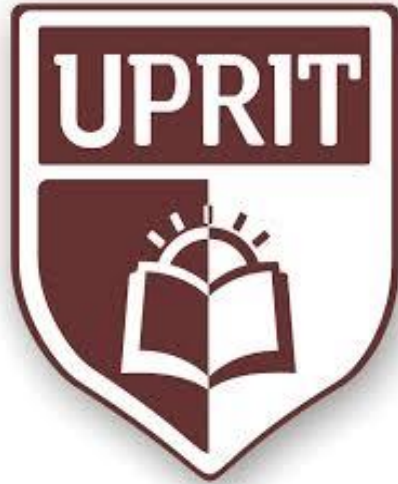


UNIVERSIDAD PRIVADA DE TRUJILLO
FACULTAD DE DERECHO
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO
“NECESIDAD DE PROBANZA DE LA CAPACIDAD DE PAGO DEL PROCESADO
POR EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR”

Autor: Bach. Jorge Luis Rioja Herrera

Asesor: Dr. Carlos Jesús Alza Collantes

TRUJILLO-PEÚ

2025

TESIS RIOJA HERRERA

14%
Textos sospechosos

13% Similitudes
5% similitudes entre comillas
0% entre las fuentes mencionadas
< 1% Idiomas no reconocidos

Nombre del documento: TESIS RIOJA HERRERA.docx
ID del documento: dda92f66d5a184baca2163d8cd5cc2bdo5ad94cc
Tamaño del documento original: 148,59kB
Autores: []

Depositante: Diana Perez
Fecha de depósito: 21/3/2025
Tipo de carga: Interface
Fecha de fin de análisis: 21/3/2025

Número de palabras: 25.495
Número de caracteres: 157.696

Ubicación de las similitudes en el documento:



Fuentes de similitudes

Fuentes principales detectadas

Nº	Descripciones	Similitudes	Ubicaciones	Datos adicionales
1	repositorio.continental.edu.pe https://repositorio.continental.edu.pe/bitstream/20.500.12394/10494/2/M_FDE_312_TE_Arias... 58 fuentes similares	2%		Palabras idénticas: 2% (630 palabras)
2	lpderecho.pe ¿La fiscalía debe probar la condición económica del imputado en ... https://pderecho.pe/la-fiscalia-debe-probar-la-condicion-economica-del-imputado-en-... 19 fuentes similares	2%		Palabras idénticas: 2% (621 palabras)
3	repositorio.usanpedro.edu.pe El incumplimiento de la obligación alimentaria e... http://repositorio.usanpedro.edu.pe/handle/USANPEDRO/11715 71 fuentes similares	2%		Palabras idénticas: 2% (499 palabras)
4	hdl.handle.net Falta de Capacidad Económica del Obligado como Ausencia de ... http://hdl.handle.net/20.500.14074/4028 60 fuentes similares	2%		Palabras idénticas: 2% (436 palabras)
5	repositorio.puce.edu.ec "La medida de apremio personal por incumplimiento d... http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/230001365493/7555.pdf 3 fuentes similares	2%		Palabras idénticas: 2% (373 palabras)

Fuentes con similitudes fortuitas

Nº	Descripciones	Similitudes	Ubicaciones	Datos adicionales
1	www.pj.gob.pe https://www.pj.gob.pe/vps/wcm/connect/9f2a08043eb7b32a44ea74684c6236a/delito_omisi...	< 1%		Palabras idénticas: < 1% (40 palabras)
2	repositorio.upcl.edu.pe ANÁLISIS DEL PROCESO DE ALIMENTOS Y SU RELACIÓ... http://repositorio.upcl.edu.pe/handle/upcl/643	< 1%		Palabras idénticas: < 1% (23 palabras)
3	1library.co Top PDF Omisión a la asistencia familiar - 1Library.Co https://1library.co/subject/omision-a-la-asistencia-familiar	< 1%		Palabras idénticas: < 1% (21 palabras)
4	hdl.handle.net Mecanismos para efectivizar el proceso de alimentos en menor... http://hdl.handle.net/20.500.12423/2615	< 1%		Palabras idénticas: < 1% (24 palabras)
5	repositorio.upsc.edu.pe Análisis del delito de omisión a la asistencia familiar, d... http://repositorio.upsc.edu.pe/handle/UPSC/727	< 1%		Palabras idénticas: < 1% (14 palabras)

HOJA DE FIRMAS

Presidente

Secretario

Vocal

DEDICATORIA

Esto va dedicado a Tiare y Emma Rioja, a mi abuela Marina quien siempre confió en mis capacidades, a mis padres que sin ellos no hubiera podido intentarlo y a mi fiel compañera a la madre de mis hijas, Nadia, sin olvidar a todas las personas que ayudaron en el proceso y me supieron dar la mano ante toda adversidad.

AGRADECIMIENTO

ii

Agradecimiento especial a mis padres, mis hijas y a Nadia, mi compañera de vida, por ser parte de la motivación de dar este nuevo paso en mi futuro profesional

ÍNDICE DE CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN.....	10
I.1.	Realidad Problemática.....	10
I.2.	Formulación del Problema.....	13
I.3.	Justificación.....	13
I.4.	Objetivos:.....	14
	I.4.1. Objetivo General.....	14
	I.4.2. Objetivos específicos.....	14
I.5.	Antecedentes.....	15
I.6.	Bases Teóricas.....	14
I.7.	Definición de términos básicos.....	60
I.8.	Formulación de la hipótesis.....	61
I.9.	Propuesta de aplicación profesional.....	61
II.	MATERIAL Y MÉTODOS.....	62
II.1.	Material de estudio.....	62
	II.1.1. Población.....	62
	II.1.2. Muestra.....	62
II.2.	Métodos, técnicas e instrumentos.....	63
	II.2.1. Métodos.....	63
	II.2.2. Técnicas.....	63
II.3.	Operacionalización de Variables.....	64
III.	RESULTADOS.....	65
IV.	DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	90
V.	CONCLUSIONES.....	94
	BIBLIOGRAFÍA.....	96

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla N° 01.....	62
Tabla N° 02.....	63
Tabla N° 03.....	65
Tabla N° 04.....	66
Tabla N° 05.....	67
Tabla N° 06.....	68
Tabla N° 07.....	69
Tabla N° 08.....	71
Tabla N° 09.....	72
Tabla N° 10.....	73
Tabla N° 11.....	74
Tabla N° 12.....	75
Tabla N° 13.....	76
Tabla N° 14.....	78
Tabla N° 15.....	79
Tabla N° 16.....	80
Tabla N° 17.....	81
Tabla N° 18.....	82
Tabla N° 19.....	83
Tabla N° 20.....	84

Tabla N° 21.....	85
Tabla N° 22.....	86
Tabla N° 23.....	87
Tabla N° 24.....	88

v

RESUMEN

El presente trabajo de investigación titulado “Necesidad de probanza de la capacidad de pago del procesado por el delito de omisión a la asistencia familiar” tuvo como objetivo general, Determinar cuáles son los principios jurídicos que vulneraria la ausencia de probanza de la capacidad de pago del imputado en el delito de omisión a la asistencia familiar, además, se consideró posturas doctrinales y jurisprudenciales para evidenciar los principios que vulneran el presente tema de indagación. Se llevó a cabo una investigación demostrativa y de enfoque cualitativo, que se utilizó como instrumento, una encuesta para los conocedores del derecho como, jueces, fiscales y abogados.

Los resultados obtenidos a través del mecanismo utilizando, dio a conocer qué efectivamente los principios que vulneran son los siguientes; el deber de la carga de la prueba, el principio de objetividad fiscal y la búsqueda de la verdad material. La presente investigación concluyó que a pesar que existe el debido proceso, hay situaciones en que existe principios que vulneran la ausencia de probanza de la capacidad de pago del imputado en el delito de omisión a la asistencia familiar.

Palabras Claves: Omisión, capacidad de pago, Probanza fiscal

ABSTRACT

The general objective of this research was to determine which are the legal principles that would violate the absence of proof of the defendant's ability to pay in the crime of omission of family assistance, in addition, doctrinal and jurisprudential positions were considered to demonstrate the principles that violate the present subject of inquiry. A demonstrative research was carried out with a qualitative approach, using as an instrument, a survey for those knowledgeable about the law, such as judges, prosecutors and lawyers.

The results obtained through the mechanism used, showed that the principles that are effectively violated are the following: the duty of the burden of proof, the principle of fiscal objectivity and the search for the material truth.

This research concluded that despite the existence of due process, there are situations in which there are principles that violate the absence of proof of the ability to pay of the accused in the crime of omission of family assistance.

Key words: Omission, capacity to pay, Fiscal proof.

I. INTRODUCCIÓN

1.1.Realidad Problemática:

Un gran problema en la doctrina y la jurisprudencia ha surgido de la realidad con la que casi automáticamente y hasta de forma “mecánica” -cual si fura una tramitación superflua- se sustancia el delito de omisión a la asistencia familiar en el proceso penal peruano. En el país no se acredita en sede penal la capacidad de pago del sujeto obligado (en el proceso civil), imputado en el proceso penal, cuestión que se ha agravado debido a que, actualmente, desde la reforma del proceso inmediato (con el Decreto Legislativo N° 1194), el delito se somete de forma obligatoria al procesamiento bajo las normas de este proceso especial, originándose como resultado insoslayable que al saltarse, en el citado proceso especial, la etapa de investigación, se anulen las posibilidades de que la fiscalía cumpla con la acreditación de un elemento de todo tipo penal omisivo (como lo es el delito de omisión a la asistencia familiar), la capacidad de obrar, capacidad de pago, en estricto, en el delito de omisión a la asistencias familiar.

Es necesario insistir en que el delito de omisión a la asistencia familiar consagrado en el artículo 149 primer párrafo del Código Penal, es un delito omisivo, y como tal, tiene como uno de sus elementos objetivos, la capacidad de cumplimiento (capacidad de pago), el mismo que debe ser acreditado por el fiscal en el proceso penal. Pensar o sostener que debe ser el investigado quien debe acreditar en el proceso penal que no tiene capacidad de pago- como elemento del tipo penal omisivo señalado- implicaría pervertir un principio básico fundamental: el deber de la carga de la prueba, obligación que tiene el ente persecutor y que no puede ser traslado de forma indebida al procesado, pues la inversión de la carga de la prueba, que se pretendería, es una afectación al debido proceso y rompe la lógica de un proceso penal de división de funciones que sustenta las bases del sistema acusatorio. En suma, como apunta Nakazaki Servigón “la capacidad económica para cumplir la obligación alimentaria, es un hecho constitutivo de este delito de omisión propia.

Hay quienes sostienen que en el proceso penal solo se debe tramitar el delito de

omisión a la asistencia familiar, pues la capacidad de pago se acreditó en el proceso civil, cuestión que es incorrecta pues en el proceso civil la capacidad económica del alimentista, ni siquiera se acredita de forma rigurosa, y, aunque así lo fuera, se debe entender que el proceso penal es otro escenario, donde constitucionalmente el fiscal está obligado a acreditar más allá de toda duda razonable la configuración de todos los elementos del tipo penal objetivo: deber de la carga de la prueba”.

Tampoco se considera correcta la idea del profesor Alcides Chinchay, que afirma que la fiscalía no debe acreditar la capacidad de pago del imputado, debido a que la fiscalía no debe acreditar los elementos negativos del tipo; sin embargo, la capacidad de pago no es un elemento negativo del tipo penal como por ejemplo si lo son las causales de antijuricidad o de inculpabilidad; sino que la capacidad de pago está referida a la capacidad de acción o de obrar que es un elemento del tipo penal objetivo de todo delito de omisión. Es el fiscal el que debe probar la existencia de la posibilidad real que tiene el investigado de cumplir con su obligación alimenticia, no hacerlo, no solo implica que el fiscal el incumplimiento constitucional del fiscal de acreditar los elementos del tipo penal, sino que el persecutor, infringe el deber de objetividad, pues solo funda su acusación en lo que relativamente se puede probar en el proceso de alimentos pero no indaga o acredita si el procesado tiene capacidad real de pago, esto es, utiliza elementos de convicción en contra del imputado, pero no investiga aquellos que le pueden favorecer como la ausencia de capacidad de pago. Además, ello afecta el principio de lograr alcanzar la verdad como fin del proceso penal, pues se condena con las relativizaciones propias de la averiguación de la capacidad de acción (de pago) que se hace en el proceso civil de alimentos y no con la rigurosidad propia de un proceso penal. Es por tanto que he considerado el siguiente problema de investigación: ¿Cuáles son los principios jurídicos que vulneraría la ausencia de probanza de la capacidad de pago en el delito de omisión a la asistencia familiar? Su justificación recae **Desde el punto de vista teórico**, esta investigación busca que se entienda el real alcance del principio del deber de la carga de la prueba en el proceso penal, además de dejar claramente marcada la distinción entre un elemento del tipo penal objetivo que, si debe ser probado obligatoriamente, con los elementos negativos

del tipo: causas de justificación o inculpación, porque de ello dependerá de si la capacidad de pago debe acreditarla el persecutor penal o quien del imputado. Además de ello, se busca que se mantenga incólume y se respete la búsqueda de la verdad material con fin del proceso, y, por último, que el verdadero alcance del principio de objetividad fiscal se verifique en los casos en los que el fiscal no investigue la capacidad de acción del investigado en la omisión a la asistencia familiar. Por otro lado, **Desde el punto de vista práctico**, esto permitirá un mejor trabajo de los operadores fiscales, para evitar impunidad y con ello se satisfaga el bien jurídico “asistencia a la familia”; y, además de que el juez exhortaría al fiscal a cumplir con la exigencia de probar la capacidad de acción (de pago), para lograr satisfacer el derecho alimentario, además que permitiría una decisión justa adecuada a las básicas garantías penales. Es así, que, **Desde el punto de vista social**, se permitiría un proceso más justo para el investigado y al mismo tiempo evitaría que la ausencia de probanza se supere, para efectos de tener una mejor satisfacción de los derechos de los alimentistas. Un proceso bien llevado y con el respeto de las garantías del procesado será a la vez eficaz para efectos de lograr una decisión justa para la sociedad y de esta forma toda la comunidad empieza a creer que los órganos de justicia en el Perú pueden impartir verdadera justicia. Si bien es cierto, el tema alimentario es un tema sensible, también es necesario que se cumpla con la acreditación de los supuestos típicos de un delito omisivo, pues ello evitaría que se genere falsas expectativas en el justiciable de una pensión de alimentos que no recibirá habida cuenta la ausencia de capacidad de pago.

La presente investigación tiene como **Objetivo General: Determinar** cuáles son los principios jurídicos que vulneraría la ausencia de probanza de la capacidad de pago en el delito de omisión a la asistencia familiar.

Así también de manera idónea se ha planteado como **Objetivos específicos:** (I) Establecer los alcances del delito de omisión a la asistencia familiar. (II) Determinar las posturas doctrinarias a favor y en contra del deber fiscal de acreditar la capacidad

de pago en el delito de omisión a la asistencia familiar. (III) Señalar las posturas jurisprudenciales a favor y en contra del deber fiscal de acreditar la capacidad de pago en el delito de omisión a la asistencia familiar. (IV) Explicar que la no probanza de la capacidad de pago afecta los principio de deber de la carga de la prueba, objetividad fiscal y derecho a la verdad material.

Logrando tener la presente hipótesis: Los principios jurídicos que vulneraría la ausencia de probanza de la capacidad de pago del imputado en el delito de omisión a la asistencia familiar son: el deber de la carga de la prueba, el principio de objetividad fiscal y la búsqueda de la verdad material.

1.2. Formulación del problema:

¿Cuáles son los principios jurídicos que vulneraría la ausencia de probanza de la capacidad de pago en el delito de omisión a la asistencia familiar?

1.3. Justificación:

- Desde **el punto de vista teórico**, esta investigación busca que se entienda el real alcance 13 del principio del deber de la carga de la prueba en el proceso penal, además de dejar claramente marcada la distinción entre un elemento del tipo penal objetivo que, si debe ser probado obligatoriamente, con los elementos negativos del tipo: causas de justificación o inculpación, porque de ello dependerá de si la capacidad de pago debe acreditarla el persecutor penal o quien del imputado. Además de ello, se busca que se mantenga incólume y se respete la búsqueda de la verdad material con fin del proceso, y, por último, que el verdadero alcance del principio de objetividad fiscal se verifique en los casos en los que el fiscal no investigue la capacidad de acción del investigado en la omisión a la asistencia familiar.
- Por otro lado, desde **el punto de vista práctico**, esto permitirá un mejor trabajo de los operadores fiscales, para evitar impunidad y con ello se satisfaga el bien jurídico “asistencia a la familia”; y, además de que el juez exhortaría

al fiscal a cumplir con la exigencia de probar la capacidad de acción (de pago), para lograr satisfacer el derecho alimentario, además que permitiría una decisión justa adecuada a las básicas garantías penales.

- Es así, que, desde **el punto de vista social**, se permitiría un proceso más justo para el investigado y al mismo tiempo evitaría que la ausencia de probanza se supere, para efectos de tener una mejor satisfacción de los derechos de los alimentistas. Un proceso bien llevado y con el respeto de las garantías del procesado será a la vez eficaz para efectos de lograr una decisión justa para la sociedad y de esta forma toda la comunidad empieza a creer que los órganos de justicia en el Perú pueden impartir verdadera justicia. Si bien es cierto, el tema alimentario es un tema sensible, también es necesario que se cumpla con la acreditación de los supuestos típicos de un delito omisivo, pues ello evitaría que se genere falsas expectativas en el justiciable de una pensión de alimentos que no recibirá habida cuenta la ausencia de capacidad de pago.

1.4. Objetivos:

1.4.1. Objetivo General:

Determinar cuáles son los principios jurídicos que vulneraría la ausencia de probanza de la capacidad de pago del imputado en el delito de omisión a la asistencia familiar.

1.4.2. Objetivos específicos:

- Establecer los alcances del delito de omisión a la asistencia familiar.
- Determinar las posturas doctrinarias a favor y en contra del deber fiscal de acreditar la capacidad de pago en el delito de omisión a la asistencia familiar.
- Señalar las posturas jurisprudenciales a favor y en contra del deber fiscal de acreditar la capacidad de pago en el delito de omisión a la asistencia familiar.

- Explicar que la no probanza de la capacidad de pago afecta los principio de deber de la carga de la prueba, objetividad fiscal y derecho a la verdad material.

1.5. Antecedentes:

- **A nivel internacional:**

(Saavedra. 2018), titulada; “EL DERECHO DE ALIMENTOS Y LA PROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN DE LA ORDEN DE ARRESTO”, tesis para optar al grado de magister en derecho de familia, derecho de la infancia y derecho de la adolescencia - chile, llegando a la siguiente conclusión; “Las sentencias no realizan una remisión expresa al “interés superior del niño” para fundamentar sus decisiones. En aquellos casos en que se acoge la acción de amparo, el fundamento principal es que la resolución que decreta el arresto es ilegal y atenta contra la libertad personal del alimentante. No existe un desarrollo argumentativo que permita establecer cómo los jueces solucionan la colisión de derechos que se produce, ni mucho menos como llegan a la conclusión de finalmente otorgarle mayor valor a derechos como la libertad personal y seguridad individual del alimentante, que al derecho a la vida del alimentado o de qué modo su decisión favorece en mayor la vida del alimentado o de qué modo su decisión favorece en mayor medida su interés”. Es por demás interesante la conclusión arribada por el investigador, puesto que, el principio del interés superior del niño, resulta una arista medular de observancia obligatoria por el órgano jurisdicción para fundamentar las resoluciones relacionados al tema del derecho de alimentos.

(Cabrera, 2017), titulada; “LA MEDIDA DE APREMIO PERSONAL POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ALIMENTICIAS: PODER PUNITIVO LATENTE. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA”, tesis para la obtención del título de abogada - ecuador, llegando a la siguiente conclusión; “Como es de nuestro conocimiento, el Estado se encuentra en la obligación de garantizar el cumplimiento de este derecho, por lo que ha regulado ciertas situaciones en las que contrapone con

otros derechos, prevaleciendo siempre el interés superior del niño. En este sentido, se han creado normas que regulan la forma en la cual deba ser garantizado el cumplimiento del derecho de alimentos del niño, imponiendo una obligación al padre/madre alimentante de aportar con una pensión mensual que permitan satisfacer sus necesidades básicas, y además le permitan al obligado contar con los medios necesarios para su subsistencia. Así también, con el objeto de garantizar de mayor medida el cumplimiento de dicha obligación, se ha previsto por la propia legislación una consecuencia derivada de su incumplimiento; la privación de la libertad del obligado. Ésta, es una forma mediante la cual se puede evidenciar la concretización o materialización del principio de interés superior del niño, debido a que, el derecho de alimentos no solo va destinado hacia los niños, niñas y adolescentes, también la legislación prevé en ciertas ocasiones la prestación de alimentos en el caso de los padres o del cónyuge, sin embargo, no se sanciona su incumplimiento con la privación de la libertad del obligado, ya que no existe una situación de vulnerabilidad, como en el caso de los niños, niñas y adolescentes, que, debido al principio del interés superior del niño, le permite al Estado a sancionar su incumplimiento, privando al moroso de uno de sus derechos fundamentales más importantes; la libertad de movilidad”. Interesante el análisis arribado, ya que, los padres o cónyuges en los delitos de alimentos no están regidos por el principio del interés superior del niño, no obstante, esto acarrea que las sentencias por alimentos no sean penas efectivas, lo que no ocurre con los alimentistas descendientes.

➤ **A nivel nacional:**

(Frias, 2022), realizo una investigación titulada; “EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR EN EL DISTRITO DE SURCO, 2022”, tesis para optar el título profesional de abogada, por la universidad peruana de las américas, quien concluye de la siguiente manera; “Sobre la penalidad limitativa de la prestación del servicio a la comunidad en beneficio de la comunidad, actualmente es poco eficiente, porque es directo a la sociedad, y debería ser más inclinado al hijo que se tiene con la pareja, porque el dinero que gane el padre de familia por omisión al trabajo, debe ser descontado de su sueldo, para que así, pueda realizar el pago devengado durante el

procedimiento y también de la respectiva pensión de carácter ordinario, como ejemplo se tiene el descuento judicial que es automático. Asimismo, en el proceso inmediato el juez no valora la situación y capacidad económica de la persona obligada como un componente o elemento que configura el delito, originando efectos en el imputado frente a la problemática planteada”. Resulta interesante la investigación antes señala, toda vez que, realiza un análisis respecto de la no valoración del órgano jurisdiccional en relación a la situación y capacidad económica de la persona obligada en el proceso de alimentos acarreado la vulneración de derechos fundamentales.

Asimismo, la tesis, (Pérez, 2021) titulada; “LA SANCIÓN EN LOS DELITOS DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR Y EL EJERCICIO DEL DERECHO ALIMENTARIO”, tesis para optar el grado de maestro en derecho penal y procesal penal, por la universidad señor de Sipán, concluyendo lo siguiente; “El Estado al imponer una pena privativa de libertad por omisión a la asistencia familiar, pone en riesgo el derecho del alimentista al no permitir que el moroso trabaje para ponerse al día en las pensiones. Esto no debe darse bajo ninguna circunstancia, debido a que el niño o adolescente nunca debe verse afectado por la ley en estos casos de omisión a la asistencia familiar. El Ministerio Público y el Poder Judicial han convertido una demanda de alimentos y posteriormente delito de omisión a la asistencia familiar, en un proceso engorroso donde muchas veces no se aplica el principio de celeridad procesal, causando un malestar en el alimentista, quién en ningún caso debe verse afectado”. Realizando un análisis sesudo de la conclusión arribada por el investigador se evidencia la controversia materializada en una disyuntiva de imponer una condena al acusado por alimentos y la consecuencia de estar privado de su libertad implicaría materialmente no obtener dinero para dar un efectivo cumplimiento en su obligación alimentista.

➤ **A nivel local:**

“EL USO DE HERRAMIENTAS INFORMÁTICAS EN LA REDUCCIÓN DEL ALTO ÍNDICE DE INCUMPLIMIENTO DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS. PERIODO 2018- 2019” tesis para optar el título de abogada, llegando a la siguiente

conclusión; “En ese mismo sentido, el Tratado de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se considera como el tratado base, puesto que, por medio de este, se deslindan y reconocen todos los derechos fundamentales e intrínsecos del hombre, por ende, insta a la protección de todos los pueblos o naciones que se encuentran suscritos al presente Tratado a manejar e incorporar todos los mecanismos necesarios cumplir con el respeto de cada uno de los derechos reconocidos en la presente Declaración. Asimismo, en el artículo 4 de la Constitución Política se reconoce que se debe de brindar una protección especial al niño y adolescentes por ser considerados una población vulnerable. También la Convención Americana sobre Derechos Humanos regula en su artículo 19 que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Siguiendo la ilación, se tiene como siguiente normativa el Código Civil que fue promulgado el 25 de julio de 1984, la presente normativa se podría decir que tuvo influencia del tratado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito por Perú el 11 de agosto de 1977 y aprobado por el Decreto Ley N° 22128, publicado el 29 de marzo de 1978, puesto que el Código Civil tiene como objeto regular en su artículo 423 inciso 1 los deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad, en su artículo 424 manifiesta que la obligación de proveer el sostenimiento de los hijos e hijas persiste hasta la edad de los 28 años siempre y cuando este siguiendo con éxitos estudios de una profesión e oficio, en ese mismo sentido en el artículo 472 se regula lo que abarca el termino alimentos jurídica, se menciona que alimentos es entendido como lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, asistencia médica , entre otros. Toda esta normativa se desprende de lo reconocido en la Constitución donde señala que la familia es la unidad más importante, no solo de socialización, sino que se debe de entender como aquella unidad de asistencia que atiende a sus miembros a lo largo de su ciclo de vida”. Dicha conclusión, evidencia una connotación de derecho fundamental con normas constitucionales e internacionales respecto del derecho de alimentos.

1.6. Bases teóricas:

Sub Capítulo I

El derecho Penal sustantivo

Habiendo ya desarrollado los antecedentes y con la finalidad de encontrar una mejor comprensión es necesario mencionar algunas definiciones del **derecho penal sustantivo**, Constituyendo a aquellas disposiciones jurídicas que enmarcan las conductas considerativas delictivas y las consecuencias jurídico-penales que conllevan. Según García (2012):

El Derecho penal sustantivo puede ser estudiado, a su vez, desde dos perspectivas. En relación con su aplicación, el Derecho penal sustantivo es sistematizado por la dogmática penal. Pero el Derecho penal también puede ser observado en atención a su mayor eficacia en la lucha contra la criminalidad o al mantenimiento de las garantías jurídico-penales. (p. 52) En este sentido, el Derecho penal sustantivo se deberá estudiar desde la conocida “política criminal”. Es denominada como dogmática penal ya que parte del análisis y estudio del Derecho penal positivo, como un conjunto de dogmas. Debe establecerse que esta domotización no debe ser entendido como una aceptación cerrada de una verdad inmutable, sino debe comprender el punto de partida para el conocimiento y aplicar el Derecho penal vinculándose al principio de legalidad. Menciona García (2019): El Derecho penal sustantivo es tenido en consideración por la llamada política criminal científica. El enfoque propiamente jurídico es el que utiliza la dogmática, lo que no significa que el actor del sistema penal no cuente con un margen de decisión que le permita hacer política criminal. La dogmática jurídico-penal se encarga del estudio de las leyes penales para su conocimiento, sistematización conceptual y correcta aplicación. (p. 48) Este derecho debe ser considerado de última ratio, ya que solo será aplicado cuando otros medios de control social no resulten suficientes, debido a que sus sanciones son consideradas como “más gravosas”.

Asimismo, Guevara (Cómo se citó en Guevara et al., 2020) plantea que, “El Derecho Penal en su conjunto puede ser visto como un enorme leviatán que hay que soltarlo cuando el caso estrictamente lo amerite, cuando no hay otro camino en realidad para hacer frente a los conflictos sociales” (p. 99).

Su objeto principal radica en el estudio de las leyes penales vigentes, para que puedan ser aplicadas de forma adecuada. Es así como en el caso del proceso penal, tiene el fin de hacer efectiva la realización del Derecho penal sustantivo. Según Villavicencio (2017): Se pueden identificar tres manifestaciones del derecho penal que cuentan con características autónomas: el derecho penal sustantivo, que estudia las normas en cuanto determina los delitos y señalan las medidas a aplicarse; el derecho penal formal, que señala la forma o procedimiento para hacer efectivas las consecuencias del delito; y el derecho penal ejecutivo, que abarca el cumplimiento o ejecución de las penas y medidas de seguridad. (p. 23)

Para precisar que el derecho subjetivo, es la facultad que tiene el Estado para imponer “penas y medidas de seguridad”, tratándose como se mencionó anteriormente de una decisión político-criminal que se ve establecida en una norma penal, declarando punible un hecho delictivo y persiguiendo al sujeto agente. De esta forma, el Estado aplica su poder exclusivo de “violencia legítima”, a través de las sanciones correspondientes.

Es importante mencionar que el Derecho Penal, está constituido por principios y normas que establecen cuando las conductas o comportamientos humanos exteriorizados constituyen un delito y cuál es la pena y medida de otra naturaleza que se deberá aplicar a infractor.

En cuanto a su finalidad, ya que establece aquellas normas de conducta que deben ser respetadas en la sociedad, es poder evitar la comisión de delitos, manteniendo el orden y protección a la sociedad. Flores (2016) plantea: El derecho procesal penal establece los principios y regulación tanto de los órganos jurisdiccionales del Estado para la administración de justicia, como del proceso, es decir, que ha de regular el procedimiento para determinar y realizar la pretensión penal estatal,

materializándose el derecho penal sustantivo y amparar los intereses de la víctima. (p. 45) A su vez, en un Estado de Derecho, para que se pueda sancionar al sujeto agente de un hecho delictivo o infractores de las normas jurídico-penales, se debe tomar en cuenta la naturaleza instrumental del procedimiento penal vinculado al Derecho penal sustantivo. No tiene sentido si encontramos la regulación de preceptos penales en términos preventivos, si es que las estipulaciones normativas no están materializadas en hechos concretos, siendo objeto de persecución y su correspondiente juzgamiento. Según Peña Cabrera (2019): Mientras que las normas del Derecho penal sustantivo, se ocupan de definir modelos valiosos de conducta, en cuanto al respeto a los bienes jurídicos fundamentales, mediando el despliegue de efectos comunicativos pedagógicos, de corte intimidador, el Derecho procesal penal se encarga de regular la vía procedimental, a partir de la cual el supuesto autor y/o partícipe del delito, ha de ser investigado, procesado y enjuiciado, y de ser el caso, pasible de una sanción punitiva (pena y/o medida de seguridad). (p. 445)

Por lo que, el Derecho penal posee un significado esencial como ordenamiento protector de las relaciones sociales. Constituyendo un medio de control social, comprendido como símbolo social, a través de los cuales los mencionados símbolos y modelos son determinados y aplicados.

Respecto a los Principios más importantes, tenemos primero al Principio de Legalidad donde menciona Hurtado (1987) que: El legislador peruano ha plasmado el principio de legalidad en los tres primeros artículos del Código Penal. Destaca, expresamente, los diversos aspectos que ha adquirido dicho principio en su evolución histórica. En el art. 10, estatuye que la privación o restricción de derechos a título de pena, sólo podrá ser impuesta en virtud de una sentencia judicial. (p. 63)

Rige también el hecho de considerar inocente a toda persona mientras no se declare judicialmente su responsabilidad, es decir, toda condena será establecida judicialmente. Este principio establece que nadie puede ser sancionado

penalmente por un acto que no se encuentre establecido en la ley, ya sea como “delito o con pena no establecida en ella”. Respecto a este principio, es importante mencionar que se encuentra establecido en la Constitución, menciona García (2019), “Reconocido en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución Política. En esta disposición constitucional se establece que nadie podrá ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado” (p. 139).

Es así como este principio constituye una garantía frente a la potestad punitiva del Estado, llevando a afirmar que se deriva del derecho fundamental de la dignidad humana. Lo que se debe evitar es una respuesta punitiva que este cargada de subjetividades, por lo que es una garantía que se le otorga a los ciudadanos en el sentido que el Estado tiene sus reglas y actuación delimitadas.

El segundo Principio es el de lesividad, Este principio se desprende del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, dado que la imposición de una sanción penal requiere que la conducta lesione un bien jurídico protegido. Según Povis (Cómo se citó en García, 2019): Si la conducta no cuenta con esa lesividad, entonces no estará justificado sancionarla penalmente. El artículo IV del Título Preliminar del Código Penal recoge esta exigencia para legitimar la imposición de la pena, al establecer que esta última precisa necesariamente de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado por la ley. (p. 124). Se debe tener en cuenta que la función del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos con el fin de mantener el orden social y vida en común. Puede suceder que la pena a imponerse no sea proporcional, debiendo adecuarse de forma correcta de acuerdo con la valoración del bien jurídico, el daño ocasionado y las circunstancias del caso en concreto. Asimismo, Rodríguez (Cómo se citó en Reátegui, 2019) “En los delitos de lesión el tipo requiere la efectiva destrucción o menoscabo del bien jurídico para su consumación; en los segundos (de peligro), es suficiente con el peligro para el bien jurídico protegido, con la amenaza de este” (p. 9).

Finalmente, se debe precisar que los bienes jurídicos son valores fundamentales de la sociedad que protegen los derechos fundamentales del ser humano, siendo su fuente principal los principios constitucionales, y así evitar la arbitrariedad que se puede originar por el uso desmedido del poder penal. El tercer Principio es el de culpabilidad; Este principio está referido a que la conducta realizada por el autor o partícipe que es antijurídica concurre como un elemento de tipo subjetivo del hecho que pueda ser imputable de forma objetiva. Según Peña Cabrera (2011), “Comporta una garantía fundamental que impide que se sancione al autor por resultados imprevisibles o por obra del destino (causalidad o el azar), importa en realidad la vinculación personal del autor con el injusto penal” (p. 231).

Es importante mencionar que no se puede sancionar penalmente a una persona en el Perú si no se presenta una imputación culpable de un injusto penal, este principio es el consenso en que la culpabilidad encuentra expresión en las reglas de imputación penal. Desde una perspectiva político-constitucional este principio guarda relación con los principios conexos de necesidad, eficacia y proporcionalidad, especialmente con el principio de legalidad. Asimismo, este principio es comprendido como la vinculación subjetiva que une al autor con la acción u omisión que se exterioriza al lesionar un bien o en la manifestación de un nexo jurídicamente desaprobado; también, una imputación objetiva que contiene una connotación específica del autor, referida a su estado cognitivo vinculado a la relación con la conducta realizada. Finalmente, según Reátegui (2018):

Es preciso afirmar que la determinación de culpabilidad se produce con la expedición de la sentencia, luego de que las partes exponen a lo largo del proceso sus argumentos, a fin de que el juez pueda adquirir convicción sobre los hechos controvertidos. Es por ello que el reclamante no puede afirmar a priori la ausencia de responsabilidad en la comisión del delito con la dación del auto apertorio de instrucción ya que ello solo constituye el inicio del proceso que será ventilado en la vía ordinaria y no en sede constitucional, lo que no enerva que dicho proceso

deba ser tramitado con estricta sujeción al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. (p. 991)

Finalmente, el Principio de proporcionalidad establece que las penas a imponerse sean proporcionales al delito cometido. Lascuráin (Cómo se citó en Peña Cabrera, 2011) plantea, “El principio de proporcionalidad establece así un razonable tratamiento de la libertad, de la autonomía personal, por parte de las normas sancionadoras y, en general, restrictivas de derechos” (p. 127).

A su vez, en cuanto a la valoración de determinación de la pena se realiza: cuando se aplique de forma correcta el principio de proporcionalidad, el cual va de la mano con el principio de culpabilidad, constituyendo en fundamento de imposición de la pena. Según Rojas (2012):

En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporcionalidad entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. (p. 126)

Asimismo, se menciona que dado el caso en que la pena aplicada resulte desproporcional a la gravedad del hecho cometido, el juez deberá reducir sus efectos. Dado que este principio tiene un carácter jurídico penal, debe encontrar su racionalidad en cuando a la función asignada al sistema penal, por lo que la doctrina penal, atribuye a la pena una función de prevención general o especial, no desconociendo que la proporcionalidad de la pena sea un principio rector de la actividad punitiva correspondiente al Estado, sino que es considerada como garantía indispensable para evitar el uso abusivo de su poder.

Asimismo, para poder entender mejor esta problemática debemos entender que es el delito definiéndolo como; aquella acción que infracciona la norma establecida previamente en la ley, constituyendo una disfuncionalidad y la pena aquel medio por el que se producirá la estabilización del sistema. Según Garófalo (2015), “En

efecto el delito es siempre una acción perjudicial que, al propio tiempo, hiere algunos de los sentimientos que se ha convenido en llamar el sentido moral de una agregación humana” (p. 11).

Es importante mencionar que el deber de lucha contra los delitos y el deber de enfrentarlos diseñando estrategias adecuadas recae en el Estado. Castillo et al. (2004) plantea que la prevención del delito radica en dos bases; en primer lugar, exige una tarea legislativa u actividad judicial, que se regirán sobre parámetros y una base empírica, que tome en cuenta el aporte de otras ramas que ayuden a determinar la influencia y efectos que se deben esperar como consecuencia de imponer una sanción jurídico-penal. La creación de una pena y la aplicación debe reposar en criterios científicos fiables. También, el sentido y límites de la prevención se obtendrán de las normas, principios y valores establecidos en la sociedad, empleando un mecanismo de disuasión.

Dentro de las categorías tenemos a la acción, es a partir de la acción que se estructura la imputación de un delito, es indispensable que se incorpore como elementos la relación con el tipo penal, antijuricidad y culpabilidad. Según Zaffaroni (Cómo se citó en Villavicencio, 2006) “El concepto de acción es un concepto jurídico o normativo, pues, el Derecho Penal lo obtiene a través de un procedimiento constructivo donde se realiza una abstracción de lo que existe en la realidad” (p. 262).

La acción es entendida como base sobre la que se precisan los predicados que configuran el hecho punible, de forma que el delito se afirma si parte de una acción; otra interpretación, exige una referencia de criterios jurídico-penales relacionada con la acción. La acción debe cumplir funciones como: en primer lugar, constituir el fundamento de acción u omisión, dolosa o culposa realizada a través de la acción; así como debe ser autónomo en relación a estos y, se debe entender que la acción deberá ser calificada como típica, ilícita y culpable.

Asimismo, es importante mencionar sus teorías, Hurtado (1987) plantea, en primer lugar, a la “acción causal o natural”, que consiste en la voluntad,

manifestándose en el movimiento corporal, se deberá determinar la ilicitud del comportamiento para constatar que el agente actuó de forma culpable. Seguidamente, encontramos la “acción finalista”, afirmando que es la acción relacionada al comportamiento humano que se somete a la voluntad para un determinado resultado, siendo que las personas, podrán prever los efectos posibles, así como el fin al que va dirigido y la actividad hacia un objetivo determinado. Finalmente, la “acción social”, siendo el criterio común de sus partidarios, el que se comprenda el hacer y omitir como parte del comportamiento humano, constituyendo criterios ontológicos y normativos puros. Según Villa (2014): El punto de partida del derecho penal no es otro que la conducta humana que pretende regular y lo hace seleccionando de un universo indeterminado, aquel número preciso de conductas, previstas como tipos penales en la parte especial del catálogo, que el legislador las considera relevantes desde el punto de vista jurídico penal, por transgredir normas protectoras de determinados bienes jurídicos o para prevenir daño social, que determinada racionalidad político criminal ha decidido tutelar. (p. 265)

Respecto a la tipicidad, el juicio de tipicidad da inicio como proceso valorativo de adecuación de las conductas humanas a las hipótesis contenidas en un tipo de pena. Menciona Gómez (2016):

El tratamiento de la tipicidad en la Parte General tiene una aplicación significativa para la Parte Especial. El alcance y desarrollo dado a la tipicidad como nota del delito repercutirá directamente en el análisis de cada uno de los tipos legales y en su sistematización. (p. 23)

Entonces, es el tipo legal el eje que asume una función indiciaria motivadora. La tipicidad exige que tanto el hecho típico como la pena a imponerse sean exactas y se describan de forma clara. La tipicidad requiere que tanto los elementos objetivos como subjetivos concurren, pues no se puede mencionar hechos que sean objetivamente típicos pero que no los sean desde un punto de vista subjetivo. Según Urquiza et al. (2004):

La tipicidad no está limitada solamente a la descripción del hecho objetivo manifestación de la voluntad y resultado perceptible en el mundo exterior, sino que además contiene la dirección de la voluntad del autor como proceso psicológico necesario para la constitución del tipo de delito, esto es, la parte subjetiva que corresponde a los procesos psíquicos y constitutivos de delito: dolo, culpa, elementos subjetivos del injusto. (p. 68)

La siguiente categoría es la Antijuridicidad, pues la conciencia sobre la antijuridicidad es esencial porque el sujeto agente debe haber tenido conocimiento del injusto de su actuar, pudiendo entender que su comportamiento fue contrario a derecho, al ordenamiento jurídico y que la conducta realizada es prohibida. Según Hurtado (1987), “La antijuridicidad de un acto consiste en el juicio objetivo y general que se formula en base a su carácter contrario al orden jurídico” (p. 186).

Respecto a lo mencionado anteriormente, se reafirma que el legislador describe estos actos que forman parte del bloque injusto del cual se talla una parte delimitándola, teniendo como finalidad que se encierre en fronteras lo que se sancionará por ser considerado como injusto. Asimismo, la simple adecuación de una acción a un tipo legal no sostiene la afirmación del carácter antijurídico, se necesita que se compruebe la ausencia de toda causa de justificación.

También, se muestra una diferencia entre la antijuridicidad formal y material; siendo que la primera consiste en la oposición del acto a la norma prohibitiva, encontrándose implícita en toda regla penal. Asimismo, la antijuridicidad material es entendida como el carácter dañino del acto, materializado en una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Es así como según Villa (2014), “El tipo para este sistema, se nutre de elementos valorativos, de donde surge el concepto de “tipo de injusto”, anticipando la antijuridicidad. La antijuridicidad, enlazada con la tipicidad, termina abonando la tesis de una antijuridicidad como donosidad social” (p. 76).

Otra categoría importante por desarrollar es la Culpabilidad y se establece de acuerdo con la materia penal, que la culpabilidad se tiene que probar y la inocencia se presume, infiriendo de esta forma que el debido proceso debe estar acreditado de acuerdo con la responsabilidad del procesado. Menciona García (2012), “La culpabilidad es el concepto definitorio de la teoría del delito. “No hay pena sin culpabilidad del autor” es un principio elemental del Derecho Penal” (p. 619).

Se debe considerar tres hechos para el estudio de la culpabilidad: en primer lugar, que el injusto se encuentre con capacidad psicológica suficiente; seguidamente, que el autor tenga conocimiento de la antijuricidad del acto por él protagonizado; finalmente, que el actor se muestre en condiciones y circunstancias de actuar contrario a lo exigible por las normas penales. Según Calderón y Aguila (2011)

La conducta se debe reprochar jurídicamente al sujeto por no haber hecho lo que debía hacer, cuando sabía que estaba haciendo algo distinto de lo obligado por el mandato o lo prohibido por él. Las condiciones dentro de las que actuó u omitió son consideradas por el derecho suficientes para permitirle optar entre cumplir el mandato o violarlo. (p. 122)

A su vez, se tomarán en cuenta tres elementos: la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, el conocimiento de su actuar antijurídico y la exigibilidad de su comportamiento. Este principio, importa un principio político-criminal, en cuanto determina los presupuestos que deben concurrir para poder sancionar a través de una pena al autor o partícipe, dado que solo se podrá punir aquellos comportamientos lesivos que provengan de una libertad de actuar. Finalmente, plantea Peña Cabrera (2011):

El principio de culpabilidad, es entendido como la vinculación subjetiva que liga al autor con la acción u omisión, que se exterioriza en un estado de lesión o en la manifestación de un hecho jurídicamente desaprobado; imputación subjetiva que contiene una específica connotación anímica del autor, referida a su estado cognitivo en relación con la conducta cometida; y, por otro lado, la necesidad de

que la sanción se fundamente sólo en el hecho desvalorado, cuyos efectos perjudiciales producen una transformación social. (p. 233)

Finalmente, la última categoría es la Punibilidad, pues de forma general un injusto penal se considera punible, sin embargo, en algunos delitos existen circunstancias “especiales” cuya presencia determinan la imposición de penas. Estas circunstancias se ven agrupadas en las categorías de la punibilidad, por no estar presente en todos los delitos. Según García (2012): Los presupuestos de la punibilidad son los criterios adicionales al injusto culpable que deciden sobre el ejercicio efectivo del ius puniendi del Estado. Se trata de situación es que no son relevantes para el injusto culpable, pero que afectan igualmente la cuestión general de la necesidad de pena. (p. 811)

Las condiciones objetivas de la punibilidad constituyen manifestación “positiva”, mientras que la expresión “negativa”, tiene lugar a través de las causas de exclusión de la punibilidad o conocidas como excusas absolutorias. Asimismo, las condiciones objetivas de punibilidad se consideran circunstancias que se deben integrar a la acción que realiza el sujeto agente (culpable) para que genere la necesidad de una intervención penal. Plantea Peña Cabrera (2011): La base (subjetiva) de la punibilidad, constituye el delito doloso, pues la mayoría de los tipos penales reprimen el comportamiento doloso y, excepcionalmente, el comportamiento culposo; más aquello no debe entenderse como una supremacía del uno sobre el otro; en tanto, ambos injustos se compaginan en una finalidad teleológico: la protección de bienes jurídicos. (p. 42)

Sub Capítulo II

El derecho Alimentario

Por otro lado, tenemos que desarrollar el **Derecho Alimentario** que como ya lo he mencionado es el punto controvertido de esta problemática. Respecto al **ámbito constitucional del derecho alimentario**, se debe precisar el artículo 7 de la Constitución Política del Perú, donde el Estado reconoce el derecho progresivo correspondiente a toda persona para acceder a una alimentación suficiente y no padecer hambre; así como, contar con protección y seguridad ante las contingencias que precise la ley y para elevar su calidad de vida. En relación con lo mencionado anteriormente, plantea Reátegui (2015): La Constitución Política del Estado en su artículo 1 prescribe: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; y en su artículo 4 declara: “La Comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente y a la madre en situación de abandono”; en consecuencia, es deber del órgano jurisdiccional del Estado garantizar el cumplimiento de las obligaciones que devienen del derecho alimentario, en armonía con la protección conferida por el literal “c” del párrafo 24 del artículo 2 de la Carta Magna. (p. 145)

Definiendo así a los alimentos como aquello indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, de acuerdo con la situación y posibilidades de la familia. Según Salinas (2018):

Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo. Por su parte, abarcando aspectos más amplios e importantes, el Código de los Niños y Adolescentes en el artículo 101 dispone que se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o adolescente. (p. 581)

Se toma en cuenta los alimentos a partir de los gastos del embarazo de la madre desde la concepción a la etapa de posparto. Es así como los

alimentos constituyen la base esencial para el desarrollo del ser humano, los padres tienen el deber de alimentar a sus menores hijos. Finalmente, menciona Oré (2016): El derecho a los alimentos es un derecho fundamental de atención prioritaria debido a que su satisfacción se encuentra estrechamente vinculado a la subsistencia y desarrollo de la persona. Es por ello que goza de protección en la legislación nacional e internacional como la Convención sobre los Derechos del Niño. (p. 288)

Los sujetos obligados a prestar alimentos, se configura un deber jurídicamente establecido el que una persona o personas aseguren la subsistencia de otra u personas a su cargo. El corpus juris civilis en su artículo 475 establece que los alimentos se prestan por los cónyuges, descendientes, ascendientes y por los hermanos. Pero, desde lo establecido en el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 102, menciona que es obligación de los padres brindar alimentos a sus hijos; a ausencia de ellos, el orden de prestar alimentos es: hermanos mayores de edad, parientes colaterales hasta el tercer grado y en el caso de otros responsables el tutor a cargo. Plantea Salinas (2013):

Disposiciones legales a tenerse en cuenta para efectos de la aplicación del derecho punitivo ante el incumplimiento de las obligaciones alimenticias lo constituyen los artículos 478 y 479 del Código Civil. Allí, se dispone imperativamente que cuando el cónyuge deudor de los alimentos no se halla en condiciones de prestarlos sin poner en peligro su propia subsistencia, según su situación, están obligados los parientes. (p. 452)

Se comprende que el deber de pasar alimentos es relativo, lo que busca el legislador es evitar la indefensión de los que tienen el derecho a los alimentos, es así como ante la imposibilidad del obligado a prestar alimentos, serán sustituidos por quienes siguen en el orden prescrito.

Los sujetos con derecho a recibir alimentos dentro de nuestras normas del sistema jurídico, se mencionan en el código civil quienes, correspondiendo a los menores de dieciocho años. Al tratarse de una persona mayor a la edad citada,

tendrán derecho cuando no se encuentre en aptitud de atender su subsistencia, según el artículo 473 del Código Civil. Así como les corresponde a los cónyuges entre sí el derecho a los alimentos, a los ascendientes, descendientes y hermanos, según el artículo 474 del Código Civil. Menciona Oré (2016):

En el ámbito nacional, tanto en la legislación procesal civil como en la procesal penal se ha previsto el dictado de medidas coercitivas vinculadas a la asignación anticipada de alimentos. En el proceso civil, este tipo de medidas se interpone contra las personas con quienes se ha acreditado un entoneamiento parental o familiar culminando con la imposición de una prestación anticipada de alimentos al pariente o familiar como parte de la obligación alimentaria que le correspondería asumir, justamente por ese vínculo parental o familiar. (p. 289)

Es por ende que el proceso civil de alimentos es entendido como aquel proceso ágil mediante el cual se solicita alimentos a favor de un menor, siendo que no solo se ingresan alimentos, sino que abarca gastos de salud, educación, vestimenta, etc. A su vez, deberán ser cubiertos por sus padres, ya que es el pedido que hace uno de los padres, tutor u otros a favor del menor; es deber del juez el determinar si se establecen condiciones para otorgar una pensión de alimentos. Según Peña Cabrera (2009), “La denuncia de omisión de asistencia familiar importa que se haya seguido un proceso civil de alimentos, en virtud del cual el sujeto obligado haya sido intimado (requerido) judicialmente el pago de la pensión alimenticia” (p. 146).

Asimismo, el obligado debe conocer el proceso sobre alimentos, así como de la notificación, el monto de la pensión alimenticia mensual y el plazo de cumplimiento. Si el obligado no tuvo conocimiento de la existencia del proceso sobre alimentos, o en todo caso, no se le notificó, no aparecerán los elementos constitutivos del hecho punible de la omisión de asistencia familiar. Constituye en el Derecho Procesal Penal “requisito objetivo de procedibilidad”. Finalmente, menciona Nakazaki (2017):

El deber de acto, que es la prestación de alimentos, inicialmente es exigido en el ámbito del Derecho Civil, respetando el carácter secundario del Derecho Penal y al persistirse en el incumplimiento de la obligación alimentaria se recurre a la vía penal como última ratio. (p. 196) **Respecto a la jurisprudencia relevante sobre el derecho alimentario**, se debe considerar la resolución del 16 de julio de 1998, mencionando lo expresado por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima: El encausado al no cubrir los deberes alimenticios en condición de padre impuesto por nuestra ley vigente, incurre en incumplimiento del Código de los Niños y Adolescentes, ya que es deber de los padres cumplir y cubrir las necesidades de sus menores hijos como lo son los alimentos, vestido, vivienda, educación, atención médica, etc. Al no cumplir con su deber afectar el desarrollo normal tanto de los niños como adolescentes a su cargo. Como precedente jurisprudencial, menciona Salinas (2015):

Resolución del 9 de enero de 1998 de la Corte Superior de Lima donde se apunta: Además que se configura el delito de Asistencia Familiar cuando el obligado a prestar alimentos (sujeto activo) de acuerdo a una resolución judicial deja de cumplir su obligación, sin que sea necesario que debido a tal incumplimiento se cruce un perjuicio a la salud de los alimentistas (sujetos pasivos). (p. 482)

Sub Capítulo III

Los delitos omisivos

Los Delitos Omisivos han sido definidos a lo largo del tiempo se ha visto una serie de conductas que se incorporan dentro de nuestro sistema jurídico, es así como nuestro código penal llega a establecer dos modalidades que presenta el tipo penal peruano, las conductas de hacer, o realizar una acción contraria al tipo penal, así también las conductas de no hacer o de omisión.

Siendo así, esta modalidad de conducta que también es conocida como un silencio, llega a ser un alcance de determinada meta, en la cual se está vulnerando una norma imperativa y prohibitiva, a este silencio se le conoce como omisión.

La norma establece el concepto de omisión, que permite un conjunto de comportamientos omisivos, consistiendo en abstenerse de hacer algo que debería haberse hecho, adicionalmente fija solamente que ciertas omisiones serán sancionadas penalmente, como aquellas que lesionan el bien jurídico protegido.

En los delitos de omisión se refiere a realizar algo diferente a una determinada conducta deseada, siendo de esta manera que su realización se consuma en la no realización de la conducta que el código establece y que exige.

Dentro del mundo del derecho penal se establece una conceptualización muy singular, que implica una distinción en la terminología, pues tenemos la comisión y la omisión, mismas que pueden ser similares, sin embargo, se diferencian en que la primera se basa en la acción que realiza el sujeto agente para perpetrar un delito, esto es sustraer, disparar. Mientras la omisión, consiste en dejar que el hecho siga su curso, y no intervenir a pesar de estar en nuestro poder hacerlo.

Visto de esta manera, aquellos delitos en los cuales se materializa el accionar con un dejar de actuar, es decir, no hacer algo, El derecho penal a esta acción de no

actuar lo califica como delitos omisivos. Por ello se castiga una conducta de silencio para determinado propósito.

Los delitos omisivos se presentan cuando el sujeto agente no realiza una conducta, sin embargo, un descuido de este se abstiene de realizar una acción a la que se encuentra obligado.

Un claro ejemplo de ello es la omisión de prestar auxilio, pues nuestro ordenamiento jurídico obliga a dar aviso o darle auxilio a un herido grave o alguien que esté en peligro, materializando la conducta atípica en la omisión al llamado de auxilio que obliga el código penal.

Según Villavicencio (2017): la omisión es una forma típica de prohibir acciones, y su concepto es de carácter normativo en referencia a una acción determinada y exigida en una situación social concreta, siempre que el sujeto tenga la capacidad psicofísica para esa acción. Así, no toda omisión debe ser sancionable penalmente, solo determinados comportamientos evitables que lesionan bienes jurídicos. (p 135)

En ese sentido, reforzamos la idea que el delito de omisión se basa en el castigar acciones que uno en el quehacer diario evita de hacer, poniendo en riesgo la vida o la salud de una tercera persona. El desarrollo de la

concepción de omisión llega a la definición de que la omisión se caracteriza por un no hacer una acción esperada.

Ante un caso de omisión, se delimita el no obrar esperado por la ley penal, lo cual implica la infracción del deber de actuar, que está castigado. Ahora bien, Villavicencio (2006) manifiesta “la omisión es una forma típica de prohibir acciones” (p 651). Ello acarrea prohibir acciones que van a lesionar o ponen en peligro bienes jurídicos protegidos, lo cual significa que esta es una figura que limita acciones, es decir que el sujeto activo de este tipo de delitos puede actuar en defensa de un bien jurídico, sin embargo, no lo hizo y ante esta situación el derecho penal castiga su omisión con una sanción penal.

Las clases de delitos omisivos son: **(I) Omisión propia**, la teoría manifiesta que los delitos propios se materializan en no realizar la actividad ordenada por nuestro sistema jurídico, y como se visualiza el autor no obedece una norma de mandato, en las cuales no se califica todas las consecuencias de no hacer; pues su actividad constituye solamente infringir una obligación de hacer.

Ello quiere decir que el delito se comete por la omisión de una conducta que estaba obligado a realizar una persona, es decir, por no hacer algo que debía hacer. Estos delitos se diferencian de los delitos de omisión impropia en los que se comete el delito por no evitar que otro cometa una acción delictiva Según Villavicencio (2017):

Los delitos de omisión propia contienen un mandato de acción. Se sanciona el simple hecho de infringir el mandato. En efecto, los delitos de omisión son delitos de mera actividad en los que la acción exigida debe estar orientada a evitar un resultado lesivo. (p 135-136)

Por lo expuesto, tenemos que esta clase de delitos como ya se ha indicado líneas arriba llega a ser de mandato imperativo y al indicar que son delitos de mera actividad, hace referencia a que su agotamiento se da con la mera realización de la conducta que está describiendo nuestro Código Penal, ello quiere decir que el resultado no esperar una posible lesión mayor al bien jurídico protegido y hace que el resultado no sea necesario.

Los delitos omisivos propios o también conocidas como pura, suponen una desobediencia o incumplimiento a una norma imperativa precisada en el código acotado, de esta manera lo define Pariona (2018) “Los delitos de omisión propia son aquellos delitos que se reducen a la infracción de una norma de mandato, es decir, a la mera omisión de una actividad exigida por la ley” (p 490).

Como se ha expresado podemos notar que estos delitos tienen un mandato, es decir son de carácter imperativo y su cumplimiento es obligatorio. En esta clase de delito se va a sancionar el solo hecho de infringir lo que la norma manda, pues su esencia de los delitos omisivos está en ser de mera actividad, en la que la acción

se orienta a evitar una actividad de lesión, es por ello por lo que se castiga el simple hecho de violar lo mandado.

En efecto, la tipicidad se consuma al no realizar la conducta indicada, así como la capacidad para ejecutar la acción que se ordena, primordialmente esta caracteriza a esta clase de omisiones, pues debe existir una conducta previamente descrita que es vulnerada por el sujeto, por ello que implica el no hacer o hacer algo contrario a la ley; y su capacidad hace referencia en su actuar Psicológico para realizar la acción, pues es necesario que exista una obligación típica o ética para actuar de la persona y esta omisión lleva a un resultado de un daño o perjuicio.

La segunda clase es la **Omisión impropia**; los delitos de omisión impropia se refieren a la conducta de no hacer algo que se tiene la obligación de hacer y que, por tanto, constituye un delito. A diferencia de lo que ocurre en la omisión propia, en la que la falta de acción no constituye delito porque no existe una obligación legal de actuar.

Los delitos de omisión impropia o también conocidos como delito de comisión por omisión, son aquellos en los que nuestro Código Penal no tipifica cuál es la acción que el sujeto agente debe realizar y este omite, este supuesto deja entrever que el autor realiza de manera omisiva impedir el resultado de un delito comisivo.

Pues como lo establece Villavicencio (2017): los delitos de omisión impropia, o comisión por omisión, consiste en abstenerse de hacer lo que se esperaba que se hiciera para evitar el efecto prohibido, por estar el sujeto obligado jurídicamente a realizar la acción por su posición de garante. En este caso la omisión equivale a una actuación comisiva. (p. 137)

En este sentido podemos ver que la conducta del sujeto agente es abstenerse de evitar un resultado posterior, este se encuentra en la obligación de cuidar los bienes jurídicos y con su accionar, omite el evitar su consumación.

Podemos decir que en el caso de los delitos omisivos impropios el sujeto se encuentra en una condición de garante ya que está determina que una persona está

obligada a impedir la aceptación o la consumación perjudicial debido a otras acciones cometidas, siendo así que se considera su comportamiento para el reproche penal.

Es de entender que cuando una persona está en la calidad de garante es porque este tiene una responsabilidad adicional para evitar la consecuencia de los hechos. Es por ello el tipo penal castiga esta omisión que con su accionar ha puesto en mayor riesgo el bien jurídico que el Estado protege.

Es de indicar que hablar de omisión impropia hablamos de comportamientos vinculados a un resultado, crear una fuente de peligro, la posibilidad de realizar una acción y evitar este resultado. Siendo así, en esta clase la persona que incurre en ellos tiene la obligación legal de evitar el resultado y, sin embargo, no actúa. Por ejemplo, si un efectivo policial que tiene la obligación de socorrer a un transeúnte que le están robando, en una situación que está en su día de franco, y no lo hace, podría estar incurriendo en un delito de omisión impropia.

Como lo vemos, la acción del policía no fue la de cometer el delito de robo, sino que este omite el prestar auxilio a un ciudadano cuando está en peligro, ahora bien, es preciso señalar que en los casos de omisivos impropios pueden ser graves, pues ello dependerá el perjuicio al bien jurídico que el agente omitió proteger.

La estructura típica de los delitos omisivos: elementos para su configuración en Perú, al igual que en otros sistemas jurídicos, la estructura típica de los delitos omisivos incluye los siguientes elementos para su configuración. Como lo son los elementos objetivos y elementos subjetivos del tipo.

Su tipificación objetiva, es la presencia del supuesto que es previsto por la ley que obliga a actuar; así mismo para que se objetivase se da omisión de prestar el auxilio que la norma establece, ello implica que no es necesaria una consecuencia.

El desarrollo de la atribución específica del delito comisivo es diferente a la imputación de un delito omisivo. Pues en la configuración de un delito comisivo se basa primordialmente en la realización del acto ilícito típico. Mientras en el

omisivo se configura con la existencia de elementos básicos de la omisión propia o impropia.

Los principales elementos que conforman su estructura típica de los delitos de omisión se recrean en la existencia de una obligación jurídica prevista, en la omisión de la conducta debida, en el resultado dañoso, en la relación de causalidad, en la imputación objetiva.

Todos estos elementos que configuran su estructura básica se reflejan en la mera comisión del delito, es decir en el hecho de omitir. (I) **La existencia de una obligación jurídica previa:** Para que se configure un delito omisivo, es necesario que exista una obligación jurídica previa por parte del sujeto activo de la conducta, es decir, una obligación legal o contractual que le obligue a actuar de una determinada manera. (II) **La omisión de la conducta debida:** El sujeto activo debe haber omitido la conducta debida, es decir, no haber cumplido la obligación jurídica previa de actuar de una determinada manera. (III) **El resultado dañoso:** Es necesario que la omisión de la conducta debida haya causado un resultado dañoso, es decir, que la omisión del sujeto activo haya producido un perjuicio a un bien jurídico protegido. (IV) **La relación de causalidad:** Debe existir una relación de causalidad entre la omisión de la conducta debida y el resultado dañoso producido. (V) **La imputación objetiva:** Es necesario que la omisión de la conducta debida sea objetivamente imputable al sujeto activo, es decir, que éste haya podido evitar el resultado dañoso con una conducta distinta.

Es por tanto correcto señalar que cada clase de omisión trae consigo su configuración. De tal modo en los delitos omisivos propios para tipificar este ilícito dentro de la base de lo objetivo se verifica que tiene elementos característicos y que permite su diferencia con la omisión impropia, estos elementos objetivos se basan en que los delitos omisivos propios la tipicidad se nota comprobada en que la conducta que se realiza no se subsume en la descripción típica.

Al entrar a detalle de los elementos de esta clase, omisión propia encontramos la situación legal, que lleva a entender que el deber de actividad determinada se deriva del deber de actuar. Otro elemento que caracteriza es la no realización de la conducta que se ordena, basándose en la desobediencia del tipo, pues no se cumple con lo que el código este ordenando. Y como tercer elemento se establece la capacidad para realizar la acción ordenada, pues dentro de ello veremos que esta capacidad se tiene en la capacidad psicofísica de cometer el hecho que se manda.

Su tipificación subjetiva se basa en el dolo que existe para realizar la conducta, pues para realizar este delito se tiene en cuenta que el sujeto es totalmente consiente de cometer este hecho, pues es necesario indicar que su voluntad la expresa cuando decide no realizar la acción que manda el código penal.

Ahora bien, en los casos de delitos omisivos impropios su tipicidad se entabla en los mismos elementos objetivos que se tiene en la omisión propia, sin embargo, este se incrementa y se diferencia con la posición de garante; según Mir (como se citó en Villa, 2014) plantea que “se da cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro” (p 338).

Es decir, se va a establecer esta clase, ya que esta posición se basa en la infracción del deber que se tiene, pues la posición o calidad de garante deja ver que se exige de quien lo cometa sea una persona cualificada o se le encomiende el cuidado de determinados bienes jurídicos que protege el Estado, tales como la vida, la libertad, etc.

Con respecto a la tipificación subjetiva, lo encontramos en el dolo, con una cualidad de dolo cognitivo, que quiere decir que va a ocurrir en la mente del sujeto y tiene pleno conocimiento de su antijuricidad, dentro del tipo este dolo se refleja porque el sujeto a pesar de conocer su posición de garante y de poder evitar el resultado no lo hace y deja que el peligro siga dañando el bien jurídico.

Frente a la pena en los delitos omisivos, como sabemos todo aquel que comete un delito es sujeto de reproche penal, lo cual por su accionar en contra de la ley se le impone una pena, esta varía dependiendo de la gravedad del ilícito y estar previamente tipificada en el código penal.

Previo al conocer la sanción que se impone en estos delitos, observamos como se llega a castigar al sujeto por su condición de autor, a pesar de que los delitos omisivos no se transmite dominio alguno sobre el proceso del actuar, estos delitos suponen la posibilidad que tiene el agente de influir en el desarrollo de este.

Es por ello en los casos de delitos omisivos, el sujeto agente también es merecedor de una sanción penal, mismos que llegan a ser menos graves en relación con delitos de comisión. Pues dentro de estos delitos se sanciona el hecho y conducta del agente.

En los delitos omisivos como lo hemos visto se va a sancionar el omitir una acción, por ende, es menos intenso. Visto así, al ser su gravedad menor, el artículo 13 en los casos de omisión impropia el código penal establece que la pena es atenuada, es decir que debe estar por debajo del tercio inferior de la pena que se establece por un delito de comisión, puesto que existe una condición para el sujeto, está es la posición de garante que tiene. Según Pariona (2018): admite una atenuación facultativa de la pena en el marco de una ponderación general en la que junto a las concretas circunstancias del hecho tiene que considerarse todos los criterios que informan respecto al desvalor de la acción y respecto a la cuestión acerca de si la omisión es menos relevante en relación con el correspondiente hecho comisivo. (p 491)

Por otro lado, en los casos de omisión propia el mismo código establece cual es la pena por atribuirse al autor de dicho ilícito, pues es de tener en consideración, como estos delitos están propiamente tipificados dentro del código, y se establece el deber de omisión, por dicho actuar lo sanciona.

Como se indicó, el código define cual es la pena atribuida ante una omisión, y como tal esta pena no excede de los 4 años, y es así como está fijado. Visto de

esta manera podemos inferir, ante una omisión propia la pena que de por si es pena privativa de libertad, existe una posibilidad que esta sea pena suspendida, y el agente solo cumpla con reglas de conductas, pues ya está fijado que son actos de menor intensidad no y requiere una prisión de libertad propia.

Sub Capítulo IV

La omisión a la asistencia familiar

Como antecedentes del Delito de omisión a la asistencia familiar tenemos que, el sistema jurídico, pone en un lugar especial a la familia, estableciéndolo como la fuente principal de formación, socialización y cuidado de sus integrantes. Este delito viene contemplado en el derecho penal desde el siglo XX; siendo incorporado en un primer momento con la ley francesa, quien brindo una serie de presiones destacadas en los delitos de omisión a la asistencia familiar.

Este delito en nuestro sistema jurídico, desde años se ha estructurado en una ley especial, regulado mediante ley N° 13906 – Ley de Abandono de Familia, dada en 1962, la cual establece disposiciones y sanciones para los que incumplan en prestar alimentos a un menor de 18 años, dicha ley hace extensivo la sanción en cuanto los beneficiarios de la pensión sean mayores incapaces, o ascendientes inválidos, conforme lo establece la ley y adicional a la cónyuge indigente no separado legalmente por su culpa fijando la sanción en 3 meses hasta los 2 años.

Esta ley comprende a todos los sujetos de la familia que por responsabilidad maliciosa del obligado desampara a menores de 18, cónyuge abandonada o embarazada, inclusive a los ascendientes.

Algo resaltante de esta ley es la imposición de una sanción mayor al delito si el sujeto agente con la finalidad de sustraerse de la obligación abandona al menor en hogares benéficos, o incluso si es entregado para que los exploten. Y que como ya lo hemos observado se le puede obligar esta pensión bajo apercibimientos de detención, pues así establece la ley, no dejando otra salida más que la prisión. Lo que para muchos veían como una medida muy excesiva que debía ser declarada inconstitucional, puesto a luz de la constitución vigente en ese año, e incorporado en la actual constitución es la negativa a una prisión por deuda, a esto se debe ver que, para autores de esta época, el abandono familiar y la responsabilidad de

prestar alimentos llega a ser solo una deuda, y que su incumplimiento resulta no ser merecedor de una prisión efectiva.

Con la aparición del código penal vigente de 1994, se establece otros alcances a la omisión a la asistencia familiar, y fijando además de una sanción restrictiva de derechos, una pena privativa de libertad, que dependerá de la gravedad o el estado de abandono que resulte sufrir la familia.

Este artículo que si bien también establece una prisión al que omite prestar alimentos se justifica en el valor primordial y relacionada con los elementos básicos de la familia.

Respecto a la descripción legal de este delito tenemos que:

El delito en cuestión, tipificado en el título III delitos contra la familia, capítulo IV omisión a la asistencia familiar, fijando el deber que tiene el sujeto agente de cumplir deberes económicos para la familia y también el abandono moral hacia los suyos.

Este capítulo se basa en dos artículos primordiales que buscan la defensa y el cuidado de la familia, quien se encuentra protegida y genera responsabilidades en el imputado que atente contra ella con sus acciones omisivas.

Artículo 149° del código penal vigente, Este tipo denota la vulneración a una obligación civil declarada previamente a quienes cuenten con carga familiar y ponen en peligro los integrantes de su familia.

Según Reyna (2011): Es evidente que nuestra actual legislación penal se afilia al sistema de tipificación francés en la medida en que el artículo 149° del Código Penal centra el injusto en el abandono económico y requiere de un derecho de alimentos reconocido judicialmente. Esta vinculación del delito de abandono de familia a la omisión de deberes de índole material guarda mayor coherencia con la propia naturaleza patrimonial del derecho de alimentos (p. 179)

Siguiendo las líneas previamente establecidas para la configuración del delito se requiere de una decisión judicial, en este caso en el ámbito civil de familia, quien debe en primer lugar fijar una pensión de alimentos contra el sujeto activo y del derecho que le corresponde al alimentista, y que a pesar de los apercibimientos este no cumple con la decisión de la justicia.

El tipo penal establece circunstancias de agravación fijando 2 párrafos más donde se configuran dichas agravantes, así el segundo párrafo agrava la pena por el hecho que el sujeto agente simule otra obligación de alimentos o el supuesto de la renuncia maliciosa al trabajo.

Al tercer párrafo pone la pena mayor en caso exista una situación en que el imputado con su actuar malicioso pone en lesión grave al beneficiario o el otro supuesto ocasionando la muerte.

Artículo 150° del código penal vigente, Hace referencia al abandono de una mujer en estado de gestación, este hecho de abandono se entiende como alejamiento, descuido o desamparo a la víctima gestante. El delito se configura cuando el imputado después de haber embarazado a la mujer, la abandona y la deja en un estado de vulnerabilidad, que le impide generar recursos para poder subsistir por sus propios medios. Villa (Cómo se citó en Salinas, 2013): Enseña que el comportamiento es de abandono, apartamiento, alejamiento físico y material con cese de toda asistencia psicológica, física y alimentaria por parte del actor, no obstante hallarse el sujeto pasivo, en situación crítica, entendiéndose por esta situación aquella en que peligra la vida y la integridad psicológica y moral de la mujer embarazada. (p. 468)

Referente a él bien jurídico protegido; Los delitos de omisión a la asistencia familiar, desde la sistemática del Código Penal se establece que el bien jurídico tutelado llega a ser la familia, estableciendo su idea

principal en la seguridad de todos los integrantes de la familia, y ello supone la infracción de los deberes de orden asistencial.

Un concepto resaltante para tomar en cuenta dentro título principal son delitos contra la familia, nuestro código como bien jurídico a tutelar pone específicamente a la familia en el deber de asistencia material o asistencial, esto con la finalidad de distinguir el bien jurídico tutelado en todos los capítulos que establecen o que atentan contra la familia.

Adentrándonos en el estudio de cada uno de los artículos establecidos dentro de este capítulo, podemos notar que el bien jurídico protegido en el artículo 149° llega a ser el deber asistencial, De auxilio o socorro a los integrantes de la familia; el hecho de establecer un bien jurídico protegido específico es para darle mayor realce al incumplimiento como tal de una obligación alimentaria.

Desprendemos este bien jurídico debido al deber en la obligación de cumplir con los requerimientos económicos que sirven para satisfacer las necesidades básicas de los miembros de su familia, Por lo que se fija el bien jurídico protegido al auxilio de socorro a los integrantes del grupo familiar, y lo aúna al deber asistencial de la familia en sí. Con respecto el bien jurídico protegido en el artículo 150° llega a ser básicamente Que el Estado pretende proteger los deberes de asistencia alimentaria y psicológica que le asisten al culpable Del embarazo y por los deberes de cuidado de la situación de la gestante para evitar poner en riesgo su vida e integridad física. Villa (como se citó en Salinas, 2013) “sostiene que el bien jurídico es la dignidad física y moral de la gestante, agregando que también lo es la elemental solidaridad humana”. (p 471).

Con lo establecido por este autor vamos a ver que este artículo nos va a establecer un bien jurídico protegido diferente al anterior puesto que aquí vamos a cuidar lo que es el estado de gestación de una mujer, siendo así poniéndose como principal bien jurídico protegido por el estado es la y dignidad física y moral que va a tener la mujer embarazada.

El tipo penal de omisión a la asistencia familiar y sus diferentes artículos que protegen la familia se va a establecer como sujetos primordiales de es este ilícito penal es el sujeto activo y pasivo.

Sujeto activo: Dentro del artículo 149 se establece que en la gente que realiza la conducta delictiva puede ser cualquier persona que tenga la 44 obligación de prestar una pensión de alimentos, la misma que se encuentra previamente dictada mediante una resolución judicial.

Podemos notar que la persona obligada a prestar la pensión alimenticia tiene un vínculo con la familia ya sea vínculo paternal en caso el beneficiario sea su hijo o vínculo conyugal en caso el beneficiario sea la cónyuge Que se encuentra en estado de abandono.

Para Torres (Cómo se citó en Reátegui, 2019) “sujeto activo es aquel sobre el cual pesa la obligación, por lo que el tipo penal se configura como el delito especial por cuanto solo puede ser cometido por aquellos que tengan ese deber impuesto en la sentencia civil”. (p. 454) Como sabemos un delito especial son aquellos donde se pone una condición específica para el sujeto agente, en este caso en los delitos omisión a la asistencia familiar Torres lo califica como especial por la condición que le ponen al sujeto quien tiene que ser el padre que se encuentra obligado a prestar alimentación.

Respecto del artículo 150° el sujeto activo llega a ser el que abandona a la mujer en estado de gestación, por lo estipulado en la ley solo debe ser el padre nasciturus (termino jurídico para el concebido) que abandona a la mujer, para la procedencia de la calidad del sujeto no se requiere el matrimonio, sino solamente el acreditar la paternidad. Este delito también es visto como un delito especial, pues también identifica de manera especial al sujeto activo.

Según Salinas (2013):se trata de un delito conocido en doctrina como especial, debido a que el propio legislador ha identificado las personas que pueden constituirse en sujetos activos de la presente conducta delictiva. Al indicarse en el tipo penal el que abandona (...) a la que ha embarazado, en forma coherente se concluye que el sujeto activo solo puede ser un hombre y autor del embarazo de la víctima o agraviada. (p. 471-472). **Sujeto pasivo:** como conocemos el sujeto

pasivo llega a ser aquel agraviado o víctima de un delito, en este caso de omisión a la asistencia familiar el sujeto pasivo llega a ser el beneficiario de la acción.

Para el caso en el artículo 149° podemos encontrar como sujeto pasivo al beneficiario con una pensión alimenticia que ha sido otorgada por el juez de familia previamente al llegar al proceso judicial. Este artículo no establece la edad o la condición del beneficiario, pues solamente establece que este beneficiario se encuentre favorecido con una resolución judicial, Sin importar éste sea hijo mayor o menor de edad, nieto, padre o cónyuge, que por tanto resulta ser automáticamente el agraviado de este delito de incumplimiento de obligación alimentaria.

Para el caso del artículo 150° el agraviado o sujeto pasivo no llega a ser más que la mujer embarazada, que a pesar de tal condición se encuentran en una situación crítica que pone en riesgo su vida e integridad. Hay que indicar que lo único que interesa para que se constituya como beneficio diario o agraviado de El delito del artículo 150° es que llegue a ser embarazada en una situación crítica, sin importar otra condición de tal. Según Reyna (2011): “Sujeto pasivo de la conducta resulta ser tanto la mujer en estado de gestación como el concebido por el autor”.

La conducta típica dentro del delito de omisión a la asistencia familiar consiste, en cumplir con las prestaciones alimentarias que se han fijado dentro de un proceso civil, pactándose de dicha manera una resolución judicial dónde se establezca la obligación que tiene el imputado de prestar alimentos a la familia que deja en abandono.

Para configurar la conducta típica en el caso del artículo 149 necesitamos establecer la situación del que surge el deber de realizar esta acción, siendo así el primer supuesto de configuración sería la existencia de una relación judicial que va a establecer la obligación de prestar los alimentos. Esta resolución judicial llega a ser un requisito indispensable para la procedencia de la denuncia respectiva, dicho termino de resolución abre la posibilidad a una sentencio o auto otorgado por juez, y el encuadre de la acción en el tipo penal de omisión, La ley

penal no establece que la resolución judicial haya quedado firme, solamente llega a establecer el hecho de existencia de la obligación como un mandato judicial, lo cual se llega a entender qué sí en una segunda instancia dicho mandato llega a ser revocado automáticamente se va a producir la extinción del tipo penal en virtud que no se cumple con este requisito de procedibilidad, o cabe la posibilidad del desconocimiento del autor de dicha medida en su contra, por lo que se establece que dicha medida haya sido válidamente notificada y evitar su nulidad.

El segundo supuesto de configuración llega a ser la capacidad o el hecho de ejecutar que tiene el sujeto activo en vulnerar dicha resolución judicial, bajo este supuesto se debe analizar la solvencia económica que tiene el obligado para cumplir con el mandato.

En este supuesto se establece que el sujeto debe acreditar que no cuenta con los recursos suficientes para poder solventar dicha pensión, algo preciso a indicar si bien este supuesto llega a ser un elemento del tipo penal objetivo, es de ver con la resolución judicial existente qué dicha prueba ya ha sido objeto de estudio en el correspondiente proceso civil y ha sido valorada por el juez para fijar la pensión que debe pasar.

Como lo hemos visto en la descripción del tipo penal establece las circunstancias de agravación a la responsabilidad del sujeto, viéndolo así el segundo párrafo fija cuando agente simule otra obligación de alimentos, esta figura se va a configurar cuando el imputado simule un proceso de alimentos con la finalidad de perjudicar a su familia, es preciso indicar para dicha simulación este sujeto está en connivencia con otra persona. El segundo supuesto es la renuncia maliciosa al trabajo, la cual se va configurando cuando la única finalidad es el hecho que pierda algún ingreso mensual que lo pongo en una situación de imposibilidad de prestar la pensión alimenticia, logrando así por su imposibilidad el juez establezca una pensión inferior a la debida.

Con respecto al tercer párrafo pone en situaciones en que el imputado con su actuar malicioso pone en una lesión grave al beneficiario, Para que se encuadre

esta lesión grave tenemos en cuenta que esta debe ser previsible por el sujeto agente y lo único que buscaba era el daño, el otro supuesto establecido es la muerte del sujeto pasivo, pues su conducta omisiva ocasionó la muerte, la situación en la que se encontraba el beneficiario era una situación de imposibilidad en que éste pueda trabajar para poder sustentarse y por ello recibía una pensión de alimentos sin embargo, el imputado no cumplía con dicha pensión y causó la muerte de éste.

De acuerdo con el tipo de abandono de mujer embarazada, se precisa la configuración en el incumplir el deber de asistir a una mujer que ha dejado en estado de gestación. Para la configuración del hecho se establece que la acción del sujeto agente fue la de abandonar a la mujer, es de indicar que abandonó no solamente requiere el alejamiento del hogar de cohabitación, sino también que con su actuar dejaba a la mujer en un estado de desprotección que eran necesarios para subsistir.

Para la determinación del sujeto activo, y por ser un delito especial se requiere probar la paternidad del acusado o el alto grado de certeza que el sujeto ha mantenido una relación con la mujer en el tiempo en que esta ha quedado embarazada. El hecho que el sujeto sea casado con la mujer gestante no acredita una absoluta certeza que este es el padre del nasciturus, sin embargo, esta prueba brinda una sospecha alta y se debe comprobar que este es realmente el autor.

Otro criterio para tomar en cuenta es la condición que se encuentre la mujer, quien debe estar en estado crítica, que ponga en riesgo su vida y su salud. Este criterio alude una necesidad extrema que padece la gestante y la imposibilita de solventar sus propios ingresos, debido a una condición física previa y aunado el embarazo le genera cierta dificultad.

El abandono abre la idea que la mujer no tiene una persona que la apoye, o pueda responder por su salud, esta se encuentra un estado de abandono completo, sin apoyo moral, ni físico. El tercer criterio es que el imputado que abandona a la mujer que ha embarazado, Con este criterio el legislador busca asegurar que el

encargado de pasar la pensión de alimentos o de hacerse responsable de esta mujer tenga la condición de obligado por paternidad de mantener a esta gestante.

El Tipo subjetivo dentro de la conducta típica y la condición que fija el tipo objetivo del delito, establece que para la configuración del elemento subjetivo requerimos la plena voluntad del agente en que se produzca. 48

Por ello, es correcto decir que los delitos de omisión a la asistencia familiar requieren el elemento dolo, no siendo posible cometer este delito por culpa, puesto que en la omisión se establece que el autor tenga pleno conocimiento de su obligación de prestar alimentos, y que dicha obligación proviene de una resolución judicial.

Nuestro tipo conforme está tipificado, no permite una culpa o imprudencia, y que ante la ausencia del dolo en el tipo subjetivo no habría delito, por ello solo establece dolo, pues a pesar de este conocimiento y con el ánimo de desentenderse de su responsabilidad como padre, la obligación que genera no cumple. Según Reategui (2019):

La conducta típica de omisión de obligación alimentaria se configura cuando el agente dolosamente omite cumplir su obligación de prestar alimentos, establecido previamente por una resolución judicial como pensión de alimentos, después de agotado el proceso sobre alimentos. Esto es, realiza el hecho típico aquella persona que teniendo conocimiento que por resolución judicial consentida tiene la obligación de prestar alimentos a favor de otra omite hacerlo.

Como bien lo ha establecido Reyna, con la resolución judicial válidamente notificada, se demuestra el conocimiento del acusado de cumplir con una obligación y su omisión se evidencia su intención voluntaria de no cumplir. Este supuesto de conocer la notificación aleja toda duda de culpa o negligencia.

En referencia al artículo 150° también se establece una conducta dolosa, que al igual que el artículo 149° las características del sujeto lo ponen en una condición

de conocimiento en la comisión del ilícito, y deja alejada la culpa que pudiese tener el autor. Según Salinas (2013): El agente actúa con conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo penal, esto es, aquel tiene pleno conocimiento de que la mujer a la que embarazó atraviesa una situación crítica y apremiante, no obstante, voluntariamente decide no prestarle apoyo ni asistencia, abandonándola a su suerte. (p. 472) Conforme las líneas señaladas podemos indicar que el elemento subjetivo es el dolo puesto que el sujeto tiene el conocimiento de la situación crítica en que deja la mujer una vez que la abandona, al verse señalada este conocimiento dejar en estado de abandono la culpa no es aceptada. Sin embargo, este delito también hace ver una figura muy importante dentro del elemento subjetivo, que llega a ser el error de tipo el cual se va a dar cuando el sujeto no tenga la posibilidad de conocer en qué situación deja a la persona que está abandonando, por esta razón es aceptable el error de tipo siempre y cuando el autor no haya contado con posibilidad alguna de conocer el estado de gestación de la mujer o la situación crítica en que esta se encontraba.

En cuanto a la consumación y la tentativa de este delito de omisión a la asistencia familiar podemos indicar que como elemento subjetivo de dolo y las características propias del tipo penal el ilícito se consuma desde el momento en que el autor omite el prestar la alimentación a sus obligados u omite desamparar a la mujer que él ha embarazado y conoce de su situación crítica que atraviesa, con esto se deja descartada también la posibilidad de una tentativa en este delito.

Previo a establecer una sanción penal, se debe verificar que dentro del actuar de la agente no concurre alguna situación de justificación, Es por ello por lo que el juez se encuentra en la obligación de una vez habiendo encuadrado el tipo penal establecer si el actor al momento de abandonar a la mujer embarazada lo hizo con conocimiento de la antijuridicidad de su comportamiento, es decir tenía conocimiento que su actuar se encontraba prohibido por la ley y era sujeto a una sanción penal. De la misma manera se va a analizar si al momento de omitir con la obligación alimenticia tenía conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

El delito de omisión a la asistencia familiar, al ser un delito doloso y dejar en desprotección a la familia, su autor es objeto de un reproche penal, pues su accionar va contra la ley y atenta el bienestar de su hijo, cónyuge o ascendentes.

Antes de conocer la sanción que se va a imponer en estos tipos de delitos tenemos que indicar que esta sanción varía dependiendo de la gravedad en que se encuentre lesiona el bien jurídico protegido.

Para el delito de omisión a la asistencia familiar se establece tres sanciones, como primer punto es la realización del delito como tal el cual tiene una sanción de pena privativa de libertad no mayor a tres años, o prestación de servicios comunitarios de veinte a cincuenta y dos jornadas, algo resaltante de este delito además de cumplir con la sanción penal impuesta el sujeto agente debe cumplir con la resolución civil, esto es con el prestar la alimentación.

Ahora bien, ya establecida la sanción general, toca hablar de la sanción impuesta por la agravante, respecto al segundo párrafo la sanción aplicada es mayor, pues la conducta del sujeto activo representa mayor riesgo, esto es haber simulado otra obligación, renuncia o abandona maliciosamente su trabajo, con este accionar malicioso genera una pensión alimenticia menor y su reproche es mayor.

Las tercera sanción, llega a ser todavía más alta pues la lesión al bien jurídico protegido es sumamente delicada y con el accionar del actor resulta una lesión grave u ocasiona la muerte, habiendo este podido prever su resultado; El tipo penal sanciona en el caso de lesión grave con una pena no menor de 2 ni mayor de 4 años y para el caso de muerte no menor de 3 ni mayor de 6 años, en este párrafo dilucidamos que se establecen dos sanciones a dos situaciones diferentes y como bien sabemos la muerte llega a ser la agravante más alta, pues dentro de este supuesto el bien jurídico protegido resulta en irreparable, por ello su sanción mayor y por el extremo máximo puede llegar incluso a una pena privativa de libertad efectiva, mientras que con las otras conductas solamente se llega a pena privativa de libertad suspendida sujetos a reglas de conducta.

En referencia al artículo abandono de mujer embarazada, notamos como pena principal una sanción no menor de 6 meses ni mayor de 4 años, y como pena accesoria de sesenta a noventa días multas.

El tipo penal hace referencia a una situación crítica que se encuentra la agraviada, en este caso la mujer embarazada, dicho accionar representa un delito de peligro de carácter permanente, porque la situación de antijuridicidad será hasta que desaparezca el embarazo, es decir nazca el concebido, o caso contrario hasta que desaparezca la situación crítica en la que se encuentra la agraviada.

Notamos que se establece solo una sanción Y su accionar no tiene agravantes, con respecto a la aplicación de la pena, esta puede ser una sanción suspendida debido a que el extremo máximo no supera el límite establecido por la ley para darse obligatoriamente una pena efectiva. Distinción entre la omisión a la asistencia familiar y el abuso de autoridad, pues para hacer una distinción entre ambas figuras es necesario precisar, que en cuanto a la omisión a la asistencia familiar se configura cuando el agente que tiene el deber de prestar alimentos, omite hacerlo, esto establecido previamente en una resolución judicial como pensión alimenticia después de agotar un proceso sumarisimo sobre alimentos. Es decir, se realiza el hecho típico cuando el padre de familia teniendo conocimiento de la resolución judicial consentida y teniendo la obligación de pasar una pensión de alimentos, omite hacerlo. En cuanto al abuso de autoridad, se configura en los casos cuando algún funcionario público, abusando de sus funciones perjudique con su actuar a un ciudadano, como ejemplo podemos tomar el hecho de que un policía intervenga a una persona, en las llamadas “batidas” a diversos vehículos, solicitando documento de identidad con el motivo de supuestamente investigar un delito cuando realmente no es así.

Entonces, en el caso de omisión de asistencia familiar, el sujeto activo será la persona obligada a prestar alimentos (padre, tutor, etc.), el sujeto pasivo es el adolescente o menor de edad. Y en el caso del abuso de poder, el sujeto activo es aquel funcionario público que abusa del poder atribuido para realizar acciones

que perjudican a otra persona, en cuanto al sujeto pasivo es quien sufre la acción arbitraria.

Para la configuración del abuso de poder es necesario que el funcionario público sea consciente de que realiza un acto arbitrario en de una persona natural o jurídica. Según Castillo (Cómo se citó en Martínez, 2016): El delito de abuso de autoridad tiene dos modalidades de ejecución i) cometer un acto arbitrario cualquiera con perjuicio de terceros y ii) ordenar un acto arbitrario cualquiera con perjuicio de terceros; en el primer supuesto el delito se consuma cuando el funcionario público dirige y ejecuta acciones destinadas a producir el acto arbitrario y el perjuicio de tercero; mientras que en el segundo supuesto, al ser un tipo penal de mera actividad el delito se consuma al producirse la orden o mandato por parte del funcionario público. (p. 327) Finalmente, puedo mencionar que la distinción entre ambos delitos radica tanto en los sujetos procesales como en la acción ejercida por ellos, ya que en el delito de omisión a la asistencia familiar se configura cuando el agente omite de forma dolosa brinda la obligación alimentaria fijada en una resolución firme y el delito de abuso de poder se enfoca en el accionar arbitrario por parte del funcionario público.

Sub Capítulo V

La probanza de la capacidad de pago en el delito de omisión a la asistencia familiar

El fiscal en el proceso penal actual tiene Funciones; El fiscal como representante del Ministerio Público cumple funciones como realizar actos de investigación con el fin de recolectar elementos de convicción para presentar la acusación o causa probables, una vez aceptados sus medios de prueba, luego de ser actuados en el juicio oral, deberán probar la tesis acusatoria. Para Arbulú (2015):

El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos del delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad, conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional. (p. 109) A su vez, la obligación del fiscal comprende también la protección del inculpado, al mismo tiempo, tiene una posición cuasi judicial. El CPP 2004, bajo la denominada Investigación Preparatoria entrega al Fiscal la conducción desde el momento que se conoce de la noticia criminal, diseñando así su estrategia de investigación, también como puede recurrir a conocimientos técnicos y tecnológicos, es en esta etapa donde comienza a diseñar su “teoría del caso”. Según Rosas (2009): Si bien la segunda etapa llamada intermedia, la conduce el Juez de la Investigación Preparatoria, también es cierto que el Fiscal continúa en su prosecución sosteniendo bien una Acusación o un sobreseimiento, según sea el caso, y de ser lo primero y aprobado por el citado Juez, entonces se concluye que el Ministerio público y la policía tienen un caso. (p. 48) Finalmente, se debe sustentar en la etapa estelar del proceso “juzgamiento”, siendo que le corresponde al órgano jurisdiccional su conducción y resolución, es en esta etapa donde el Fiscal de acuerdo con el principio de contradicción entrará en una fase de “adversidad” con a defensa del imputado.

El principio de objetividad está ligado con la función del principio de objetividad, consistiendo en la adecuación de un criterio objetivo, salvaguardando la correcta aplicación de la ley penal, asimismo, implica la presentación de requerimientos e instancias conforme a ese criterio, aun en favor del imputado. Menciona Arbulú (2015), “En la Investigación Preparatoria del NCPP se dice que una de las finalidades es reunir las pruebas de cargo y de descargo, recogándose este principio de objetividad” (p. 298).

Así es como el fiscal debe cumplir sus funciones de acuerdo con el Principio de Objetividad y dirigirá sus actuaciones dentro del marco constitucional y legal, ya que la investigación tiene como fin reunir los elementos de convicción que conlleven a la certeza y veracidad de la existencia del delito como a la responsabilidad y vinculación tanto de los autores como de los partícipes y, conduzcan al Fiscal a formular acusación.

Como Sabemos el deber de la carga de la prueba Referida a cuál de las partes, si a la acusación o defensa, se le atribuye realizar la actividad de la prueba sobre hechos controvertidos, estableciendo cuál de ellas debe soportar los efectos desfavorables de la sentencia, en el caso de que alguno de los hechos citados no resulte suficientemente probado en el juicio, ya que hay duda o incertidumbre sobre la verdad de los hechos. Según San Martín (2020):

En el proceso penal rige la noción material de carga de la prueba. En consecuencia y en atención a la garantía de presunción de inocencia, el fiscal debe de acreditar los hechos constitutivos de la pretensión penal el onus probandi se desplaza hacia el fiscal, quien tiene la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la acusación penal. (p. 763)

Por lo tanto, la carga de la prueba corresponde a los autores de la imputación en relación con el principio de presunción o el estado de inocencia, ya que los hechos no se presumen sino deben ser probados, pues el procesado es inocente mientras no se demuestre lo contrario, en nuestro país la carga de la prueba recae en el Ministerio Público.

Autores a favor de que es necesario probar la capacidad del pago del imputado en el proceso de omisión a la asistencia familiar Según Torres (Cómo se citó en Reátegui, 2015):

La norma demanda la existencia de una resolución judicial firme donde se fije concretamente el monto que corresponde a la pensión alimenticia. Y en los casos en donde las partes han llegado a una conclusión o un acuerdo este debe ser presentado ante el Juez civil para que a través del órgano jurisdiccional se proceda a su aprobación y requerir al inculcado para el cumplimiento de la obligación. (p. 147)

Asimismo, el delito de omisión a la asistencia familiar es un delito doloso, por lo que no se admite una modalidad culposa. Es así como debe existir una resolución judicial que contiene el tipo penal, obligando al sujeto agente a conocer de su obligación, estar informado de la exigencia y es por ello que el incumplimiento no se puede amparar en el desconocimiento.

Es también importante que en este delito la persona agraviada solicite al juez que requiera al obligado el pago del monto fijado en la resolución de liquidación del monto adeudado. En relación con lo mencionado anteriormente, nos dice Oré (2016):

El fiscal solicitará al juez en los casos de delitos de homicidio, lesiones graves, omisión de asistencia familiar, violación de la libertad sexual u otros relacionados con la violencia familiar la imposición de la pensión anticipada de alimentos a favor de los directamente ofendidos por los hechos investigados y que, como consecuencia de la realización de los mismos, se encuentran imposibilitados de obtener el sustento para sus principales necesidades. (p. 293)

Existen autores en contra de que es necesario probar la capacidad del pago del imputado en el proceso de omisión a la asistencia familiar. Dado que nuestro ordenamiento jurídico establece que la revocación de la suspensión de la pena por no cumplir con su conducta de índole pecuniario, encontrando la excepción cuando la persona sentenciada acredita que no podrá pagar o lo hará,

pero de modo fraccionado. En relación con lo mencionado anteriormente, nos dice Nakazaki (2019), “Se salva la razonabilidad de exigir el pago y de revocar la suspensión de la pena en caso de incumplimiento” (p. 202).

Es así como si bien es cierto que el determinar la cuantía de la pretensión de alimentos acorde con la situación jurídica del sujeto agente no influye en la configuración del delito de omisión a la asistencia familiar. Según Salinas (2013):

En efecto, ante la imposibilidad material del obligado a prestar los alimentos, el legislador nacional ha previsto que pueden ser sustituidos por los parientes que siguen en el orden prescrito por la ley. Lo que se busca, en definitiva, es evitar la indefensión de aquel que tiene derecho a los alimentos. (p. 453)

La jurisprudencia a favor y en contra de que se pruebe la capacidad del pago del imputado en el proceso de omisión a la asistencia familiar Como se mencionó anteriormente, lo buscado por el ordenamiento jurídico es la protección de los menores a cargo de sus padres, tutores o personas a cargo de su cuidado. En cuanto a la capacidad de pago del imputado, por un lado, plantea Salinas (2018):

Corte Superior de Lima. Así, en la resolución de fecha 1 de junio de 1998, por la cual se declara fundada la cuestión previa deducida, se indica: que, la omisión de asistencia familiar prevista y penada por el artículo ciento cuarenta y nueve del Código Penal se configura siempre que el agente desatendiendo una resolución judicial no cumple con pagar las pensiones alimenticias, por consiguiente, es necesario que, antes de proceder a la denuncia penal se acredite la notificación con el apercibimiento expreso de acudir a la vía penal, pues este hecho acreditará su renuencia consciente de cumplir con sus obligaciones alimentarias, situación que no se produce en el caso materia de autos. (p. 587)

Por lo tanto, será necesario acreditar la capacidad de pago, para su cumplimiento, ya que en caso de que el obligado no pueda cumplir con dicho pago el legislador establece los sustitutos de tales parientes que deberán cumplir con la obligación,

garantizando el derecho a los alimentos de los menores y pudiendo evitar su indefensión.

Asimismo, según la Resolución de fecha 1 de junio de 1998, plantea que la omisión de asistencia familiar penada por el artículo 149 del Código Penal se configura cuando el agente desatendiendo una resolución judicial no cumple con el pago de las pensiones alimenticias, siendo necesario, que antes de proceder a la denuncia penal se acredite con apercibimiento expreso (notificación) acudir a la vía penal pues se acreditará su renuencia de cumplir con el pago.

El artículo 58 del Código Penal fija como conducta que se deben reparar los daños ocasionados por el delito y en caso de estar imposibilitado se deberá demostrar, en el delito d omisión a asistencia familiar, las pensiones adeudadas por el sentenciado, es factible para considerarse como reglas de conducta para la suspensión condicional de la pena que ha de cumplir.

1.7. Definición de términos básicos:

- **Omisión a la asistencia familiar:**

Según el autor Vinelli (2019) menciona lo siguiente: “Es la falta de entregar requerida por un dictamen judicial. En otras palabras, postergar el cumplimiento de estas obligaciones resulta en un comportamiento ilegal, dado que lo que se busca proteger es el bienestar de la familia a la asistencia alimentaria”

- **Carga de la prueba:**

El autor Eduardo Herrera (2022) sustenta lo siguiente: “En la relación con la carga, el hecho de no cumplir con ella significa que quien no la realiza, simplemente pierde la opción de utilizarla, lo que podría resultar en que reduzcan o incluso eliminen sus posibilidades de triunfar en el caso. Por ejemplo, cuando se trata de una impugnación, esta debe sujetarse a ciertas exigencias, como la presentación dentro de un tiempo específico, lo que se conoce comúnmente como plazo”.

- **Principio de objetividad fiscal:**

Los autores Mauricio Duce y Cristian Riego (2021) sostienen lo siguiente: “Este concepto hace alusión a la responsabilidad que tienen los fiscales de examinar tanto las evidencias que confirman el crimen y la implicación atribuida en este, así como también, los elementos que puedan demostrar su falta de culpabilidad”.

- **Proceso Penal:**

César Martín Castro (2020) define lo siguiente: “El proceso penal constituye una herramienta fundamental del sistema judicial, que se refiere a la autoridad o capacidad judicial. En otras palabras, no puede ocurrir de manera inmediata; en su lugar, se desarrolla mediante una serie de acciones diversas que se realizan a lo largo del tiempo.”

1.8. Formulación de la Hipótesis:

Los principios jurídicos que vulneraría la ausencia de probanza de la capacidad de pago del imputado en el delito de omisión a la asistencia familiar son: el deber de la carga de la prueba, el principio de objetividad fiscal y la búsqueda de la verdad material.

1.9. Propuesta de aplicación profesional:

Se debe hacer una reforma en el siguiente sentido:

Artículo 149 CP

“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. El fiscal debe comprobar la capacidad de pago del imputado durante el proceso penal”

II. Diseño de investigación:

2.1.Objeto de investigación

Debido a que la finalidad de esta tesis, es utilizar el conocimiento teórico para abordar este problema cumple con los parámetros para ser clasificada como “Investigación básica”. Para ello es importante mencionar que según J. Muntane Relat: "La investigación básica a veces se conoce como investigación pura, teórica o dogmática". Pues, el único objetivo es hacer avanzar la ciencia, pero sin enfrentarse a aplicaciones prácticas.

El nivel de Investigación se describe de la profundidad que tiene este con respecto al análisis y el grado conocimiento que este presenta a cerca de dicho estudio y/o investigación pues dentro de nuestra investigación será necesario acreditar la capacidad de pago, para su cumplimiento.

Para nuestro diseño de investigación es Descriptivo: Dado que es el procedimiento más común utilizado por los investigadores principiantes. Ya que tiene como primicia la posibilidad de seleccionar cuales son las principales características del objeto en específico, así como también una descripción detallada de sus partes, así también correlacionar pues dentro de nuestra investigación se presenta como un propósito exponer y/o examinar cual es la relación que tiene entre las variables y el resultado de estas. Es por ello que Utilizamos la técnica de investigación que es la de observar y analizar documentos que nos ayudaron a tener una mejor óptica de nuestro tema, utilizando un instrumento de recopilación de datos. Pues se tiene que mencionar además que su principal fuente y objeto de información son las bases y datos.

2.1.1 Población. -

Para la presente investigación la población estará constituida por abogados especialistas en derecho penal del distrito de Surco, Provincia de Lima

Departamento de Lima, fiscales y jueces de ese distrito judicial, la misma materia con la finalidad de contrastar mi hipótesis, el tipo y muestro es a conveniencia del investigador.

2.1.2 Muestra. –

Para efectos de validar nuestra muestra, será representativo con 150 especialista (80 abogados especialistas en derecho penal del distrito de Surco, 50 fiscales y 20 jueces) de la Provincia de Lima Departamento de Lima la misma materia con la finalidad de contrastar mi hipótesis, el tipo y muestro es a conveniencia del investigador.

2.2. Técnicas, procedimientos e instrumentos:

En la presente investigación la técnicas e Instrumentos utilizado la técnica de encuestas realizadas a litigantes del derecho, a fin de recopilar toda la información y el instrumento, así como un análisis documental que contribuirá a la investigación. Cabe resaltar que el instrumento será la ficha de análisis de la misma. **El instrumento es el cuestionario**

2.2.1 Para recolectar datos:

Para el método de análisis de información se utilizó procedimientos para la obtención y análisis de nuestros documentos con la base de nuestro objetivo general y específicos, así como las categorías y subcategorías, para nuestro trabajo se empleó los siguientes métodos de análisis: método deductivo, método hermenéutico, método analítico y comparativo.

2.2.2 Para procesar datos:

Respecto al procesamiento de datos es trascendente manifestarse que esta investigación utilizándose la técnica de cuestionario realizadas a litigantes del derecho y fiscales.

Respecto al procedimiento para la presente investigación se seleccionó

primero el problema a investigar el cual llevo a estructurar la problemática y definir los objetivos, así mismo se logró la revisión de materiales de diferentes fuentes, libros, repositorios institucionales para la concepción del marco teórico.

Asimismo, por otro lado, se consignó la metodología y se estructuraron las matrices de análisis documentarios y el instrumento para el cuestionario, los cuales serán aplicados en la fase de tesis, de esta manera una vez obtenido los resultados en la fase de tesis se consignarán en las tablas, precisamente elaboradas para esta finalidad.

Posteriormente se procedió a utilizar material de información física libros, revistas, materia digital articulo revistas electrónicas y ensayos digitales y finalmente legislación nacional e internacional, con el objetivo de examinar y hacer un contracté de la norma con la realidad. Teniendo claro lo anterior, se analizaron las posibles soluciones, con la finalidad brindar la solución a nuestra realidad problemática.

2.3. Operacionalización de variables:

III. RESULTADOS

Resultados del objetivo general

Determinar cuáles son los principios jurídicos que vulneraría la ausencia de probanza de la capacidad de pago del imputado en el delito de omisión a la asistencia familiar y como objetivos específicos: 1) Establecer el contenido típico del delito de omisión a la asistencia familiar enfatizando la capacidad de obrar (de pago) como elemento del tipo penal objetivo para su configuración; 2) Relacionar los alcances del principio del deber de la carga de la prueba, el principio de objetividad fiscal y el derecho a la verdad con el proceso penal por el delito de omisión a la asistencia familiar; y, 3) Explicar cómo se la no probanza por parte del fiscal de la capacidad de pago en el proceso por el delito de omisión a la asistencia familiar vulnera el deber de la carga de la prueba fiscal, el principio de objetividad y el derecho a la verdad.

Resultados del objetivo específico N° 01:

Establecer el contenido típico del delito de omisión a la asistencia familiar enfatizando la capacidad de obrar (de pago) como elemento del tipo penal objetivo para su configuración:

1. Tabla N° 01: “Según su conocimiento técnico en materia penal ¿el delito de omisión a la asistencia familiar es un delito de omisión propia o de comisión impropia, habida cuenta que existe discusión académica al respecto?”.

Operadores	Respuesta				Total	
	OMISIÓN P.		COMISIÓN I.			
	N°	%	N°	%	N°	%
Abogados	80	100%	00	0%	80	54 %
Defensores penalistas						
Fiscales	25	50%	25	50%	50	33 %
Provinciales penales						
Juez penal	20	100%	00	0%	20	13 %
Total	125		25	50%	150	100.0

- El 100 % de los expertos entre abogados penalistas y Jueces Penales, consideran que el delito de omisión a la asistencia familiar es un delito de omisión propia, asimismo entre los fiscales existe una división de criterios toda vez que el 50% de ellos considera lo mismo que los antes mencionados, y el otro 50 % considera al delito en cuestión como uno de omisión impropia.

2. Tabla N° 02: “Según su experticia en la dogmática penal ¿Se distingue la composición típica objetiva de los delitos de omisión con los delitos de comisión, para poder establecer en relación a ello la necesidad de acreditación de estos elementos en el proceso penal?”.

Operadores	Respuesta				Total	
	NO		SI			
	N°	%	N°	%	N°	%
Abogados	40	50%	40	50%	80	54%
Defensores penalistas						
Fiscales	00	0%	50	100%	50	33.%
Provinciales penales						
Juez penal	00	0%	20	100%	20	13.%
Total	02		150	100.0	150	100.0

Entre los expertos, conformados entre los fiscales provinciales penales y el juez penal en un 100% consideran que se distingue la composición típica objetiva de los delitos de omisión con los delitos de comisión, para poder establecer en relación a ello la necesidad de acreditación de estos elementos en el proceso penal; sin embargo, entre los abogados defensores penalistas, existe una división de criterios en un 50%.

3. Tabla N° 03: “En relación al tipo penal de omisión a la asistencia familiar, según sus bases cognoscitivas técnicas ¿La capacidad de obrar debe ser entendido como la capacidad de pago y por tanto es un elemento del tipo penal objetivo del artículo 149° primer párrafo del Código Penal?”.

Operadores	Respuesta				Total	
	NO		SI			
	N°	%	N°	%	N°	%
Abogados	00	0%	80	100%	80	54%
Defensores penalistas						
Fiscales	50	100%	00	0%	50	33%
Provinciales penales						
	00	0%	20	100%	20	13%
Juez penal						
	05	100.0	05	100.0	10	100.0
Total						

- Entre los expertos, entre abogados defensores penalistas y jueces penales consideran en un 100% que la capacidad de obrar debe ser entendido como la capacidad de pago y por tanto es un elemento del tipo penal objetivo del artículo 149° primer párrafo del Código Penal; sin embargo, los fiscales provinciales penales, consideran que no.

4. Tabla N° 04: “Considera según su perspectiva ¿Qué la omisión a la asistencia familiar como supuesto de proceso inmediato impide que se pueda acreditar la capacidad de pago en el proceso penal como elemento del tipo penal objetivo?”.

Operadores	Respuesta				Total	
	NO		SI			
	N°	%	N°	%	N°	%
Abogados	00	0%	80	100%	80	54%
Defensores penalistas						
Fiscales	50	100%	00	0%	50	33%
Provinciales penales						
Juez penal	20	100%	00	0%	20	13%
Total	70	100.0	80	100.0	150	100.0

- El 100% entre fiscales provinciales penales y jueces penal consideran que la omisión a la asistencia familiar como supuesto de proceso inmediato no impide que se pueda acreditar la capacidad de pago en el proceso penal como elemento del tipo penal objetivo; sin embargo, los abogados defensores penalistas consideran que sí.

5. Tabla N° 05: “Considera según su criterio jurídico ¿la obligatoriedad del proceso inmediato en los casos de la omisión a la asistencia familiar ha exterminado toda posibilidad de acreditar los elementos del tipo penal de omisión a la asistencia familiar en el Perú?”.

Operadores	Respuesta				Total	
	NO		SI		N°	%
	N°	%	N°	%		
Abogados	40	50%	40	50%	80	54.%
Defensores penalistas						
Fiscales	50	100%	00	0%	50	33%
Provinciales penales						
Juez penal	20	100%	00	0%	20	13%
Total	110	100.0	40	100.0	150	100.0

- El 100% de operadores entre fiscales provinciales penales y el juez penal, consideran que la obligatoriedad del proceso inmediato en los casos de la omisión a la asistencia familiar no ha exterminado toda posibilidad de acreditar los elementos del tipo penal de omisión a la asistencia familiar en el Perú; sin embargo, entre los abogados defensores penalistas existe una división de criterios considerando el 50% la misma opinión que los antes mencionados, y el otro 50% considera lo opuesto.

6. Tabla N° 06: “Cree usted que ¿El proceso inmediato obligatorio no posibilita la acreditación de la capacidad de pago en la omisión a la asistencia familiar?”.

Operadores	Respuesta				Total	
	NO		SI			
	N°	%	N°	%	N°	%
Abogados	00	0%	80	100%	80	54%
Defensores penalistas						
Fiscales	50	100%	00	0%	50	33%
Provinciales penales	20	100%	00	0%	20	17%
Juez penal						
Total	70	100.0	80	100.0	150	100.0

- El 100% de los expertos entre fiscales provinciales penales y el juez penal, consideran que el proceso inmediato obligatorio si posibilita la acreditación de la capacidad de pago en la omisión a la asistencia familiar; sin embargo, el 100% de los abogados defensores penalistas consideran que no.

7. Tabla N° 07: “Según su experiencia en este tipo de delitos y su configuración ¿no se puede probar los elementos del tipo en un proceso inmediato lo cual hace que las salidas alternativas o mecanismos de simplificación procesal sean desnaturalizados como “coactivos”?”.

Operadores	Respuesta				Total	
	NO		SI		N°	%
	N°	%	N°	%		
Abogados	40	50%	40	50%	80	54%
Defensores penalistas						
Fiscales	50	100%	00	0%	50	33%
Provinciales penales						
Juez penal	20	100%	00	0%	20	13%
Total	110	100.0	40	100.0	150	100.0

- El 100% de los expertos entre fiscales provinciales penales y el juez penal, consideran que si se puede probar los elementos del tipo en un proceso inmediato lo cual hace que las salidas alternativas o mecanismos de simplificación procesal no sean desnaturalizados como “coactivos”; sin embargo, entre los abogados defensores penalistas, hay una división de criterios al respecto en un 50% y 50%.

1.2 Resultados del objetivo específico N° 02:

Relacionar los alcances del principio del deber de la carga de la prueba, el principio de objetividad fiscal y el derecho a la verdad con el proceso penal por el delito de omisión a la asistencia familiar:

1. Tabla N° 08: “Según su conocimiento y experiencia ¿existe conexión entre la falta de probanza de la capacidad de pago en el delito de omisión a la asistencia familiar y la presunción de inocencia?”

Operadores	Respuesta				Total	
	NO		SI			
	N°	%	N°	%	N°	%
Abogados	40	50%	40	50%	80	54%
Defensores penalistas						
Fiscales	50	100%	00	0%	50	33%
Provinciales penales						
	20	100%	00	0%	01	13%
Juez penal						
Total	110	100.0	40	100.0	150	100.0

- El 100% de los expertos entre fiscales provinciales penales y el juez penal consideran que no existe conexión entre la falta de probanza de la capacidad de pago en el delito de omisión a la asistencia familiar y la presunción de inocencia; sin embargo, entre los abogados defensores penalistas existe una división de criterios en un 50%.

2. Tabla N° 09: “Considera desde su óptica jurídica ¿Qué el deber de la carga de la prueba que tiene el fiscal es un fundamento básico o secundario del sistema acusatorio en el caso de la omisión a la asistencia familiar?”

Operadores	Respuesta				Total	
	NO		SI		N°	%
	N°	%	N°	%		
Abogados	40	50%	40	50%	80	54%
Defensores penalistas						
Fiscales	50	100%	00	0%	50	33%
Provinciales penales						
Juez penal	20	100%	00	0%	20	13%
Total	110	100.0	40	100.0	150	100.0

- El 100% de los expertos entre fiscales provinciales penales y el juez penal consideran que el deber de la carga de la prueba que tiene el fiscal no es un fundamento básico o secundario del sistema acusatorio en el caso de la omisión a la asistencia familiar; sin embargo, entre los abogados defensores penalistas existe una división de criterios en un 50%.

3. Tabla N° 10: “En su experiencia ¿La fiscalía considera que no existe la necesidad de buscar elementos a favor del imputado en el proceso por Omisión a la asistencia familiar, pues ello ya se hizo en el proceso de alimentos?”

Operadores	Respuesta				Total	
	NO		SI			
	N°	%	N°	%	N°	%
Abogados	00	0%	80	100%	80	53%
Defensores penalistas						
Fiscales	00	0%	50	100%	50	33%
Provinciales penales						
Juez penal	00	0%	20	100%	20	13%
Total	00	100.0	150	100.0	150	100.0

- El 100% de los expertos consideran que, si es verdad que la fiscalía considera que no existe la necesidad de buscar elementos a favor del imputado en el proceso por Omisión a la asistencia familiar, pues ello ya se hizo en el proceso de alimentos.

4. Tabla N° 11: “Según lo que sucede en los tribunales ¿Existe, por el lado de la fiscalía una ausencia de reparo sobre la configuración del tipo penal omisivo (OAF) y una suerte de automatismo de existencia de elementos en contra a partir del proceso civil?”

Operadores	Respuesta				Total	
	NO		SI			
	N°	%	N°	%	N°	%
Abogados	40	50%	40	50%	80	40.%
Defensores penalistas						
Fiscales	50	100%	00	0%	50	50.%
Provinciales penales						
Juez penal	20	100%	00	0%	20	10.%
Total	110	100.0	40	100.0	150	100.0

- El 100% de los expertos entre fiscales provinciales penales y el juez penal consideran que no existe, por el lado de la fiscalía una ausencia de reparo sobre la configuración del tipo penal omisivo (OAF) y una suerte de automatismo de existencia de elementos en contra a partir del proceso civil; sin embargo, entre los abogados defensores penalistas existe una división de criterios en un 50%.

5. Tabla N° 12: “Desde el punto de vista técnico ¿considera que en todo proceso de omisión a la asistencia familiar se busca la verdad material como fin ideal del proceso?”

Operadores	Respuesta				Total	
	NO		SI			
	N°	%	N°	%	N°	%
Abogados	40	50%	40	50%	80	54%
Defensores penalistas						
Fiscales	00	0%	50	100%	50	50.%
Provinciales penales						
Juez penal	00	0%	20	100%	20	10.%
Total	40	100.0	110	100.0	150	100.0

- El 100% de los expertos entre fiscales provinciales penales y el juez penal consideran que en todo proceso de omisión a la asistencia familiar se busca la verdad material como fin ideal del proceso; sin embargo, entre los abogados defensores penalistas existe una división de criterios en un 50%.

6. Tabla N° 13: “¿Considera que en el caso de la omisión a la asistencia familiar al no probarse la capacidad de pago se relaciona con la renuncia a la búsqueda de la verdad material como esencia de una decisión justa?”

Operadores	Respuesta				Total	
	NO		SI			
	N°	%	N°	%	N°	%
Abogados	40	50%	40	50%	80	54%
Defensores penalistas						
Fiscales	50	100%	00	0%	50	33%
Provinciales penales						
Juez penal	20	100%	00	0%	20	13%
Total	110	100.0	40	100.0	150	100.0

- El 100% de los expertos entre fiscales provinciales penales y el juez penal consideran que en el caso de la omisión a la asistencia familiar al no probarse la capacidad de pago no se relaciona con la renuncia a la búsqueda de la verdad material como esencia de una decisión justa; sin embargo, entre los abogados defensores penalistas existe una división de criterios en un 50%.

1.3 Resultados del objetivo específico N° 03:

Explicar cómo se da la no probanza por parte del fiscal de la capacidad de pago en el proceso por el delito de omisión a la asistencia familiar vulnera el deber de la carga de la prueba fiscal, el principio de objetividad y el derecho a la verdad.

1. Tabla N° 14: “Según su experiencia ¿Es correcto no buscar elementos referidos a la capacidad de pago del imputado en el delito de omisión a la asistencia familiar pues ello es un deber que se ha satisfecho en el proceso no penal?”

Operadores	Respuesta				Total	
	NO		SI		N°	%
	N°	%	N°	%		
Abogados	80	100%	00	0%	80	54%
Defensores penalistas						
Fiscales	50	100%	00	0%	50	33%
Provinciales penales						
Jueces penales	20	100%	00	0%	20	13%
Total	150	100.0	00	100.0	150	100.0

- El 100% de los expertos consideran que no es correcto no buscar elementos referidos a la capacidad de pago del imputado en el delito de omisión a la asistencia familiar pues ello es un deber que se ha satisfecho en el proceso no penal.

2. Tabla N° 15: “Según la praxis jurídica sobre el delito de omisión a la asistencia familiar ¿el fiscal asume la culpabilidad del imputado considerando que el proceso penal ya no es necesario que se busque elementos favorecedores de su no responsabilidad?”

Operadores	Respuesta				Total	
	NO		SI			
	N°	%	N°	%	N°	%
Abogados	00	0%	80	100%	80	54%
Defensores penalistas						
Fiscales	00	0%	50	100%	50	33%
Provinciales penales						
	00	0%	20	100%	20	13%
Juez penal						
Total	00	100.0	150	100.0	150	100.0

- El 100% de los expertos consideran que el fiscal asume la culpabilidad del imputado considerando que el proceso penal ya no es necesario que se busque elementos favorecedores de su no responsabilidad.

3. Tabla N° 16: “¿Considera que en todo caso el deber de la carga de la prueba no es absoluto y por tanto, en los casos de la omisión a la asistencia familiar, existe una excepción de acreditar la capacidad de pago?”

Respuesta	Total
-----------	-------

Operadores	NO		SI		N°	%
	N°	%	N°	%		
Abogados	40	50%	40	50%	80	54%
Defensores penalistas						
Fiscales	50	100%	00	0%	50	33%
Provinciales penales						
Juez penal	20	100%	00	0%	20	13%
Total	110	100.0	40	100.0	150	100.0

- El 100% de los expertos entre fiscales provinciales penales y el juez penal consideran que el deber de la carga de la prueba es absoluto y por tanto, en los casos de la omisión a la asistencia familiar, existe una excepción de acreditar la capacidad de pago; sin embargo entre los abogados defensores penalistas existe una división de criterios en un 50%.

4. Tabla N° 17: “Considera usted conforme a su experiencia que con respecto a la capacidad de obrar ¿la acreditación de la capacidad de pago, debe ser en todo caso un deber de la defensa técnica del imputado, para excluir la existencia de ese elemento objetivo del tipo?”

Operadores	Respuesta				Total	
	NO		SI		N°	%
	N°	%	N°	%		
Abogados	40	50%	40	50%	80	54.%
Defensores penalistas						
Fiscales	50	100%	00	0%	50	33%
Provinciales penales						
Juez penal	20	100%	00	0%	20	13%
Total	110	100.0	40	100.0	150	100.0

- El 100% de los expertos entre fiscales provinciales penales y el juez penal consideran que la acreditación de la capacidad de pago, no debe ser en todo caso un deber de la defensa técnica del imputado, para excluir la existencia de ese elemento objetivo del tipo; sin embargo, entre los abogados defensores penalistas existe una división de criterios en un 50%.

5. Tabla N° 18: “Considera usted desde su experiencia en los procesos de omisión a la asistencia familiar ¿Qué la capacidad de pago se debe presumir en el proceso penal con lo ya actuado en sede civil?”.

Operadores	Respuesta				Total	
	NO		SI		N°	%
	N°	%	N°	%		
Abogados	80	100%	00	0%	80	54%
Defensores penalistas						
Fiscales	00	0%	50	100%	50	33%
Provinciales penales						
Juez penal	20	100%	00	0%	20	13%
Total	100	100.0	50	100.0	10	100.0

- El 100% de los expertos entre abogados defensores penalistas y el juez penal consideran que la capacidad de pago no se debe presumir en el proceso penal con lo ya actuado en sede civil; sin embargo, los fiscales provinciales penales en su 100% indican que sí.

6. Tabla N° 19: “Según su saber jurídico ¿Al no existir posibilidad de acreditación de la capacidad de pago, debería el imputado acreditar su falta de posibilidad de pago, pues podría ser considerado ello un elemento negativo del tipo?”

Operadores	Respuesta				Total	
	NO		SI		N°	%
	N°	%	N°	%		

Abogados	00	0%	80	100%	80	54%
Defensores penalistas						
Fiscales	00	0%	50	100%	50	33%
Provinciales penales						
Juez penal	00	0%	20	100%	20	13%
Total	00	100.0	150	100.0	150	100.0

- El 100% de los expertos consideran que, al no existir posibilidad de acreditación de la capacidad de pago, debería el imputado acreditar su falta de posibilidad de pago, pues podría ser considerado ello un elemento negativo del tipo.

7. Tabla N° 20: “Según su opinión ¿se vulnera principio de lograr la verdad material como fin de proceso en el caso de la Omisión a la asistencia familiar porque el juez se convierte en mero tramitador de la causa y abdica a buscar la verdad no exigiendo la acreditación fiscal de la capacidad de pago?”

Operadores	Respuesta				Total	
	NO		SI			
	N°	%	N°	%		
Abogados	40	50%	40	50%	80	54%
Defensores penalistas						
Fiscales	50	100%	00	0%	50	33%
Provinciales penales						
Juez penal	20	100%	00	0%	20	13%
Total	110	100.0	40	100.0	150	100.0

- El 100% de los expertos entre fiscales provinciales penales y el juez penal consideran que no se vulnera el principio de lograr la verdad material como fin de proceso en el caso de la Omisión a la asistencia familiar porque el juez se convierte en mero tramitador de la causa y abdica a buscar la verdad no exigiendo la acreditación fiscal de la capacidad de pago; sin embargo, entre los abogados defensores penalistas existe una división de criterios en un 50%.

8. Tabla N° 21: “Conforme a su experiencia y conocimiento, en el caso de la omisión a la asistencia familiar ¿se conduce indefectiblemente a decisiones no ajustadas a la verdad por la no probanza de la capacidad de pago del imputado?”

Operadores	Respuesta				Total	
	NO		SI			
	N°	%	N°	%	N°	%
Abogados	40	50%	40	50%	80	54%
Defensores penalistas						
Fiscales	50	100%	00	0%	50	33%
Provinciales penales						
	20	100%	00	0%	20	13%
Juez penal						
	110	100.0	40	100.0	150	100.0
Total						

- El 100% de los expertos entre fiscales provinciales penales y el juez penal consideran que no se conduce indefectiblemente a decisiones no ajustadas a la verdad por la no probanza de la capacidad de pago del imputado; sin embargo, entre los abogados defensores penalistas existe una división de criterios en un 50%.

9. Tabla N° 22: “Según lo que se evidencia en la praxis fiscal y judicial ¿se estaría procesando el proceso penal por el delito de omisión a la asistencia familiar como uno que protege el bien jurídico “obediencia a la autoridad”?”

Operadores	Respuesta				Total	
	NO		SI		N°	%
	N°	%	N°	%		
Abogados	80	100%	00	0%	80	54%
Defensores penalistas						
Fiscales	50	100%	00	0%	50	33%
Provinciales penales						
Juez penal	20	100%	00	0%	20	13.%
Total	150	100.0	00	100.0	150	100.0

- El 100% de los expertos consideran que no se estaría procesando el proceso penal por el delito de omisión a la asistencia familiar como uno que protege el bien jurídico “obediencia a la autoridad”.

10. Tabla N° 23: “Usted, desde su consideración experta, ¿considera que basta la acreditación en el proceso civil de la capacidad de pago no siendo necesario que el fiscal realice una acreditación en sede fiscal?”

Operadores	Respuesta				Total	
	NO		SI		N°	%
	N°	%	N°	%		
Abogados	80	100%	00	0%	80	54%

Defensores penalistas						
Fiscales	00	0%	50	100%	50	34%
Provinciales penales						
	00	0%	20	100%	20	13%
Juez penal						
	80	100.0	70	100.0	70	100.0
Total						

- El 100% de los expertos entre fiscales provinciales penales y el juez penal consideran que basta la acreditación en el proceso civil de la capacidad de pago no siendo necesario que el fiscal realice una acreditación en sede fiscal. No obstante, el 100% de los abogados defensores penalistas consideran lo contrario.

11. Tabla N° 24: “Según su experiencia y conocimiento en el delito de omisión a la asistencia familiar, ¿la probanza fiscal de la capacidad de pago lesiona o vulnera el principio de avocamiento indebido?”

Operadores	Respuesta				Total	
	NO		SI			
	N°	%	N°	%	N°	%
Abogados	40	50%	40	50%	80	54%
Defensores penalistas						
Fiscales	50	100%	00	0%	50	33%
Provinciales penales						
	20	100%	00	0%	20	13%
Juez penal						
	110	100.0	40	100.0	150	100.0
Total						

- El 100% de los expertos entre fiscales provinciales penales y el juez penal consideran que la probanza fiscal de la capacidad de pago no lesiona o vulnera el principio de avocamiento indebido; sin embargo, entre los abogados defensores penalistas existe una división de criterios en un 50%.

DOCTRINA: AUTORES A FAVOR DE LA POSTURA

Autor	Pronunciamiento	Aporte
Omar De Lama Dioses	<i>“(…) Lo que sucede es que en la práctica el delito de omisión a la asistencia familiar se viene tratando como un delito de desobediencia a la autoridad jurisdiccional, sin verificar la posibilidad real de poder cumplir con la pensión (…)”</i>	Se debería verificar la posibilidad de poder cumplir con el pago de la pensión alimentaria.
Santiago A. Gutiérrez Rodríguez	<i>“(…) Sin embargo, tampoco sería correcto convertir al proceso penal en una instancia de Grado que sirva al reexamen de la decisión del juez extrapenal, máxime si la resolución que la soporta tiene la calidad de cosa juzgada (principio de inmutabilidad). De ahí que, como he venido sosteniendo, la necesidad de considerar a la “posibilidad económica” del procesado como hecho objeto de prueba estaría condicionada a la presencia de dos elementos: a) que la imposibilidad económica sobrevenga a la decisión contenida en una sentencia civil firme; y b) que la imposibilidad surja por causa no imputable al procesado (caso fortuito o fuerza mayor) (…)”</i>	Surge la necesidad de considerar a la “posibilidad económica” del procesado como hecho objeto de prueba.
Laurence Chunga	<i>“(…) No es un elemento del tipo porque se entiende que esas condiciones fueron evaluadas en el proceso de alimentos. Empero podría ser alegada como causal de justificación o de exculpación por parte del imputado, lo que supone exigencia de probanza (…)”</i>	La capacidad de pago del imputado, exige probar la misma.
Freddy Alexander	<i>¿De la presunción de inocencia se deriva la presunción de que si el sentenciado (civil) incumple el pago de la pensión alimenticia, lo hace “inocentemente”, esto es, por falta de capacidad económica? Creo que no. La sentencia</i>	La carga de la prueba en este caso no reside en el MP sino en el procesado, sin embargo, eso no exonera al Fiscal de su deber de defender la

	<i>de condena en el proceso extra penal se basa en las necesidades del alimentista y la capacidad del obligado para otorgar la pensión. La ausencia de esa capacidad puede ser alegada por el procesado como un medio de defensa, pero no bastaría que lo afirme (no basta su dicho) tendría que aportar medios de prueba que acrediten ello. La carga de la prueba en este caso no reside en el MP sino en el procesado, sin embargo eso no exonera al Fiscal de su deber de defender la legalidad, profundizando la investigación cuando exista elementos de juicio de que el procesado podría no estar actuando con dolo (no tener capacidad para pagar la pensión), para evitar que se imponga una condena en ausencia de todos los elementos del tipo, esto último es lo que al parecer subyace en la sentencia superior publicada por el Dr. David, pero no parece estar diciéndonos que para una sentencia condenatoria el MP debe probar que el procesado si está en capacidad de pagar la pensión, lo cual sería muy grave.</i>	legalidad, profundizando la investigación cuando exista elementos de juicio de que el procesado podría no estar actuando con dolo (no tener capacidad para pagar la pensión), para evitar que se imponga una condena en ausencia de todos los elementos del tipo.
Alcides Chinchay	<i>“(…) Pero no olvidemos que el fiscal nunca prueba los elementos negativos. Por ejemplo, ninguna acusación fiscal dice: “Fulano mató a Mengano con un arma de fuego, Y NO está demente, Y NO actuó en legítima defensa, Y NO fue estado de necesidad”, etc. Legítima defensa, estado de necesidad e imposibilidad material son cosas que debe probar el imputado. (ver el FJ 4.6 de la Casación 353-2011-Arequipa.) Revisemos, por favor: NINGÚN CONTROL DE LA ACUSACIÓN le pide al fiscal que revise si NO SE DAN algunas de las causales que eximen de responsabilidad. Al estilo: “Pero señor</i>	Debería probarse también la capacidad de pago del imputado en los procesos penales de omisión a la asistencia familiar, al igual como se hace en la comisión de otros delitos.

	fiscal, no me diga que NO HA REVISADO si el acusado NO ESTÁ en error de prohibición, NO ESTÁ en error de tipo, NO SE ENCUENTRA en el art. 15º” ¿Por qué tendría que ser diferente en este caso con la imposibilidad material de pagar? Creo que esto va en la línea que observó don Laurence Chunga (...).”.	
--	--	--

JURISPRUDENCIA: A FAVOR DE LA POSTURA

Jurisprudencia	Pronunciamiento	Aporte
Exp. 01092-2018-1	“Respecto a este punto, el representante del Ministerio Público se ha limitado en sostener que con las documentales oralizadas ofrecidas por su parte se logró acreditar el delito, y que el pago parcial e incompleto no significa que no haya existido incumplimiento de pago, pero la conducta típica no se refleja únicamente en el incumplimiento de pago, es decir, no se sanciona el incumplimiento propiamente dicho, sino que a criterio de esta judicatura es un requisito primordial para determinar la responsabilidad que el acusado haya tenido la posibilidad cumplir; y no lo haya querido hacer, lo cual no sucede en el caso concreto, dado que, el Fiscal no ha presentado prueba alguna que logre restar fuerza probatoria a las documentales presentadas por la defensa, o que ello signifique que lo sostenido por la parte acusada solo son meros argumentos de defensa sin sustento, en tanto resulta una subjetividad el considerar que los recibos determinan que el acusado si tenía la posibilidad de cumplir con su obligación alimentaria, pero que solo lo hizo de manera parcial, porque su verdadera intención era	Fiscalía debe probar que el acusado tenía la posibilidad de cumplir la obligación alimentaria, mas no lo hizo.

	esa”.	
Exp. 02945-2016-24	<i>“La Sala considera en atención al principio de exhaustividad, respecto al cuestionamiento que realiza el representante del Ministerio Público, que el A quo ha motivado debidamente la sentencia venida en grado citando al profesor Queralt Jiménez y sustentando sus argumentos en el <u>Acuerdo Plenario N° 02-2016/CIJ-116[5]</u>, mismo que expresamente describe que el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, por su propia configuración típica exige no solo la obligación legal del imputado, la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Sino también, necesariamente la posibilidad de actuar; pues lo que se pena no es el «no poder cumplir», sino el «no querer cumplir»; es la consecuencia de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, según la cual se comete un delito de dicha estructura”.</i>	La capacidad económica es elemento estructural del tipo penal.
Casación 446-2022, Cusco	<i>“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.</i> <i>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</i>	MP debe probar la capacidad económica del imputado preso.

	<i>el procesado conocía el requerimiento y pese a ello no haber cumplido”.</i>	
--	--	--

IV. DISCUSIÓN

Para plasmar y desarrollar nuestra discusión se tuvo que tener en cuenta los datos obtenidos de nuestra investigación cualitativa, donde encontramos los antecedentes de la investigación, la doctrina, jurisprudencia y las encuestas realizadas a nuestros especialistas en Derecho Penal

Los antecedentes en referencia avalan la postura que, en el delito de omisión a la asistencia familiar, el ministerio publico tiene la carga de la prueba de todos los elementos del tipo penal objetivo, en ese sentido existen posturas doctrinarias y jurisprudenciales respecto a la necesidad de probar la capacidad de pago del imputado en el proceso penal por omisión a la asistencia familiar, así pues, dentro del ámbito jurídico penal, particularmente en los procesos relacionados con la omisión a la asistencia familiar, existe una posición doctrinaria que sostiene la importancia de acreditar fehacientemente la capacidad económica del imputado para cumplir con su obligación alimentaria. Según lo expone Torres, citado en Reátegui (2015), la normativa vigente exige que exista una resolución judicial firme y debidamente emitida por la autoridad competente, en la que se establezca con claridad y precisión el monto correspondiente a la pensión de alimentos. En los casos en los que las partes hayan llegado a un acuerdo extrajudicial sobre el monto y la forma del cumplimiento de la obligación alimentaria, este acuerdo deberá ser sometido necesariamente a la aprobación del juez civil. Una vez homologado por la autoridad judicial, se podrá requerir válidamente al obligado para el cumplimiento de lo pactado a través del órgano jurisdiccional.

Este marco legal refuerza la naturaleza dolosa del delito de omisión a la asistencia familiar. Al tratarse de un delito que solo se configura cuando hay una voluntad deliberada de incumplir con una obligación legal y judicialmente determinada, no es posible su comisión bajo una modalidad culposa. Por tal razón, es indispensable que exista previamente una resolución judicial que sirva como sustento del tipo penal, pues con ella se pone en conocimiento del imputado la existencia de su obligación, haciendo evidente que está debidamente informado sobre lo que la ley le exige. En consecuencia, su incumplimiento no puede justificarse bajo el argumento de desconocimiento, ya que el dolo se manifiesta en su renuencia consciente a cumplir con la prestación alimentaria impuesta.

En ese sentido, se hace aún más relevante la participación del juez en el proceso penal, en la medida que se requiere que el agraviado –generalmente el menor representado por su progenitor custodio– solicite expresamente al magistrado que requiera al alimentante el pago del monto fijado en la resolución de liquidación de pensiones adeudadas. Esto encuentra sustento en lo afirmado por Oré (2016), quien sostiene que: “El fiscal solicitará al juez, en los casos relacionados con delitos como homicidio, lesiones graves, omisión a la asistencia familiar, violación de la libertad sexual u otros delitos vinculados a la violencia familiar, la imposición de una pensión alimentaria anticipada a favor de los directamente afectados por los hechos investigados. Ello con el objetivo de cubrir sus necesidades básicas ante la imposibilidad de procurarse el sustento por sí mismos.” (p. 293)

No obstante, también existe una corriente doctrinaria opuesta, que considera que no es indispensable acreditar la capacidad económica del imputado como presupuesto necesario para configurar el delito de omisión a la asistencia familiar. Este punto de vista se apoya en lo dispuesto por el ordenamiento jurídico penal peruano, el cual contempla, dentro del régimen de suspensión de la ejecución de la pena, la posibilidad de revocar dicha medida en caso de que el sentenciado no cumpla con su obligación de pago, salvo que demuestre de manera objetiva que no está en condiciones de pagar o que se encuentra en la posibilidad de hacerlo de manera fraccionada. Así lo señala Nakazaki (2019), quien indica: “Se preserva la razonabilidad de exigir el pago como condición, así como la posibilidad de revocar la suspensión de la pena cuando se verifique un incumplimiento injustificado.” (p. 202)

De este modo, aunque resulta jurídicamente relevante que el monto de la pensión alimenticia guarde relación con la capacidad económica del obligado, esta adecuación no es determinante para la tipificación del delito en cuestión. En esta línea, Salinas (2013) precisa que: “Cuando el obligado carece de medios materiales para prestar alimentos, el legislador ha previsto mecanismos sustitutivos, mediante los cuales otros parientes pueden asumir la obligación en el orden establecido por la ley. Lo esencial es evitar que el beneficiario, especialmente si es menor de edad, quede en situación de abandono o indefensión.” (p. 453)

Respecto a la jurisprudencia nacional, también se han pronunciado órganos jurisdiccionales en ambos sentidos. Por un lado, existen decisiones judiciales que exigen la acreditación de la

capacidad económica del imputado para justificar la denuncia penal. Un ejemplo claro se encuentra en la jurisprudencia emitida por la Corte Superior de Lima. En una resolución del 1 de junio de 1998, se declaró fundada una cuestión previa bajo el argumento de que el delito de omisión a la asistencia familiar, tipificado en el artículo 149 del Código Penal, se configura únicamente cuando el obligado, habiendo sido debidamente notificado con una resolución judicial firme, incumple deliberadamente con el pago de las pensiones alimenticias. Por tanto, antes de formular la denuncia penal, debe acreditarse que el imputado fue notificado expresamente con el apercibimiento de que el incumplimiento lo expondría a una sanción penal, con lo cual se evidenciaría su renuencia consciente a cumplir con sus deberes alimentarios.

De este razonamiento se desprende la necesidad de acreditar que el alimentante posee los medios económicos suficientes para cumplir con su obligación, y que, a pesar de ello, se ha negado injustificadamente a cumplirla. Esta conducta omisiva constituye la esencia del tipo penal. Además, cuando el obligado carece realmente de recursos, el ordenamiento contempla la posibilidad de que los parientes subsidiarios asuman la carga alimentaria, asegurando así la protección del beneficiario. A nivel normativo, el artículo 58 del Código Penal establece que una de las finalidades de la pena es la reparación del daño causado. En consecuencia, en el contexto del delito de omisión a la asistencia familiar, la acreditación de la deuda alimentaria puede ser considerada como una regla de conducta para acceder o mantener el beneficio de la suspensión condicional de la pena. Si el sentenciado no acredita fehacientemente su imposibilidad económica para asumir el pago, podría disponerse la revocación del beneficio otorgado, conforme al principio de razonabilidad y al interés superior del niño.

En suma, la doctrina y la jurisprudencia nacional presentan posiciones diferenciadas respecto a la necesidad de acreditar la capacidad de pago del imputado en los procesos por omisión a la asistencia familiar. Mientras algunos autores y resoluciones judiciales enfatizan la importancia de esta prueba para la configuración del tipo penal, otros consideran que la norma penal ya prevé mecanismos para asegurar el cumplimiento de la obligación sin necesidad de dicha acreditación previa. Lo que permanece como elemento común en ambas

posturas es la prioridad otorgada a la protección del derecho alimentario de los menores y personas en situación de vulnerabilidad, garantizando que no se vean privados de los medios indispensables para su subsistencia.

Asimismo, las posturas académicas a favor de nuestra idea por parte de la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, no solo se corroboran con lo señalado en los antecedentes de la investigación sino que también, en razón de que los expertos encuestados indican que, el tipo penal es un delito de “omisión propia”, ello a la vez se confirma y apoya con lo establecido en la doctrina, en la cual se nos indica que la teoría manifiesta que los delitos propios se materializan en no realizar la actividad ordenada por nuestro sistema jurídico, y como se visualiza el autor no obedece una norma de mandato, en las cuales no se califica todas las consecuencias de no hacer; pues su actividad constituye solamente infringir una obligación de hacer, ello quiere decir que el delito se comete por la omisión de una conducta que estaba obligado a realizar una persona, es decir, por no hacer algo que debía hacer. Por otro lado, también indican los expertos en la misma cifra anterior, que en cuanto a la composición típica objetiva de los delitos de omisión si se distingue con los delitos de comisión, para poder establecer en relación a ello la necesidad de acreditación de estos elementos en el proceso penal.

Asimismo, en cuanto a la capacidad de obrar del sujeto activo en el delito materia de investigación, los expertos se manifiestan sobre que la obligatoriedad del proceso inmediato en los casos de la omisión a la asistencia familiar no ha exterminado toda posibilidad de acreditar los elementos del tipo penal de omisión a la asistencia familiar en el Perú y además que es falso considerar que no se puede probar los elementos del tipo en un proceso inmediato lo cual hace que las salidas alternativas o mecanismos de simplificación procesal sean desnaturalizados como “coactivos”.

No obstante, con lo antes señalado cabe indicarse que en cuanto a la doctrina se torna coherente a lo manifestado por los expertos, toda vez que se dice que en el país no se acredita en sede penal la capacidad de pago del sujeto obligado (en el proceso civil), imputado en el proceso penal, cuestión que se ha agravado debido a que, actualmente, desde la reforma del proceso inmediato (con el Decreto Legislativo N° 1194), el delito se somete de forma

obligatoria al procesamiento bajo las normas de este proceso especial, originándose como resultado insoslayable que al saltarse, en el citado proceso especial, la etapa de investigación, se anulen las posibilidades de que la fiscalía cumpla con la acreditación de un elemento de todo tipo penal omisivo (como lo es el delito de omisión a la asistencia familiar), la capacidad de obrar, capacidad de pago, en estricto, en el delito de omisión a la asistencias familiar.

Tal y como lo señala la doctrina y la jurisprudencia, los expertos en la materia de investigación consideran que no existe conexión entre la falta de probanza de la capacidad de pago en el delito de comisión a la asistencia familiar y la presunción de inocencia; del mismo modo se suscita en cuanto a la consideración de que el deber de la carga de la prueba que tiene el fiscal no es un fundamento básico o secundario del sistema acusatorio en el caso de la omisión a la asistencia familiar; dado que, en todo proceso de omisión a la asistencia familiar se busca la verdad material como fin ideal del proceso; por lo que es falso el hecho de que en el caso de la omisión a la asistencia familiar al no probarse la capacidad de pago se relaciona con la renuncia a la búsqueda de la verdad material como esencia de una decisión justa. Ante lo manifestado, cabe indicarse que pese a los resultados de las encuestas antes mencionadas; se puede decir que en el delito de omisión a la asistencia familiar se suscita una contraproducción en cuanto a la objetividad fiscal, es decir en cuanto al deber del fiscal en investigar dentro de este proceso, lo cual valga la aclaración se concentra en el hecho de que no se objete por buscar una prueba en el presente proceso con la finalidad de poder probar la capacidad para obrar o pago del sujeto activo; asimismo, cabe añadir que lo antes indicado se suele suscitar por dos razones, la principal porque al pasar de un proceso civil en el que se ha analizado y determinado un monto económico para que el imputado pueda pagar, en razón a ello el fiscal no considera que sea necesario investigar sobre ello, máxime si dicho delito se suscita ante un proceso inmediato que justamente busca una celeridad como tal; no obstante, hay ocasiones en que los jueces también en audiencia hacen hincapié en el monto que el fiscal a cargo del caso solicita, y muchas veces ello se suscita porque el monto que solicita es mayor a los ingresos del sujeto agente, contrario sensu sucede cuando en razón a sus ingresos si puede pagar.

CONCLUSIONES

1. Se ha podido concluir del primer objetivo específico a que se debe establecer al contenido típico de omisión a la asistencia familiar enfatizando de manera idónea, la capacidad de obrar "De pago", como elemento del tipo penal objetivo para su configuración, pues como lo manifiestan expertos y doctrinarios del derecho, existe una división de criterios en cuanto a la capacidad de obrar. pues nada acredita la capacidad de pago en el delito de omisión a la asistencia familiar, demostrando así que en la práctica el delito de omisión a la asistencia familiar, se viene tratando como un delito de desobediencia a la autoridad, jurisdiccional, sin verificar la posibilidad real de poder cumplir con la pensión.
2. De la revisión de encuestas, doctrina y jurisprudencias que se abarco dentro de esta tesis se ha llegado a concluir que en el delito de omisión a la asistencia familiar se genera una contraproducentica esto en cuanto a la objetividad fiscal, pues al remitirle copias al fiscal, este tiene el deber de investigar y ser objetivo en cuanto probar la capacidad de pago del sujeto activo, , pues al pasar de un proceso civil en el que se analiza y determina un monto establecido por liquidar en lo penal es distinto pues este abarca una reparación civil con ello también se concluye, que el fiscal no considera que sea necesario investigar sobre ello, sin embargo de inmediato, direcciona el proceso, a un proceso inmediato con la finalidad de dar celeridad al caso. sin investigar de manera fehaciente la realidad de la situación, vulnerando así, el principio de objetividad y derecho a la verdad pues la no probanza, vulnera al sujeto activo y genera un trato desigual, frente a otros casos.
3. Finalmente debe quedar claro que la conducta típica de omisión de obligación alimentaria se configura cuando el agente dolosamente omite cumplir su obligación de prestar alimentos, establecido previamente por una resolución judicial como pensión de alimentos, después de agotado el proceso sobre alimentos. Esto es, realiza el hecho típico aquella persona que teniendo conocimiento que por resolución judicial consentida tiene la obligación de prestar alimentos a favor de otra omite hacerlo. Sin embargo, ha quedado evidenciado que nuestro tipo conforme está tipificado, no

permite una culpa o imprudencia, y que ante la ausencia del dolo en el tipo subjetivo no habría delito, por ello solo establece dolo, pues a pesar de este conocimiento y con el ánimo de desentenderse de su responsabilidad como padre, la obligación que genera no cumple, por tanto, se genera una incongruencia por parte del derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- García, P. (2012). *Derecho Penal Parte General*. Lima. JURISTA EDITORES E.I.R.L. 2° ed.
- García, P. (2019). *Derecho Penal Parte General*. Lima: IDEAS SOLUCIÓN EDITORIAL S.A.C. 3° ed.
- Guevara, I. (2020). *Código Procesal Penal*. Lima: GACETA JURÍDICA S.A. Tomo I.
- Villavicencio, F. (2017). *Derecho Penal Básico*. Lima: FONDO EDITORIAL PUCP.
- Flores, A. (2016). *Derecho Procesal Penal*. Chimbote : UCLACH.
- Peña Cabrera, A. (2019). *Derecho Penal y Procesal Penal*. Lima: EDITORIAL MORENO S.A. Tomo VIII. 2° ed.
- Hurtado, J. (1987). *Manual de Derecho Penal*. Lima: EDDL. 2° ed.
- Reátegui, J. (2019). *Código Penal Comentado*. Lima: EDICIONES E.I.R.L. Volumen I.
- Peña Cabrera, A. (2011). *Derecho Penal Parte General*. Lima: IDEMSA. Tomo I. 3ed.
- Reátegui, J. (2018). *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: LEGALES E.I.R.L. Volumen II.
- Rojas, F. (2012). *Código Penal*. Lima: ARA EDITORES E.I.R.L. Tomo I.
- Garófalo, R. (2015). *El delito y el delincuente*. INSTITUTO PACÍFICO.
- Castillo et al. (2004). *Código Penal Comentado*. Lima: GACETA JURÍDICA S.A. Tomo I.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Lima: EDITORA JURÍDICA E.I.R.L.
- Villa, J. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Lima: ARA EDITORES E.I.R.L.

- Gómez, G. (2016). *Código Penal*. Lima: EDITORIAL RODHAS SAC. 18° Edición.
- Urquiza et al. (2004). *Código Penal Comentado*. Lima: GACETA JURÍDICA S.A. Tomo I.
- Calderón, A y Aguila, G. (2011). *El AEIOU del Derecho*. Lima: EDITORIAL SAN MARCOS E.I.R.L.
- Reátegui, J. (2015). *Manual de Derecho Penal*. Breña: INSTITUTO PACÍFICO S.A.C.
- Salinas, R. (2018). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima: GRIJLEY E.I.R.L. Vol 1. 3ed.
- Oré, A. (2016). *Derecho Procesal Penal Peruano*. Lima: GACETA JURÍDICA S.A. Tomo II.
- Salinas, R. (2013). *Derecho Penal Parte Especial*.
- Peña Cabrera, A. (2009). *El Nuevo Proceso Penal Peruano*. Lima: GACETA JURÍDICA S.A.
- Nakazaki, C. (2017). *El Derecho Penal y Procesal Penal*. Lima: GACETA JURÍDICA S.A.
- Salinas, R. (2015). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima: GRIJLEY E.I.R.L. Vol 1. 6ed.
- Pariona, R. (2018). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Reyna, L. (2011). *Delitos contra la Familia y de Violencia Doméstica*. Lima: JURISTA EDITORES E.I.R.L. 2 ed.
- Martínez, E. (2016). *Modelos del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: GRUPO EDITORIAL LEX & IURIS.

Arbulú, V. (2015). *Derecho Procesal Penal*. Lima: GACETA JURÍDICA S.A. Tomo I.

Rosas, J. (2009). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: JURTSTA EDITORES E.R.R.L.

San Martín, C. (2020). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Lima: INPECCP. 2 ed.

Nakazaki, C. (2019). *1000 Criterios Jurisprudenciales Penales que todo abogado debe conocer*.
Lima: GACETA JURÍDICA S.A.

ANEXO

Cuestionario

1. Según su conocimiento técnico en materia penal ¿el delito de omisión a la asistencia familiar es un delito de omisión propia o de comisión impropia, habida cuenta que existe discusión académica al respecto?”.
2. Según su experticia en la dogmática penal ¿Se distingue la composición típica objetiva de los delitos de omisión con los delitos de comisión, para poder establecer en relación a ello la necesidad de acreditación de estos elementos en el proceso penal?
3. En relación al tipo penal de omisión a la asistencia familiar, según sus bases cognoscitivas técnicas ¿La capacidad de obrar debe ser entendido como la capacidad de pago y por tanto es un elemento del tipo penal objetivo del artículo 149° primer párrafo del Código Penal?”.
4. “Considera según su perspectiva ¿Qué la omisión a la asistencia familiar como supuesto de proceso inmediato impide que se pueda acreditar la capacidad de pago en el proceso penal como elemento del tipo penal objetivo?”.
5. “Considera según su criterio jurídico ¿la obligatoriedad del proceso inmediato en los casos de la omisión a la asistencia familiar ha exterminado toda posibilidad de acreditar los elementos del tipo penal de omisión a la asistencia familiar en el Perú?”.
6. Cree usted que ¿El proceso inmediato obligatorio no posibilita la acreditación de la capacidad de pago en la omisión a la asistencia familiar?”.
7. Según su experiencia en este tipo de delitos y su configuración ¿no se puede probar los elementos del tipo en un proceso inmediato lo cual hace que las salidas alternativas o mecanismos de simplificación procesal sean desnaturalizados como “coactivos?”
8. Según su conocimiento y experiencia ¿existe conexión entre la falta de probanza de la capacidad de pago en el delito de omisión a la asistencia familiar y la presunción de inocencia?
9. Considera desde su óptica jurídica ¿Qué el deber de la carga de la prueba que tiene el fiscal es un fundamento básico o secundario del sistema acusatorio en el caso de la omisión a la asistencia familiar
10. En su experiencia ¿La fiscalía considera que no existe la necesidad de buscar elementos a favor del imputado en el proceso por Omisión a la asistencia familiar, pues ello ya se hizo en el proceso de alimentos?

11. Según lo que sucede en los tribunales ¿Existe, por el lado de la fiscalía una ausencia de reparo sobre la configuración del tipo penal omisivo (OAF) y una suerte de automatismo de existencia de elementos en contra a partir del proceso civil
12. Desde el punto de vista técnico ¿considera que en todo proceso de omisión a la asistencia familiar se busca la verdad material como fin ideal del proceso?
13. ¿Considera que en el caso de la omisión a la asistencia familiar al no probarse la capacidad de pago se relaciona con la renuncia a la búsqueda de la verdad material como esencia de una decisión justa?
14. Según su experiencia ¿Es correcto no buscar elementos referidos a la capacidad de pago del imputado en el delito de omisión a la asistencia familiar pues ello es un deber que se ha satisfecho en el proceso no penal?
15. Según la praxis jurídica sobre el delito de omisión a la asistencia familiar ¿el fiscal asume la culpabilidad del imputado considerando que el proceso penal ya no es necesario que se busque elementos favorecedores de su no responsabilidad?
16. ¿Considera que en todo caso el deber de la carga de la prueba no es absoluto y por tanto, en los casos de la omisión a la asistencia familiar, existe una excepción de acreditar la capacidad de pago?
17. Considera usted conforme a su experiencia que con respecto a la capacidad de obrar ¿la acreditación de la capacidad de pago, debe ser en todo caso un deber de la defensa técnica del imputado, para excluir la existencia de ese elemento objetivo del tipo?
18. Considera usted desde su experiencia en los procesos de omisión a la asistencia familiar ¿Qué la capacidad de pago se debe presumir en el proceso penal con lo ya actuado en sede civil?
19. Según su saber jurídico ¿Al no existir posibilidad de acreditación de la capacidad de pago, debería el imputado acreditar su falta de posibilidad de pago, pues podría ser considerado ello un elemento negativo del tipo?
20. Según su opinión ¿se vulnera principio de lograr la verdad material como fin de proceso en el caso de la Omisión a la asistencia familiar porque el juez se convierte en mero tramitador de la causa y abdica a buscar la verdad no exigiendo la acreditación fiscal de la capacidad de pago?
21. Conforme a su experiencia y conocimiento, en el caso de la omisión a la asistencia familiar ¿se conduce indefectiblemente a decisiones no ajustadas a la verdad por la no probanza de la capacidad de pago del imputado?
22. Según lo que se evidencia en la praxis fiscal y judicial ¿se estaría procesando el proceso penal por el delito de omisión a la asistencia familiar como uno que protege el bien jurídico “obediencia a la autoridad

23. Usted, desde su consideración experta, ¿considera que basta la acreditación en el proceso civil de la capacidad de pago no siendo necesario que el fiscal realice una acreditación en sede fiscal
24. Según su experiencia y conocimiento en el delito de omisión a la asistencia familiar, ¿la probanza fiscal de la capacidad de pago lesiona o vulnera el principio de avocamiento indebido.

ANEXO

Validación de cuestionario

CONSTANCIA DE VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO

Yo, Edder Alberto Vera Infantes, con DNI N.º 42405171, de profesión abogado grado académico Maestro en Derecho Penal, con código de colegiatura CALL 6090, labor que ejerzo actualmente como Docente del curso de Derecho penal, en la Institución Universidad Privada Antenor Orrego

Por medio de la presente hago constar que he revisado con fines de Validación el Instrumento denominado cuestionario, cuyo propósito es determinar la obligación fiscal de acreditar la capacidad del pago del imputado en el proceso de omisión a la asistencia familiar.

Luego de hacer las observaciones pertinentes a los ítems, concluyo en las siguientes apreciaciones.

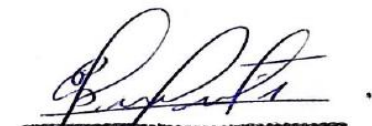
Criterios evaluados	Valoración positiva			Valoración negativa	
	MA (4)	BA (3)	A (2)	PA (1)	NA (0)
1. Calidad de redacción de los ítems.	x				
2. Amplitud del contenido a evaluar.		x			
3. Claridad semántica y sintáctica de los ítems.	x				
4. Congruencia con los indicadores.	x				
5. Coherencia con las dimensiones.		x			

Apreciación total:

MA=Muy adecuado () BA=Bastante adecuado () A= Adecuado () PA= Poco adecuado ()
No adecuado ()

Trujillo, marzo del 2025

Apellidos y nombres Vera Infantes Edder Alberto DNI: 42405171 Firma:


Edder Alberto Vera Infantes
ABOGADO
REG. CALL N° 6090

CONSTANCIA DE VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO

Yo, Anita Del Carmen Diaz Gil, con DNI N.º 46097121, de profesión abogado grado académico Doctora en Derecho, con código de colegiatura CALL 11438, labor que ejerzo actualmente como Abogada y docente, en la Institución Abogada independiente.

Por medio de la presente hago constar que he revisado con fines de Validación el Instrumento denominado Por medio de la presente hago constar que he revisado con fines de Validación el Instrumento denominado cuestionario, cuyo propósito es determinar la obligación fiscal de acreditar la capacidad del pago del imputado en el proceso de omisión a la asistencia familiar.

Luego de hacer las observaciones pertinentes a los ítems, concluyo en las siguientes apreciaciones.

Criterios evaluados	Valoración positiva			Valoración negativa	
	MA (4)	BA (3)	A (2)	PA (1)	NA (0)
1. Calidad de redacción de los ítems.	x				
2. Amplitud del contenido a evaluar.	x				
3. Claridad semántica y sintáctica de los ítems.	x				
4. Congruencia con los indicadores.	x				
5. Coherencia con las dimensiones.		x			

Apreciación total:

MA=Muy adecuado () BA=Bastante adecuado () A= Adecuado () PA= Poco adecuado ()
No adecuado ()

Trujillo, a los 17 días del mes de marzo del 2024

Apellidos y nombres Diaz Gil Anita Del Carmen DNI: 42405171 Firma:



Anita Del Carmen Diaz Gil
ABOGADA
REG. CALL. Nº 11438

CONSTANCIA DE VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO

Yo, Jhon Cristian Fuentes Vásquez, con DNI N.º 44979795, de profesión abogado grado académico Doctora en Derecho, con código de colegiatura CALL 6871, labor que ejerzo actualmente como Abogada y docente, en la Universidad Cesar Vallejo de Trujillo.

Por medio de la presente hago constar que he revisado con fines de Validación el Instrumento denominado Por medio de la presente hago constar que he revisado con fines de Validación el Instrumento denominado cuestionario, cuyo propósito es determinar la obligación fiscal de acreditar la capacidad del pago del imputado en el proceso de omisión a la asistencia familiar.

Luego de hacer las observaciones pertinentes a los ítems, concluyo en las siguientes apreciaciones.

Criterios evaluados	Valoración positiva			Valoración negativa	
	MA (4)	BA (3)	A (2)	PA (1)	NA (0)
6. Calidad de redacción de los ítems.	x				
7. Amplitud del contenido a evaluar.	x				
8. Claridad semántica y sintáctica de los ítems.	x				
9. Congruencia con los indicadores.	x				
10. Coherencia con las dimensiones.	x				

Apreciación total:

MA=Muy adecuado () BA=Bastante adecuado () A= Adecuado () PA= Poco adecuado ()
No adecuado ()

Trujillo, a los 17 días del mes de marzo del 2024

Apellidos y nombres Fuentes Vásquez Jhon Cristian DNI: 44979795 Firma:

