

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA PENAL DE APELACIONES

3° SALA PENAL DE APELACIONES - SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE : 0356-2017-46-0401-JR-PE-01
ESPECIALISTA : GIOVANA CANO VALENCIA
IMPUTADO : WILDER ROBERTO VELARDE SALAZAR
DELITO : OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR
AGRAVIADO : KATIA EDELMIRA PRADO DELGADO

AUTO DE VISTA N° -2017-3SPAA

Resolución N°. 09

Arequipa, ocho de noviembre
de dos mil diecisiete.

I. ATENDIENDO:

PRIMERO: El recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público, en contra de la resolución 05-2017 del diecinueve de setiembre del dos mil diecisiete, que resuelve declarar «improcedente la defensa de cuestión previa solicitada por el Ministerio Público y de oficio fundada la excepción de improcedencia de acción en los seguidos en los expedientes 356-2017 y 405-2017, el primero motivado por la resolución 25 y el segundo motivado por la resolución 28 ambas declaradas nulas por el juez de paz letrado en contra de Wilber Roberto Velarde Salazar, identificado con DNI 25652291, por delito de omisión a la asistencia familiar, previsto y penado por el primera párrafo del artículo 149 del Código Penal en agravio del menor de iniciales KVP, representada por su madre Katia Prado Delgado y se dispone el archivo definitivo de la presente causa. Se ordena el levantamiento de los antecedentes generados por este proceso, debiendo cursarse los oficios y comunicaciones una vez consentida la presente y una vez consentida se remita al archivo central para fines de custodia», a efectos de que se REVOQUE la resolución por el siguiente argumento: que,

- El Juzgado realiza una errónea interpretación de los medios de defensa, pues señala que no existe ningún requisito de procedibilidad en la conducta típica del delito de omisión a la asistencia familiar.
- El Juzgado al declarar de oficio la excepción de improcedencia de acción, limita al Ministerio público, que pueda accionar posteriormente con la nueva liquidación la acción penal, dado a que la parte imputada va a plantear una excepción de cosa juzgada como consecuencia de la improcedencia de acción.

II. CONSIDERANDO: Análisis fáctico jurídico

Estructura típica del delito de Omisión a la asistencia familiar

El tipo penal de omisión a la asistencia familiar previsto en el dispositivo legal (artículo 149 del Código Penal), exige para su configuración los elementos típicos siguientes:

- i. Sujeto activo, que corresponde a la persona que se ve obligada al pago de una pensión de alimentos;
- ii. Sujeto pasivo, la persona que tiene el derecho a que se le asista con la pensión de alimentos,

- iii. Situación típica: una resolución que requiere el pago alimentario, que nominalmente corresponde a la resolución mediante la que se requiere el pago de un monto liquidado,
- iv. Posibilidad psico-física de realizar la conducta ordenada,
- v. No realización de la conducta ordenada materializada en el comportamiento omisivo que se traduce en el incumplimiento de la obligación alimentaria fijada en la resolución.

Finalmente, el sujeto debe obrar con dolo para la realización de los elementos del tipo objetivo, esto es que conozca que está incumpliendo con la resolución que lo vincula con el pago alimentario. Estos son los elementos que corresponden a la estructura típica del delito de omisión a la asistencia familiar¹.

Diferencia entre requisitos de procedibilidad y los elementos del tipo penal:

La verificación de la configuración de los elementos del tipo corresponde al juicio de tipicidad para la clasificación del hecho punible; en tanto, que la verificación de los requisitos de procedibilidad se realiza con posterioridad a la realización al hecho punible, con el objeto justamente de habilitar el ejercicio de la acción penal, es claramente un acto posterior a la realización del evento criminal –acción u omisión-².

Los requisitos de procedibilidad³ son de naturaleza procesal, y constituyen actos de previa y necesaria realización que tiene por objeto habilitar el ejercicio de la acción penal; más no configurar la estructura típica de un dispositivo legal; así entonces, si se declara fundada una cuestión previa⁴ por la omisión de un requisito de procedencia, la consecuencia procesal no determina la conclusión del proceso; pues el efecto de la subsanación del defecto es que se reinicie el proceso. No obstante, si se funda una excepción de improcedencia de acción por que el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente, su efecto es que su declaratoria queda en calidad de cosa juzgada y por ende esos mismos hechos ya analizados no puede ser materia de una nueva persecución penal.

Análisis del caso concreto:

a. El representante del Ministerio Público, confunde los requisitos de procedibilidad con los elementos del tipo, que obviamente tienen naturaleza material. Al declararse nulas por una indebida notificación las resoluciones N° 25 y la resolución N° 28⁵, la que requiere el pago de alimentos bajo apercibimiento de

¹ **Academia de la Magistratura:** “Teoría del delito, Capítulo IV Tipo de lo injusto del delito Omisivo”, pg. 69.

² **MENDOZA AYMA, Francisco Celis, Pretensión Punitiva**, La configuración del proceso, Nuevo Código Procesal Penal. Pg., 186, Editorial San Bernardo primera Edición.

³ El artículo 4 del Código Procesal Penal, establece que el requisito de procedibilidad debe estar expresamente previsto en la ley; al respecto se tiene dos notas: i) que el requisito de procedibilidad sea explícito, por tanto, pretorianamente no se puede crear requisitos de procedibilidad sobre la base de interpretaciones que no tengan como base el texto expreso del dispositivo normativo; ii) este requisito de procedibilidad debe estar expresamente en la ley no en un reglamento o en una directiva.

⁴ **La cuestión previa** es el medio de defensa de forma indirecta mediante el cual se cuestiona la falta de un requisito de procedibilidad, es la cuestión previa; por este medio se denuncia que el pretensor no ha realizado un acto previo a la formalización de Investigación Preparatoria, regulada en el artículo 4 del CPP. Del texto del Dr. **MENDOZA AYMA, Francisco Celis, Pretensión Punitiva**, La configuración del proceso, Nuevo Código Procesal Penal. Pg., 184, Editorial San Bernardo primera Edición.

⁵ El presente proceso se habría acumulado dos procesos de alimentos el expediente 405-2017 y el expediente 222-2013FC; en este último expediente acumulado por resolución 25 se requirió para que pague el periodo alimenticio devengado de

remitirse las copias al Ministerio Público y la que aprueba la liquidación devengada; entonces, es claro que, estos actos procesales (el configurador del tipo penal y el que da origen a un requerimiento de pago con los mismos efectos) constituyen presupuestos materiales típicos del delito de omisión a la asistencia familiar y es que la resolución que requiere el pago de una pensión devengada (debidamente notificada) es un presupuesto necesario para configurar la situación típica del delito en mención. Por tanto, se trata de presupuestos materiales vinculados a la realización del tipo; y no tiene naturaleza procesal pues no constituye requisito para habilitar el ejercicio de la acción penal. Por lo que el razonamiento que realiza el juzgado de primera instancia al declarar de oficio una excepción de improcedencia de acción e improcedente la cuestión previa, es correcto.

b. Con relación a que la excepción de improcedencia de acción fundada de oficio por el juzgado de primera instancia, genere que se pueda deducir una excepción de cosa juzgada dejando impune el delito de omisión a la asistencia familiar respecto a las liquidaciones devengadas involucradas; resulta ser una afirmación no correcta, pues al no existir un requerimiento de pago subsistente, no podemos hablar de la configuración típica de un delito (existencia de un delito), y en el hipotético caso (razonando sobre datos futuros) se dicte una resolución que requiera un pago de alimentos devengados, así como una resolución que apruebe una liquidación de devengados; serán hechos jurídico nuevos y que como bien lo ha señalado el Juzgado de primera instancia, dará lugar a fácticos distintos que de modo alguno podrán ser sustentados bajo una excepción de cosa juzgada, por lo que no se materializaría en forma alguna el fundamento alegado por el recurrente, pues no se trataría de los mismos hechos típicos. Fundamentos por los que:

III. RESOLVEMOS:

a. DECLARAR, INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público, en contra de la resolución 05-2017 del diecinueve de setiembre del dos mil diecisiete; en consecuencia,

b. CONFIRMAMOS la resolución 05-2017 del diecinueve de setiembre del dos mil diecisiete, que resuelve declarar improcedente la defensa de cuestión previa solicitada por el Ministerio Público y de oficio fundada la excepción de improcedencia de acción en los seguidos en los expedientes 356-2017 y 405-2017, el primero motivado por la resolución 25 y el segundo motivado por la resolución 28 ambas declaradas nulas por el juez de paz letrado en contra de Wilber Roberto Velarde Salazar, identificado con DNI 25652291, por delito de Omisión a la asistencia familiar, previsto y penado por el primera párrafo del artículo 149 del Código Penal en agravio del menor de iniciales KVP, representada por su madre Katia Prado Delgado y se dispone el archivo definitivo de la presente causa. Se ordena el levantamiento de los antecedentes generados por este proceso, debiendo cursarse los oficios y comunicaciones una vez

febrero de 2016 a junio 2016 por el plazo de 3 días bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público, mientras que en el expediente acumulado 405-2017 por resolución 28 se aprobó la liquidación de pensiones devengadas por la suma de 2414.93 soles correspondiente al periodo de junio a diciembre de 2016.

consentida la presente y una vez consentida se remita al archivo central para fines de custodia.

REGÍSTRESE Y HÁGASE SABER. Juez superior ponente: Luis Alberto Rodríguez Pantigoso.

SS.

CORNEJO PALOMINO

CACERES VALENCIA

RODRIGUEZ PANTIGOSO