



Omisión a la asistencia familiar

i) La capacidad económica del procesado, que ha sido objeto de pronunciamiento en la vía extrapenal al establecer el monto de la pensión alimenticia, no configura el tipo penal de omisión a la asistencia familiar.

ii) En el caso que nos ocupa, no se aportó por parte del persecutor de la acción penal información respecto a que el sentenciado se hubiera encontrado en condiciones de cumplir con el requerimiento de pago de la liquidación de pensiones alimenticias devengadas en su condición de recluso en el Establecimiento Penal de Varones Quencoro (Cusco), esto es, no se acreditó la concurrencia del elemento subjetivo del delito de omisión a la asistencia familiar pese a que las particularidades de la situación jurídica del procesado requerían de un estándar probatorio superior al hecho de que el procesado conocía el requerimiento y pese a ello no haber cumplido.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintinueve de noviembre de dos mil veintidós

VISTO: en audiencia pública¹, el recurso de casación interpuesto por el **Ministerio Público** contra la sentencia de vista del nueve de marzo de dos mil veintiuno (foja 137), expedida por la Sala Mixta, Liquidadora y de Apelaciones de Canchis de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que por mayoría revocó la sentencia del veintisiete de octubre de dos mil veinte (foja 62), que condenó a Luis Florez Huayllapuma como autor del delito de omisión a la asistencia familiar, en agravio de los menores Ángela Florez Saire

¹ Realizada a través del sistema de videoconferencia, donde existió una interacción visual y auditiva simultánea, bidireccional y en tiempo real, sin ningún obstáculo; además, no hubo necesidad de que las partes concurrieran, en forma física, a las instalaciones de la Corte Suprema de Justicia de la República.



y Luis Anyelo Florez Saire, representados por su progenitora María Marleni Saire Velásquez, y reformándola resolvieron absolverlo. Intervino como ponente la señora jueza suprema CARBAJAL CHÁVEZ.

CONSIDERANDO

I. Itinerario del proceso

Primero. Según el requerimiento de acusación (foja 20 del cuaderno n.º 0), se imputó lo siguiente:

1.1. Circunstancias precedentes:

De las copias certificadas derivadas del proceso de alimentos signado con el Nro. 2015-257-0-1007-JP-FA-02, tramitado ante el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Canchis, se tiene que doña Maria Marleni Saire Velásquez en representación de sus menores hijos Angela y Luis Anyelo Florez Saire respectivamente, siguió proceso de alimentos en contra del hoy acusado Luis Florez Huayllapuma, bajo el número del expediente ya indicado. Este proceso terminó con Sentencia, contenida en la Resolución Nro. 10, de fecha 09 de noviembre de 2015, que falló declarando fundada en parte la demanda interpuesta por María Marleni Saire Velásquez en representación de sus menores hijos Angela y Luis Anyelo Florez Saire respectivamente, en contra de Luis Florez Huayllapuma; y, ordenó que el citado acusado acuda con la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA CON 00/100 SOLES, a razón de S/. 200.00 soles para la menor Angela Florez Saire; y, S/ 150.00 soles para el menor Luis Anyelo Florez Saire. Sentencia que fue consentida mediante Resolución Nro. 11, de fecha 23 de marzo de 2016 [sic].

1.2. Circunstancias concomitantes:

Sin embargo, el acusado a pesar de tener pleno conocimiento de la existencia de una resolución judicial debidamente consentida que le ordena sufragar las pensiones alimenticias mensuales a favor de los menores agraviados, hizo caso omiso a dicho mandato judicial, dando



lugar a que se practique la Liquidación de los Alimentos Devengados, en fecha 03 de abril de 2017, del período comprendido desde julio de 2015 hasta mayo de 2017, en la suma de SIETE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS CON 97/100 SOLES. Liquidación que fue debidamente aprobado mediante Resolución Nro. 20, de fecha 18 de mayo de 2017; y, en la misma resolución se dispuso requerir al acusado para que en el plazo del quinto día de notificado cumpla con pagar el monto de los alimentos devengados, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente por el delito de Omisión de Asistencia Familiar. Requerimiento que fue debidamente notificado al hoy acusado en su domicilio real, ubicado en el Penal de Quencoro - varones, del distrito de San Jerónimo, provincia y departamento de Cusco, en fecha 08 de junio de 2017; empero aquel hizo caso omiso a dicho requerimiento, consumándose el presunto delito al vencimiento del plazo concedido, esto es, en fecha 16 de junio de 2017, ello descontando sábado y domingo [sic]

1.3. Circunstancias posteriores:

Es así, que el Juzgado haciendo efectivo el apercibimiento prevenido, mediante Resolución Nro. 22, de fecha 14 de septiembre de 2017, resuelve remitir copias certificadas de aquel proceso de alimentos, a la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Turno de la Provincia de Canchis, dando lugar así a la presente investigación [sic].

Segundo. El representante del Ministerio Público tipificó estos hechos como constitutivos del delito de omisión a la asistencia familiar, en su forma de incumplimiento de obligación alimentaria, previsto en el primer párrafo del artículo 149 del Código Penal; por ello, en su requerimiento acusatorio presentado el trece de septiembre de dos mil dieciocho, solicitó que se le imponga cuatro años con seis meses de pena privativa de libertad; asimismo, la suma



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 446-2022
CUSCO**

de S/ 1000 (mil soles) a favor de la agraviada por concepto de reparación civil.

Tercero. El Juzgado Penal Unipersonal de la provincia de Canchis de la Corte Superior de Justicia del Cusco, mediante sentencia del veintisiete de octubre de dos mil veinte (foja 62), resolvió condenar a Luis Florez Huayllapuma como autor y responsable de la comisión del delito de omisión a la asistencia familiar, en agravio de los menores Ángela Florez Saire y Luis Anyelo Florez Saire, representados por su progenitora María Marleni Saire Velásquez, le impuso dos años de pena privativa de libertad y dispuso que el sentenciado pague la suma de S/ 1000 (mil soles) por concepto de reparación civil a favor de la parte agraviada, sin perjuicio de pagar los alimentos devengados que ascienden a la suma de S/ 7862.97 (siete mil ochocientos sesenta y dos soles con noventa y siete céntimos); con lo demás que contiene.

Cuarto. Una vez apelada la sentencia por los recurrentes, la Sala Mixta, Liquidadora y de Apelaciones de Canchis de la Corte Superior de Justicia de Cusco, mediante sentencia de vista del nueve de marzo de dos mil veintiuno (foja 137), por mayoría revocó la sentencia y reformándola resolvieron absolverlo; esencialmente, por los siguientes argumentos:

Del análisis conjunto de los medios probatorios antes mencionados, si bien se determina que en efecto el imputado pese a ser notificado con la resolución que le requiere el pago de los alimentos devengados, éste no cumplió con pagarlos; empero, respecto al elemento subjetivo en el actuar del imputado, el Juez no ha tomado en cuenta que el proceso de alimentos seguido en contra del imputada ante el Segundo Juzgado Paz Letrado de Canchis, se ha seguido desde un inicio, cuando éste se encontraba recluido en el



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 446-2022
CUSCO**

Establecimiento Penal de Varones de Qquencoro del Cusco todavía desde el año 2011, por haber sido sentenciado en otro proceso penal; por tanto, si ello es así por las máximas de la experiencia se tiene que una persona al estar recluido en un establecimiento penal y ser requerido para el pago de S/. 7 862.97 en solo cinco días, resulta irrazonable entender que estando en dicha condición, no haya querido cumplir con pagar la liquidación de alimentos devengados; ya que, razonablemente al estar en dicha condición no contaba con recursos económicos que le posibilitasen el pago de dicho monto, y en el transcurso del proceso no se han actuados medios probatorios que den cuenta que el imputado teniendo recursos económicos para asumir el pago de la liquidación de alimentos devengados no los haya cumplido de manera dolosa; ello debió ser observado de manera obligatoria por el Juez, por cuanto, el Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 2-2016/CIJ-116, esgrime como doctrina legal vinculante que en los procesos de omisión de asistencia familiar, lo que se penaliza o sanciona no es el no poder cumplir, sino el no querer cumplir, apareciendo en el caso de autos y como lo ha expresado el imputado en audiencia de apelación de sentencia, tiene el deseo de cumplir con su responsabilidad alimentaria; sin embargo, precisa estar recluido desde el año 2011, con lo que se concluye que el imputado de manera real y concreta se encontraba en la imposibilidad de ejecutar la acción ordenado por el Juzgado de Paz Letrado, y por ende su voluntad de querer cumplir con la obligación se ha visto influida de manera objetiva. Dicho de otro modo, estando privado de su libertad se encontraba restringido para producir recursos económicos, pues como bien se sabe la determinación del estado de hacinamiento de los establecimientos penitenciarios, no permite una optimización de producción; sin embargo, debe dejarse constancia que este hecho no lo libera de cumplir los alimentos, el cual puede ser de diferente manera, más no en la vía penal, por cuanto, no se observa el ánimo doloso de incumplimiento [sic].



II. Motivos de la concesión de los recursos de casación

Quinto. Este Tribunal Supremo, mediante resolución del siete de octubre de dos mil veintiuno (foja 179), recaída en la Queja n.º 397-2021, concedió el recurso de casación propuesto por el Ministerio Público por la causal prevista en el numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

III. Audiencia de casación

Sexto. Instruido el expediente, se señaló como fecha para la realización de la audiencia de casación el dieciséis de noviembre del año en curso (foja 68 del cuadernillo formado en esta instancia), la que se realizó con la intervención de la parte recurrente, quien expuso los argumentos propuestos en su recurso de casación, con lo que la causa quedó expedita para emitir pronunciamiento.

IV. Fundamentos de derecho

Séptimo. Este Supremo Tribunal, como garante de los derechos, principios, bienes y valores constitucionales y actuando como última instancia de la jurisdicción ordinaria, admitió el recurso de casación propuesto por el Ministerio Público para la correcta interpretación del artículo 149 del Código Penal.

Octavo. Preliminarmente, es de destacar que el artículo 149 del Código Penal prevé:

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



Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en convivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.

Noveno. Sobre el particular, el Acuerdo Plenario Extraordinario n.º 2-2016/CIJ-116, del uno de junio de dos mil dieciséis, sobre el proceso penal inmediato reformado, legitimación y alcances señaló:

El delito de omisión de asistencia familiar, por su propia configuración típica, exige la previa decisión de la justicia civil que se pronuncie acerca del derecho del alimentista y de la obligación legal del imputado, de la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Es claro que tales elementos no son los únicos para fundar el juicio de culpabilidad ni necesariamente determinan la imposición de una sentencia condenatoria –la posibilidad de actuar es esencial, pues lo que se pena no es el “no poder cumplir”, sino el “no querer cumplir” [...].

Décimo. En esa línea, conforme consta en el literal b del numeral 2.4 del auto de calificación del recurso de Casación n.º 1496-2018/Lima del quince de marzo de dos mil diecinueve, es criterio de este Tribunal Supremo que:

El debate y evaluación de la capacidad de pago para la determinación del quantum de la pensión se efectúa en la vía civil, en la que se tramita un proceso sumario y se concede el traslado al sujeto obligado para acreditar las deficiencias que tendría para cumplir con el monto de la pensión solicitada por la demandante.



Undécimo. Asimismo, es preciso señalar que en el Recurso de Nulidad n.º 327-2020/Junín, del doce de octubre de dos mil veinte, quedó establecido que:

Por ejecutoria del cinco de agosto de dos mil diecinueve, se indicó que no es correcto afirmar que el delito de omisión de asistencia familiar es uno instantáneo de efectos permanentes –conforme a los criterios acogidos por la Sala Superior–, sino que estamos ante un delito permanente, ya que el agente genera con su comisión una situación antijurídica que permanece vigente hasta que él voluntariamente no efectúe el pago respectivo.

Duodécimo. Estando a ello, la capacidad económica del procesado, que ha sido objeto de pronunciamiento en la vía extrapenal al establecer el monto de la pensión alimenticia, no configura el tipo penal de omisión a la asistencia familiar; en consecuencia, en el caso de autos, se debe establecer si existió falta de aplicación de la ley penal.

Decimotercero. Así, es de verse que el certificado de antecedentes judiciales da cuenta que al procesado Luis Florez Huayllapuma se le sentenció por el delito de violación de menor de catorce años, cuyo lapso de pena comprende del dieciséis de septiembre de dos mil once al quince de septiembre de dos mil treinta y seis; asimismo, se admitió a trámite el Proceso de Alimentos n.º 00257-2015-0-1007-JP-FC-02, el dieciséis de julio de dos mil quince; esto es, al recurrente se le siguió el trámite del proceso de alimentos en su contra en mérito al cual se le requirió que cumpla con pagar la liquidación de alimentos devengados mientras se encontraba en el penal de varones de Quencoro (Cusco), por lo que la capacidad económica del recurrente ha sido objeto de mérito en la vía extrapenal.



Decimocuarto. Así, también ha sido objeto de mérito en la sentencia de primera instancia —que al recurrente se le notificó válidamente— el requerimiento de pago de la liquidación de pensiones devengadas, con lo cual se determinó que pese a tener conocimiento de dicho requerimiento, este no cumplió.

Decimoquinto. Sobre el particular, la Sala Superior expuso que no se tomó en cuenta que el proceso de alimentos se ha seguido desde el inicio, mientras el procesado se encontraba recluido en el Establecimiento Penal de Varones Quencoro (Cusco), pese a que ello demuestra que la determinación de la cuantía de la pensión de alimentos acorde con la situación jurídica del procesado fue objeto de mérito en la sede civil, lo que motivó el presente proceso de manera posterior.

Decimosexto. No obstante, si bien es cierto que la determinación de la cuantía de la pensión de alimentos acorde con la situación jurídica del procesado no influye en la configuración típica del delito de omisión a la asistencia familiar, ello no implica que *per se* no haya influido en el aspecto subjetivo de la conducta; además, en el caso que nos ocupa, no se aportó por parte del persecutor de la acción penal información relativa a que el procesado se hubiera encontrado en condiciones de cumplir con el requerimiento de pago de la liquidación de pensiones alimenticias devengadas en su condición de recluido en el Establecimiento Penal de Varones Quencoro (Cusco), esto es, no se acreditó la concurrencia del elemento subjetivo del delito de omisión a la asistencia familiar pese a que las particularidades de la situación jurídica del procesado —privado en su libertad desde el inicio del proceso de alimentos— requerían de un estándar



probatorio superior al hecho de que el procesado conocía el requerimiento y pese a ello no haber cumplido; por lo que el presente recurso debe declararse infundado.

V. Imposición del pago de costas

Decimoséptimo. Además, al tratarse de un recurso interpuesto por el Ministerio Público, se deberá proceder con la exoneración respectiva del pago de las costas, de conformidad con el numeral 1 del artículo 499 del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el **Ministerio Público** por la causal prevista en el numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal; **NO CASARON** la sentencia de vista del nueve de marzo de dos mil veintiuno (foja 137).
- II. **EXONERARON** al Ministerio Público del pago de las costas del recurso presentado.
- III. **DISPUSIERON** que la presente decisión sea leída en audiencia pública por intermedio de la Secretaría de esta Sala Suprema; acto seguido, se notifique a las partes apersonadas en esta instancia, se publique la decisión en el portal web del Poder Judicial, cumplidos los trámites necesarios, se devuelvan los



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 446-2022
CUSCO

actuados al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo formado en esta instancia.

Intervino el señor juez supremo Coaguila Chávez por periodo vacacional de la señora jueza suprema Altabás Kajatt.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CH/MAGL