, como todo delito, debe tratarse de una acción u omisión que contenga un elemento subjetivo trascendente, como es la voluntad concreta de realizarlo; en buena cuenta, debe existir en la conducta del agente culpa o dolo. El delito en cuestión es meramente doloso. No se puede hablar de un actuar negligente o de un incremento indebido de un riesgo permitido cuando del presente delito se trate.

4.- El dolo en sí, es tratado por el legislador peruano cuando considera; *«... que el agente que comienza (conociendo) la ejecución de un delito, se haya decidido a cometerlo (elemento volitivo), delimitando por exclusión los casos en los que el autor realiza tales actos sin decisión propia. Haberse decidido el agente a cometer y comete el hecho ilícito, son las maneras como se articulan dialécticamente la fase interna y la de los actos ejecutivo en el accionar del sujeto activo, es un eslabonamiento inescindible que le va a permitir al derecho penal referenciarse en el comportamiento del agente y construir con ello marcos de imputación por el acto realizado, de cara a las exigencias de la norma penal.»*²

5.- Efectivamente, el análisis de todos los elementos del tipo penal, así como de la presencia real de la voluntad del agente en la comisión del hecho, sea éste por acción o por omisión, como en el presente caso, nos permitirán afirmar la existencia real de delito en el presente caso. -

6.- Veamos, la ponencia en mayoría se sostiene (válida y coherentemente en verdad), en la imposibilidad de la existencia de una especie de “agente legitimado” en la comisión del delito de omisión a la asistencia familiar incoado a la persona del acusado, porque él no tenía la obligación de asistir con alimentos a la alimentista, por la simple y sencilla razón que una sentencia de carácter civil ha determinado, sin lugar a dudas y con prueba científica irrefutable, que él no es el padre de la menor; consecuentemente y conforme a las normas civiles correspondientes no tiene la obligación de pasar los alimentos. Sostiene también que la intangibilidad de la cosa juzgada sería vulnerada si habiéndose probado como hecho cierto que el imputado no es el padre biológico de la menor agraviada en el proceso civil, “LUEGO” (dice) en el proceso penal de forma contradictoria, se declare que el imputado sí es el padre para los efectos punitivos (de sanción). -

¹“El que omite cumplir su obligación de prestar alimentos que establece una resolución judicial, será reprimido con ...” dice el artículo 149° del código penal, en su primer párrafo.-

² ROJAS VARGAS, Fidel. El Delito: preparación, tentativa y consumación. Edit Idemsa, Lima Perú. Agosto del 2009.- PP. 297.-

7.- En este orden de ideas, habría que afirmar que objetivamente, en realidad la decisión penal no se pronuncia sobre la paternidad o no del imputado, sino simplemente por la verificación de un incumplimiento a orden expedida por órgano jurisdiccional perfectamente facultado para imponérsela. Y que pese a habersele dado un plazo perentorio para que la cumpla no lo ha hecho. - Además, en realidad el hecho que genera la declaración de delito (setiembre del 2014) es anterior a la declaración civil aludida (Sentencia Civil de setiembre del 2015). -

8.- Dice además el voto principal, que el artículo 79° del Código Penal establece que la acción penal se extingue si en la jurisdicción civil, resulte que el hecho imputado como delito es lícito. - Pero, en el caso de autos, la jurisdicción civil se ha pronunciado por la no paternidad del imputado, no sobre el incumplimiento a una resolución judicial firme que le impelía al pago, que es la conducta penal perseguida. -

9.- En buena cuenta lo que quiere expresarse, en este voto singular es que, la conducta delictuosa omisiva ha estado allí y ha preexistido a la decisión civil que le enerva de sus obligaciones como padre de la alimentista. Y si ello es así, en su momento, desde el punto de vista estrictamente objetivo, ha existido una obligación de pago por concepto de alimentos, la misma que ha sido incumplida. Esta conducta omisiva del agente no desaparece *per se*, por el simple hecho que un año más tarde la justicia civil desaparezca la obligación alimentista, pues no desaparece los elementos objetivos de una conducta penalmente sancionable (el no pago de la obligación fijada por el juez competente). -

10.- Por lo tanto, el suscrito no podría sostener que al momento de la conducta omisiva perseguida, el sujeto activo no era el requerido por la norma para cumplir con dicha obligación, como dice el voto principal; pues en ese momento (setiembre del 2014) él sí era sujeto obligado a pasar alimentos a la alimentista, máxime cuando él mismo había declarado a la menor ante el registro civil, registrándose como padre, y todo ello al margen de que haya existido otra partida, con otro nombre y otro padre, pues lo cierto y real era, que él mismo se había declarado como padre ante las instancias registrales correspondientes.-

11.- Lo anteriormente expuesto nos obliga a revisar por el contrario cuál era el *ánimus* del actuar omisivo del imputado al momento del incumplimiento que del que se le acusa de setiembre del 2014; y es que, como lo ha venido sosteniendo el acusado y lo señala también así la sentencia de instancia, en todo momento durante el enjuiciamiento y al momento del incumplimiento, él ha tenido ya un convencimiento íntimo psicológico, de su fuero interno, que le había convencido de la falsedad de su paternidad; tan es así que instaurara el proceso civil tantas veces aludido para que sea la justicia civil la que declare ello con las pruebas científicas correspondientes.-

12.- O sea, al momento de la comisión del delito, en la psiquis del imputado no existía el primer elemento objetivo del tipo del que hablábamos líneas arriba, la "obligación alimenticia", Claro, el actuar omisivo del agente en este caso ha estado imbuido del convencimiento de la inexistencia de la obligación de alimentar; consecuentemente él no ha tenido el dolo o la voluntad de incumplir una obligación alimenticia expresada en resolución judicial, porque él estaba internamente convencido que no existía en él esa obligación. Y es lo que ha venido sosteniendo a lo largo del proceso.

13.- Si lo anterior es así, lo que se sostiene en el presente caso, más que la inexistencia de un sujeto activo válido para cometer el delito, es un sujeto que ha omitido sin dolo; y si no existe el elemento subjetivo del tipo penal, no existe delito. Y si el delito no existe, menos se puede sancionar a nadie por dicha conducta de setiembre del 2014.-

Por las razones antes expresadas, el VOTO SINGULAR del juez superior titular que suscribe, es por CONFIRMAR la sentencia venida en grado, pero por las razones aquí expresadas. -

CARLOS EDUARDO MERINO SALAZAR
Juez Superior Titular