

Omisión a la asistencia familiar. Delito permanente.

Habiendo quedado establecido que el delito de omisión a la asistencia familiar es un delito permanente, está fuera de toda duda que la consumación del delito se inicia con el incumplimiento de la liquidación de pensiones devengadas y, como tal, se mantiene hasta el cese de dicho incumplimiento.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, seis de diciembre de dos mil veintitrés

VISTO: en audiencia pública¹, el recurso de casación interpuesto por el representante del **Ministerio Público** (foja 102) contra la sentencia de vista del tres de noviembre de dos mil veintiuno (foja 78), expedida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, que declaró nula la sentencia del doce de julio de dos mil veintiuno (foja 49), que condenó a Elmer Ángel Sandoval Terrones como autor del delito de omisión a la asistencia familiar, en agravio de Michael Junio Sandoval Oruna; declaró extinguida la acción penal por prescripción y sobreseyó la causa invocada.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CARBAJAL CHÁVEZ.

CONSIDERANDO

I. Itinerario del proceso

Primero. Según los hechos expuestos en la sentencia de primera instancia, se imputó lo siguiente:

Se advierte de los actuados remitidos por el Sexto Juzgado de Paz Letrado de Trujillo, del expediente No.2078-2003, en el que mediante

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.

Resolución No.10 que contiene la sentencia de fecha 11 de octubre del año 2014, sobre pago de pensión de alimentos, se ordenó que el acusado Elmer Ángel Sandoval Terrones pague una pensión de alimentos mensual de S/600.00 a favor de su hijo Michael Junio Sandoval Oruna, y ante el incumplimiento de pago mediante Resolución NO.35 de fecha 15 de marzo del 2012 se aprobó la liquidación de pensiones alimenticias devengadas que comprende el periodo del mes de marzo del 2007 al mes de enero del año 2012, y se le requiere el pago de S/37,411.67 soles y se le otorga el plazo de tres días para el pago bajo apercibimiento de cursarse copias al Ministerio Público para la denuncia penal. Dicha Resolución de aprobación de liquidación ha sido correctamente notificada al acusado mediante cédula de notificación de fecha 21 de marzo del 2012 y ante el incumplimiento de pago es que se hace efectivo el apercibimiento mediante Resolución No.36 de fecha 24 de mayo del año 2019. Sin embargo, mediante resolución No.49 de fecha 21 de noviembre del 2016 se orden se notifique correctamente al acusado en su domicilio real de su ficha de Reniec con las resoluciones 35 y 36, siendo notificado correctamente mediante cedula notificación No. 1327-2017-JP-FC de fecha 16 de enero del 2017, con la aprobación de liquidación de pensiones de alimentos y ante el incumplimiento se hace efectivo apercibimiento mediante Resolución Judicial No.52 de fecha 28 de septiembre del 2017.

Segundo. El Quinto Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, mediante sentencia del doce de julio de dos mil veintiuno (foja 49), resolvió condenar a Elmer Ángel Sandoval Terrones como autor del delito de omisión a la asistencia familiar, en agravio de Michael Junior Sandoval Oruna, a un año de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el mismo plazo a condición de que el sentenciado cumpla reglas de conducta; y fijó S/ 3741 (tres mil setecientos cuarenta y un soles) por concepto de reparación civil.

Tercero. Una vez apelada la sentencia por la defensa de Elmer Ángel Sandoval Terrones, la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, mediante sentencia de vista del tres de noviembre de dos mil veintiuno (foja 76), declaró nula la sentencia condenatoria, declaró extinguida la acción penal por prescripción y sobreseyó la causa contra el recurrente; con lo demás que contiene; esencialmente, por los siguientes argumentos:

21. Así, el delito de omisión no requiere la producción de un resultado lesivo, es por ello que resulta importante tener en cuenta la naturaleza del delito. Para ello también debemos considerar que el delito de omisión a la asistencia familiar tiene otros elementos normativos que son trascendentes para la configuración del tipo penal, siendo el más trascendente, el del plazo otorgado para el cumplimiento del pago (apercibimiento usual de tres días desde la válida notificación de la obligación – requerimiento – con el apercibimiento): Consecuentemente el delito de omisión a la asistencia familiar no aparece sino hasta cuando se vence el plazo otorgado por el juez civil o de familia, después de lo cual el juez está expedito para hacer efectivo el apercibimiento y remitir copias al ministerio público para que accione penalmente. Por ello, vencido el plazo la consumación del delito aparece (la conducta de omitir el mandato), por ello la naturaleza de su "instantaneidad": También reafirma lo anterior el hecho que el delito no aparece antes del vencimiento del plazo, pues el obligado tiene todo ese tiempo para cumplir el mandato; donde si bien existe ya la obligación de pago por resolución firme que él conoce, no aparece el delito porque el encartado aún tiene tiempo para hacerlo efectivo; después del vencimiento del plazo ya el delito está consumado; entonces, no se puede decir que la conducta omisiva concreta aparece ni antes de los tres días ni después de los tres días porque antes de los tres días todavía la persona tiene plazo para cumplir con la obligación, y después de los tres días -si bien es cierto puede cumplir con la obligación- el plazo otorgado para pagar ya ha vencido; el incumplimiento en el plazo otorgado ya ha sucedido; consecuentemente, el agente está incurso en el delito por

omitir pagar los alimentos. Por todas las amplias razones expuestas esta Sala Superior se decanta por el criterio esbozado en el RECURSO de NULIDAD 1372-2018/Callao.-

22. Otra de las razones importantes de porque esta Sala Superior considera que lo expuesto en el RECURSO de NULIDAD 327-2020, se aleja de la naturaleza del delito, es que, al pretender que su consumación sea permanente, se contraviene el plazo razonable de la persecución penal, en el entendido que, de considerarlo como delito permanente, éste en la práctica sería un delito imprescriptible; situación que por política criminal solo está prevista en nuestro ordenamiento jurídico y en el derecho comparado para los delitos muy graves, como por ejemplo los delitos de lesa humanidad, terrorismo o incluso los de corrupción de funcionarios en los que los plazos prescriptorios se alargan a unos casi inhumanos; con mayor razón en nuestros tiempos y coyuntura política en que se persigue con mayor acuciosidad estos tipos penales y se sanciona con mayor drasticidad los mismos. Muy por el contrario, el delito de omisión a la asistencia familiar, es un delito leve, tan es así, que su penalidad está por debajo de los cuatro años de pena privativa de libertad que permite la aplicación del artículo 57 y suspender la efectividad de la pena, como ocurre en la gran mayoría de los casos, consecuentemente un delito leve no puede ser imprescriptible, no se tendría un fundamento político criminal que avale esa calidad. Constituyéndose este argumento en una razón más por lo que dicho criterio no es compartido por esta Sala Superior.

23. Por si todo lo anterior no fuere suficiente, existe un último argumento por el que considerar el delito de OAF como uno permanente carece de toda lógica, y es que la realidad impone que en casi la mayoría de los casos las sentencias condenatorias por este delito se alcanzan con el incumplimiento alimenticio vigente casi en su totalidad; tan cierto es esto que las sentencias suspendidas en su ejecución, imponen como regla de conducta el de pagar el monto adeudado; con lo cual llegamos al absurdo según el cual un condenado por al delito de OAF seguiría consumando, cometiendo el delito por el cual ya tiene sentencia firme y en ejecución. La práctica forense impone que aún en ejecución de estos fallos, se suele revocar

el carácter suspendido de la sentencia principalmente por el no pago de la deuda alimentaria, convirtiendo en simbólica no sólo la sentencia de alimentos, sino principalmente la sentencia penal. Entonces, ¿Se puede afirmar con algún grado de coherencia (más allá de la simple afirmación "Suprema" de que lo es) que el delito de OAF se sigue consumando, cuando existe agente cumpliendo pena efectiva en establecimiento penitenciario, por sentencia firme y hasta revocada en su carácter suspendido por el mismo hecho?

24. Frente a los cuestionamientos que se señalen que al considerar este delito como instantáneo se está afectado los derechos al agraviado, porque permitirá la prescripción del delito quedando impune, debe señalarse que no puede concluirse que en un Estado Constitucional de Derecho, la inoperatividad de sus órganos de justicia, signifiquen desnaturalizar la naturaleza de un delito y extender irrazonablemente los efectos de la imprescriptibilidad de los delitos, para poder hacer "justicia", afectando derechos fundamentales de los procesados a la persecución ilimitada del poder punitivo; es por ello que existe la prescripción, para limitar ese poder que puede llegar a ser abusivo e ilimitado: se trata en todo caso de reforzar la operatividad de los órganos judiciales, a fin de que - como en el presente caso- no se espere los tres años para que inicie el proceso penal. [sic].

II. Motivos de la concesión de los recursos de casación

Cuarto. Este Tribunal Supremo, mediante resolución del seis de julio de dos mil veintitrés (foja 67 del cuadernillo formado en esta instancia suprema), 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

Quinto. Instruido el expediente, se señaló como fecha para la realización de la audiencia de casación, el trece de noviembre del año en curso, 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.

Sexto. Concluida la audiencia, a continuación, e inmediatamente en la misma fecha, se celebró el acto de deliberación de la causa en sesión secreta; continuada la deliberación, realizada la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios (por mayoría), con el voto en discordia del señor juez supremo Saúl Peña Farfán, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó para el día de la fecha.

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 para determinar la naturaleza del delito de omisión de asistencia familiar —si es instantáneo de efectos permanentes o un delito permanente—.

Octavo. Preliminarmente, destacamos las normas del Código Penal siguientes:

- Respecto a los plazos de prescripción, en el artículo 82: *“Los plazos de prescripción de la acción penal comienzan: 1. En la tentativa, desde el día en que cesó la actividad delictuosa; 2. En el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó; 3. En el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa; y 4. En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia.”.*
- Respecto el delito de omisión de prestación de alimentos, en el artículo 149: *“El que omite 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 connivencia 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. La Sala Superior al momento de resolver invocó pronunciamientos contradictorios sobre la naturaleza del delito que nos ocupa; así, entre los pronunciamientos que establecieron que es un delito de comisión instantánea citó el recurso de nulidad número 1372-2018/Callao, el Pleno Jurisdiccional Penal Nacional – Ica 1998, el Pleno Jurisdiccional en Materia Penal – Arequipa 2007, el I Pleno Jurisdiccional Distrital Penal – Huancavelica 2008 y el Pleno Jurisdiccional Penal – Junín 2015, asimismo, respecto los pronunciamientos que establecieron que es un delito permanente citó el recurso de nulidad número 327-2020/Junín y el recurso de queja 5-2019/Junín; no obstante, en su razonamiento expresó que pretender que la consumación del delito que nos ocupa es permanente contraviene el plazo razonable en el entendido que en la práctica sería un delito imprescriptible y luego de ello, finalmente determinó que este delito se debe considerar como delito instantáneo.

Décimo. Este Supremo Tribunal, en el auto de calificación de la casación número 2244-2021/Callao del quince de febrero de dos mil veintitrés como uno de sus recientes pronunciamientos, señaló que el delito de omisión a la asistencia familiar es un delito especial omisivo y permanente.

Undécimo. Al respecto, se observa que, en la Casación n.º 819-2016/ Arequipa del veinticuatro de mayo de dos mil diecinueve sobre la distinción del delito instantáneo, el delito permanente y el delito continuado, se expuso:

Por la forma de ejecución del delito tenemos el delito instantáneo que se caracteriza porque la sola conducta consume el delito, no siendo indispensable que el autor siga realizando o efectúe otras. Así también, en los denominados delitos de comisión instantánea con efectos

permanentes, el tipo se consuma en un solo instante, pero sus consecuencias permanecen el tiempo.

Igualmente por delito permanente puede entenderse el mantenimiento de una situación antijurídica por un periodo determinado, de tal modo que el tipo penal continúa realizándose de un modo duradero a voluntad del autor[1]. Por ello, la ejecución del hecho, puede extenderse temporalmente del modo que se extiende la producción del resultado sin que pierda la unidad de infracción[2].

Por otro lado, en el delito continuado hay dos o más comportamientos homogéneos típicos, sucesivos en el tiempo, infractores de la misma norma jurídica[3]. El artículo cuarenta y nueve, del Código Penal lo define como la realización de varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza que hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal.

Los requisitos que se deben cumplir para la configuración del delito continuado son: 1) pluralidad de acciones delictivas; 2) afectación del mismo bien jurídico; 3) identidad del sujeto activo; y, 4) unidad de resolución criminal. Como señala Muñoz Conde y García Arán, estos delitos se caracterizan porque cada una de las acciones que lo constituyen representa ya de por sí un delito consumado o intentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito [4]. Es fácil entonces admitir que el delito permanente y el delito continuado tienen naturaleza distinta.

Duodécimo. Estando a ello, dichos pronunciamientos así como los destacados por la Sala Superior han reflejado un cambio de criterio en relación a la naturaleza jurídica del delito de omisión a la asistencia familiar; sin embargo, dicho cambio obedece a un razonamiento judicial debidamente justificado a partir de los tópicos que presenta el delito en cuestión y que erróneamente llevaron a concebirlo como un delito instantáneo cuando en realidad es un delito permanente, así también se busca garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de la víctima.

Decimotercero. En esa misma línea, en el derecho comparado, el Tribunal Supremo Español en la Sentencia número 346/2020² del veinticinco de junio de dos mil veinte refiriéndose al delito de abandono de familia en la modalidad impago de pensiones homólogo al delito de omisión a la asistencia familiar señaló:

La Consulta 1/2007, de 22 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, argumenta a favor del enjuiciamiento de los impagos producidos hasta el momento del juicio, delito permanente de tracto sucesivo acumulativo, una vez realizados los requisitos típicos (omisión dolosa del pago durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos), sobre los que ineludiblemente ha de ser oído en declaración el imputado en fase de instrucción, los incumplimientos posteriores constituyen elementos adicionales que se integran o acumulan al mismo delito por la realización de idéntica dinámica omisiva. La prolongación en el tiempo de esta conducta tendrá consecuencias en la delimitación de la responsabilidad civil o a la individualización de la pena (art. 66 CP), pero no afectan al título de imputación, que se mantiene idéntico. Esta especial naturaleza del delito tipificado en el art. 227 CP, determina que su ámbito temporal se extienda desde el primer incumplimiento hasta la fecha del juicio oral... garantizando plenamente el ejercicio del derecho de defensa del imputado en relación con cada uno de los indicados períodos.

2. En cuanto a la naturaleza jurídica del delito de impago de pensiones que tipifica el art 227 del CP, doctrinalmente, se asimila al delito continuado -repeticiones de acciones u omisiones, diferentes en el tiempo, y con un similar propósito delictivo-, pero la doctrina más destacada lo rechaza por entender que la secuencia temporal ya es exigida por el tipo penal. Por tanto, estamos ante lo que se ha dado en llamar un delito de tracto sucesivo acumulativo, tal y como lo apuntábamos en nuestra Sentencia nº 187/2009 de 3 de marzo, donde distinguíamos entre "los delitos de tracto sucesivo o continuado integrados por varios actos (impago de pensiones), los de ejecución permanente (detención ilegal, tenencia ilícita de armas, etc.) y los de

² Roj: STS 2483/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2483. Obtenida de:
<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/b213045148bab498/20200727>

hábito como el maltrato familiar habitual." y en nuestro auto de fecha 4 de mayo de 2013 afirmábamos que el delito de impago de pensiones del art. 227 del Código Penal es un "delito en varios actos", reiteración de omisiones en los momentos puntuales en que debe realizarse la prestación, por lo que estaríamos hablando, tal y como hemos apuntado, de un delito de los que se han dado en llamar de tracto sucesivo, en tanto en cuanto para su comisión exige una pluralidad de omisiones, y que no es sino consecuencia del incumplimiento de una obligación de tracto sucesivo, cual es la de girar, con la periodicidad y en los tiempos marcados, los pagos correspondientes.

La doctrina de la Fiscalía General del Estado para en la Consulta 1-2007³ que se menciona en la sentencia antes mencionada, señala:

Si bien la resolución de la presente consulta exige desarrollar algunas consideraciones sobre los elementos, naturaleza y estructura típica del delito de impago de pensiones, para determinar los impagos que pueden constituir el objeto de un proceso tramitado para el enjuiciamiento de dicho delito, es posible anticipar que la misma se resuelve atendiendo prioritariamente al carácter de **delito permanente** (o con más precisión, como se expresa más adelante, **delito permanente de tracto sucesivo acumulativo**) que la jurisprudencia mayoritaria atribuye al delito de impago de pensiones, cuya consumación se inicia por el incumplimiento del período típico establecido en el art. 227 CP y se mantiene hasta que cesan sin interrupción los incumplimientos o se produce su enjuiciamiento.

A partir de ello, se entiende que el Tribunal Supremo Español estima que el delito de impago de pensiones homólogo al delito de omisión a la asistencia familiar es de naturaleza permanente, lo cual coincide con la postura actualmente asumida por este Tribunal Supremo.

Decimocuarto. Ahora bien, habiendo quedado establecido que el delito de omisión a la asistencia familiar es un delito permanente, está fuera de toda duda que la consumación del delito se inicia con el

³ Obtenido de: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FI-S-Q-2007-00001.pdf

incumplimiento de la liquidación de pensiones devengadas y como tal, se mantiene hasta el cese de dicho incumplimiento.

Decimoquinto. No obstante, si bien ello podría llevar a entender que no existe un límite temporal para la persecución del delito, específicamente para aquellos que no cumplen con el pago de la liquidación de pensiones devengadas, ello no es así, en tanto la norma procesal ha previsto los mecanismos para garantizar el derecho a un plazo razonable.

Decimosexto. Siendo ello así, en el caso, se expidió el auto de enjuiciamiento mediante resolución número 06 emitida en el acto oral del veintidós de junio de dos mil veintiuno y con la emisión de dicha resolución queda zanjado el mérito de que la imputación merece pasar a juicio oral al no haberse cumplido con el pago de la liquidación de pensiones devengadas. Luego, se expidió la sentencia de primera instancia en la cual se tuvo por acreditados los hechos imputados por el Ministerio Público, sobre lo cual no ha existido mayor controversia, no se ingresó información sobre el cumplimiento de las pensiones devengadas, por lo que, al día de la fecha la acción penal no ha prescrito y corresponde declarar fundado el recurso de casación propuesto y, siendo que los agravios postulados en apelación, estuvieron referidos únicamente a la eventual prescripción de la acción penal, que ha sido descartada, conforme a los argumentos expuestos, actuando como instancia confirmaron la sentencia condenatoria.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el representante del **Ministerio Público** (foja 102) por la causal prevista en el numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista del tres de noviembre de dos mil veintiuno (foja 78) y, actuando como instancia, **CONFIRMARON** la sentencia del doce de julio de dos mil veintiuno (foja 49), que condenó a Elmer Ángel Sandoval Terrones como autor del delito de omisión de asistencia familiar, en agravio de Michael Junio Sandoval Oruna a un año de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el mismo plazo a condición de que el sentenciado cumpla reglas de conducta; y fijó S/ 3741 (tres mil setecientos cuarenta y un soles) por concepto de reparación civil.
- II. **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 actuados al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo formado en esta instancia.

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

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

CH/MAGL