



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
TERCERA SALA PENAL DE APELACIONES

3° SALA PENAL DE APELACIONES - SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE : 0070-2017-58-0401-SP-PE-03

ESPECIALISTA : NESTOR ANGEL CACERES TRUJILLO

DELITO : OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR

SENTENCIA DE VISTA N° - 2017-3SPAA

Resolución N° 12

Arequipa, veintitrés de mayo

de dos mil diecisiete.

I. ATENDIENDO:

PRIMERO: El recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de XXXX, en contra de la sentencia S/N de fecha 28 de setiembre del 2016, que lo declara autor del delito de Omisión a la Asistencia Familiar previsto en el artículo 149 inc. 2 del Código Penal. El objeto de la apelación es que se **Revoque** la sentencia, los fundamentos son los siguientes:

- La sentencia materia de apelación incurre en error al no tener en cuenta que una conducta humana para ser delito debe tener los siguientes elementos constitutivos: *i)* Debe ser antijurídica, *ii)* Típica. En el presente caso, los facticos del Ministerio público devienen en atípicos, ya que se le imputa un delito de Omisión a la Asistencia Familiar a XXXX quien no es padre de la parte agraviada según se tiene de la prueba de ADN que obra en autos, en ese entendido no tiene la obligación de brindar alimentos.

II. CONSIDERANDO que:

PRIMERO: Ámbito de competencia y base normativa.

1.1. La imputación concreta por delito de Omisión a la Asistencia Familiar contra XXXX; se sintetiza en lo siguiente:

El Juzgado de Paz Letrado del Módulo Básico de Justicia de Castilla, mediante Sentencia N° 0110-2013 del veinte de agosto del dos mil trece, ordena a XXXX acudir a su hija XXXX con una pensión de alimentos. Mediante Resolución N° 33 del trece de marzo del dos mil quince, se lo requiere con dicho pago bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público; no ha cumplido con el pago y se ha configurado el delito de Omisión a la Asistencia Familiar.

1.2. El artículo 409° del Código Procesal Penal, precisa que: *“La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante”.*

1.3. El principio de congruencia recursal establece que el órgano superior sólo se puede pronunciar respecto a lo que es objeto o materia de impugnación en el escrito de apelación, así ya ha establecido como doctrina jurisprudencial que la autoridad jurisdiccional que conoce un medio impugnatorio debe circunscribirse a los agravios aducidos por las partes, en su recurso



impugnatorio presentado, de conformidad con lo establecido en el numeral uno del artículo cuatrocientos nueve del Código Procesal Penal¹.

1.4. Es preciso indicar en este punto que la parte impugnante solicitó en su escrito de apelación la revocatoria de la sentencia; sin embargo, en audiencia de vista varió su pedido de revocatoria a una nulidad sobre la base de fundamentos que no se encuentran en el escrito impugnatorio. No obstante, la Sala revisora tiene facultad nulidicente en aquellos casos no advertidos por la parte impugnante, dicha causal de nulidad debe ser notoria e insubsanable, situación que en el presente caso no se evidencia. Fundamentos por los que esta Sala se circunscribe a lo pretendido en el escrito impugnatorio.

TERCERO: Valoración de La Sala.

3.1. **Base Jurídica:** El tipo penal de Omisión a la Asistencia Familiar previsto en el 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)* 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)* la capacidad económica del sujeto activo, *v)* 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 únicos elementos del tipo. No es objeto de la situación típica la relación parental, pues es suficiente la resolución que ordena el pago de la pensión de alimentos. La relación parental es objeto de Juzgamiento en el ámbito de la justicia civil, mediante una impugnación de paternidad; por tanto, si la relación parental aparece constituida en una partida de nacimiento, esta tiene efectos constitutivos y producirá todas sus consecuencias en tanto no exista una declaración judicial que ampare la impugnación de reconocimiento².

3.2. **El Juzgado consideró que:** “(...) *El presente proceso es un proceso sui generis ya que se ha actuado la prueba de ADN que fue solicitada por el imputado del cual se ha obtenido un resultado negativo, siendo que el obligado no es el padre biológico del menor alimentista. SEGUNDO: El representante del Ministerio Público ha señalado que este proceso deviene de una sentencia consentida de la cual ha tenido pleno conocimiento el imputado no habiendo hecho valer su derecho en dicha ocasión ya que si como lo ha señalado la abogada de la defensa en sus alegatos de apertura la misma que ha referido que de manera engañosa el imputado ha sido obligado a reconocer a la menor tan solo para que pueda ser inscrita en el colegio y en registro civil, es también cierto que el imputado ha tenido conocimiento del proceso de alimentos seguido en el Juzgado de Paz Letrado no habiendo hecho ningún tipo de defensa, habiendo permitido la realización de una audiencia y a una sentencia, sin embargo el momento adecuado para*

¹ Al respecto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la sentencia de Casación N° 215-2011 AREQUIPA de fecha doce de junio del dos mil doce

² **Impugnación del reconocimiento: Artículo 399 del Código Civil.**- El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395.



interponer su recurso hubiera sido en la sentencia y se hubiera demostrado lo que ha pretendido demostrar ahora, que el imputado no es el padre biológico de la menor. TERCERO: Que, el haber quedado consentida la sentencia de los alimentos en los que se obliga al imputado al pago de una pensión alimenticia a favor de la menor XXXX la que es representada por su madre Ursula Carmen Rojas Román, le obliga al imputado a cumplir con dicha resolución. (...)"

3.3. El impugnante sostiene que, La sentencia materia de apelación incurre en error al no tener en cuenta que una conducta humana para ser delito debe tener ser Típica. En el presente caso, los fácticos del Ministerio público devienen en atípicos, ya que se le imputa un delito de Omisión a la Asistencia Familiar a XXXX quien no es padre de la parte agraviada según se tiene de la prueba de ADN que obra en autos, en ese entendido no tiene la obligación de brindar alimentos.

CUARTO: La Sala considera que,

4.1. Conforme a lo señalado en la base jurídica [3.1.] la discusión de la relación parental entre el imputado y la menor agraviada es irrelevante típicamente dado que para efectos del delito de Omisión a la Asistencia Familiar son suficientes los elementos que configuran el artículo 139 del Código Penal.

4.2. Del error de prohibición:

- a. Corresponde al ámbito de impugnación la razón de que XXXX no cumplió con la resolución que le obliga al pago de la obligación alimentaria porque no es su hija, este extremo no es solo parte de la defensa material sino de la defensa técnica; en consecuencia un pronunciamiento respecto a estos errados fundamentos si corresponde al ámbito de impugnación.
- b. Para que exista culpabilidad, tiene que reunirse tres elementos: la imputabilidad, la exigibilidad de la conducta y el conocimiento de la antijuridicidad, el desconocimiento de la antijuridicidad – aquel que configura el error de prohibición–, determinando que el autor no comprenda el carácter delictual de su comportamiento. El error de prohibición puede ser vencible o invencible: *i) es vencible* cuando el sujeto activo con una diligencia adecuada hubiera superado el error en el que se encuentra, este error solo disminuye la culpabilidad, *ii) es invencible* cuando el sujeto activo no hubiera superado el error en el que se encontraba por mas diligencia que hubiera puesto, este error si elimina la culpabilidad en su totalidad.
- c. Está probado que XXXX, no cumplió con el pago de alimentos; empero, esta omisión corresponde a que consideraba que la menor XXXX, no es su hija y por tanto, no le correspondía el pago de la obligación alimentaria; es claro el error en la apreciación del derecho por parte del procesado [desconocía que para la configuración del ilícito penal de Omisión a la Asistencia Familiar es irrelevante la filiación cierta o incierta con el alimentista], este error de apreciación jurídica se evidencia en el procesado con la petición que éste realiza de una pericia de ADN al Juzgado, dado que tenía la seguridad que al no ser padre biológico de la menor no le correspondía esa obligación alimentaria. Este error disminuye la punibilidad.



d. Del proceso se aprecia que la posición de la defensa técnica es que el imputado no tiene la obligación de asistir con una pensión de alimentos, porque la agraviada no es su hija. Es la defensa técnica –pública- quien orienta los actos defensivos del imputado; así, en lugar de permitir que el imputado supere el error, lo asienta más en su creencia errónea de que no está obligado a cumplir con el mandato judicial (error de prohibición de mandato). Precisamente esta situación de error es lo que configura el error de prohibición en el imputado y este es un dato objetivo que fluye de los propios fundamentos de la apelación. No pasa desapercibido para la Sala que el imputado solo tiene grado de instrucción incompleta, en ese orden, asume como cierto los consejos de su defensa jurídica; empero, esta no ha sido lo suficientemente idónea para que supere el error de apreciación jurídica – error de prohibición-; es esta situación que lo ha determinado a no cumplir con la obligación alimentaria en la creencia de que se encontraba amparado por el derecho. Por tanto, la culpabilidad atribuida al imputado es mínima y corresponde imponerle solo una reserva del fallo condenatorio.

e. Sin embargo, es preciso indicar que, si bien es cierto se tiene objetivamente un resultado de ADN el que arroja que la menor XXXX – agraviada-, no es hija biológica del señor XXXX – sentenciado-; dicha información no puede ser merituada como dato constitutivo de derechos – Ex nun-, la filiación cierta o incierta del omitente con el alimentista no puede ser objeto de análisis en este proceso penal; pues debe tenerse en cuenta que la configuración del ilícito penal de Omisión de Asistencia Familiar *no se* da con la filiación padre

- hijo, sino con una sentencia de alimentos que ordena un pago, con un requerimiento ante el incumplimiento de dicho pago y una posibilidad de pago del sentenciado.

4.3. De la reserva de fallo condenatorio: En atención a los considerandos precedentes, para el presente caso y verificando que la culpabilidad atribuida del procesado es mínima, corresponde la aplicación de la reserva de fallo condenatorio sujeta a las dos siguientes reglas de conducta: i) comparecerá personal y obligatoriamente al Juzgado de ejecución para informar y justificar sus actividades el primer día hábil de cada tres meses, ii) no variara su domicilio real sin autorización del Juzgado.

QUINTO: Costas de la instancia.

5.1. No corresponde la imposición de costas en esta instancia, pues se aprecia que la pretensión impugnatoria ha sido amparada.

Por estas consideraciones,

III. RESOLVEMOS:

a) **DECLARAR, FUNDADA EN PARTE** la apelación interpuesto por la defensa técnica de XXXX XXXX, en contra de la sentencia S/N de fecha 28 de setiembre del 2016, que lo declara autor del delito de Omisión a la Asistencia Familiar previsto en el artículo 149 inc. 2 del Código Penal. En consecuencia



b) **REVOCAMOS**, la sentencia S/N de fecha 28 de setiembre del 2016, prevista en el artículo 149 inc. 2 del Código Penal que le impone un año de pena privativa de libertad con el carácter de suspendida por el mismo plazo en contra de XXXX. En consecuencia **REFORMANADOLA** le **IMPONEMOS RESERVA DE FALLO CONDENATORIO** a condición de que cumpla con las dos siguientes reglas de conducta: **a)** comparecerá personal y obligatoriamente al Juzgado de ejecución para informar y justificar sus actividades el primer día hábil de cada tres meses, **b)** no variara su domicilio real sin autorización del Juzgado. Sin Costas de Instancia. Todo ello sin perjuicio que el sentenciado cumpla con el pago de la reparación civil fijada en la sentencia recurrida, confirmándola y en lo demás que contiene y que es materia de grado. **REGÍSTRESE Y HAGA SE SABER.**

SS.

CORNEJO PALOMINO.-

CACERES VALENCIA.-

RODRIGUEZ PANTIGOSO.-