



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERM CASACIÓN N.º 2267 HUANCAVELICA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE
SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas
SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: SEQUEIROS VARGAS IVAN
ALBERTO / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 07/04/2021 11:49:20 Razón: RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA /
LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: SAN MARTIN
CASTRO CESAR EUGENIO
/Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 7/04/2021 13:22:35 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: COAGUILA
CHAVEZ ERAZMO ARMANDO
/Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 7/04/2021 13:34:23 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: TORRE MUÑOZ
SONIA BIENVENIDA / Servicio
Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 7/04/2021 12:42:37 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: CARBAJAL
CHAVEZ NORMA BEATRIZ
/Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 07/04/2021 13:00:42 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Secretario De Sala -
Suprema SALAS CAMPOS PILAR
ROXANA / Servicio Digital - Poder
Judicial del Perú
Fecha: 07/04/2021 13:52:17 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Omisión de asistencia familiar

El tipo penal de omisión de prestación de alimentos, previsto en el artículo 149 del Código Penal –que sanciona a quien *omite* cumplir su obligación de prestar alimentos–, tiene como verbo rector la *omisión*, comprendida como el acto manifiesto de incumplir una orden judicial. Doctrinalmente se ha establecido que el concepto de omisión depende de dos condiciones: **i)** la expectativa de acción y **ii)** la capacidad individual de acción; esta última no se dará cuando al destinatario de la norma le sea imposible físicamente la acción esperada y debe ser apreciada cuando alguien en la concreta situación no puede hacer nada razonable o que tenga sentido para cumplir el mandato.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, siete de abril de dos mil veintiuno

VISTOS: en audiencia pública

–mediante el aplicativo Google Meet–, el recurso de casación interpuesto por el abogado –defensor público– de **Alejandro Escobar Crispín** contra la sentencia expedida el veinticinco de noviembre de dos mil diecinueve por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, que: **i)** declaró infundado el recurso de apelación formulado por el recurrente y **ii)** confirmó la sentencia de primera instancia, que lo condenó como autor del delito de omisión de asistencia familiar, en agravio de Cristian Escobar Jurado, y le impuso la pena de dos años de privación de libertad efectiva y fijó en S/ 100 (cien soles) el monto de pago por concepto de reparación civil.

Intervino como ponente el señor juez supremo SEQUEIROS VARGAS.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Fundamentos de la impugnación

El auto de calificación expedido el veintiséis de junio de dos mil veinte¹ declaró bien concedida la casación excepcional para evaluar los siguientes extremos:

¹ Obrante en los folios 36-40 del cuaderno de casación.

1.1. Desarrollo jurisprudencial

- a. Determinar si es posible declarar como reincidente a quien se halla cumpliendo una pena dentro de un establecimiento penitenciario por hechos diferentes a los que fueron materia del nuevo procesamiento.
- b. Ratificar y delimitar los alcances del Acuerdo Plenario Extraordinario número 2-2016/CIJ-116 en el extremo referido a la posibilidad de cumplimiento de la prestación alimenticia considerando la imposibilidad material del encausado para obtener ingresos y cumplir con sus obligaciones.

1.2. Motivo casacional

a. Casación penal material: artículo 429.3 del Nuevo Código Procesal Penal

Afirma que se configura este motivo casacional por indebida aplicación de dos artículos –uno de la parte general y otro de la parte especial–.

- Ha sido considerado reincidente pese a que venía cumpliendo una pena privativa de libertad por otro delito al tiempo de ser sentenciado en esta causa. Denuncia que en la Corte de Huancavelica no se evalúa el carácter de la condena, sino que solo se verifica si se cuenta o no con una sentencia previa.
- No se ha considerado la imposibilidad material para obtener ingresos económicos y cumplir con su obligación de pago de alimentos, toda vez que se hallaba recluido en un establecimiento penitenciario.

Segundo. Imputación

Macedonia Jurado Casani formuló una demanda de alimentos (a favor de su hijo Cristian Escobar Jurado) que fue tramitada en la vía civil ante el Juzgado de Paz Letrado de Ascensión, en el Expediente número 116-2017-0. Luego de efectuado el proceso, se declaró fundada la pretensión alimenticia y se determinó que el demandado Alejandro Escobar Crispín cumpliera con el pago mensual de S/ 300 (trescientos soles).

Dicho mandato no fue cumplido en el periodo comprendido entre el cinco de septiembre de dos mil diecisiete y el siete de diciembre de dos mil dieciocho, razón por la cual se efectuó la liquidación de pensiones devengadas, que ascendió a la suma de S/ 4864.99 (cuatro

mil ochocientos sesenta y cuatro soles con noventa y nueve céntimos). Esta fue aprobada y su cumplimiento fue requerido el treinta de enero de dos mil dieciocho al sentenciado Escobar Crispín, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público para que procediera conforme a ley. Sin embargo, aquel tampoco cumplió con el pago descrito en el tiempo y la forma indicados.

Tercero. Itinerario del procedimiento

- 3.1.** El veinticinco de junio de dos mil diecinueve el representante de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huancavelica formuló su requerimiento de acusación contra Alejandro Escobar Crispín por la presunta comisión del delito contra la familia-omisión de asistencia familiar y solicitó que por ello se le imponga la pena de cuatro años de privación de libertad efectiva en virtud de su condición de habitual –agravante cualificada–, así como el pago de S/ 400 –cuatrocientos soles– por concepto de reparación civil y de S/ 4864 –cuatro mil ochocientos sesenta y cuatro soles– por pensiones devengadas a favor del menor alimentista –folios 2-8–.
- 3.2.** Efectuado el juicio inmediato, el Segundo Juzgado Unipersonal para Procesos de Flagrancia, Omisión a la Asistencia Familiar y Conducción en Estado de Ebriedad, el veintiuno de agosto de dos mil diecinueve, emitió la sentencia declarando responsabilidad en Escobar Crispín, a quien le impuso la pena de dos años de privación de libertad efectiva. La razón del carácter efectivo de la pena se produjo en virtud de la condición de reincidente, toda vez que el ahora sentenciado tiene en su haber dos condenas previas por el mismo delito, conforme obra en su certificado de antecedentes penales, en las que se impuso pena efectiva –cfr. folios 50-76–.
- 3.3.** Contra la citada decisión, el defensor público encargado del patrocinio de Escobar Crispín formuló recurso de apelación –folios 83-92–, que generó el avocamiento de la Primera Sala Penal de Apelaciones de Huancavelica, la que luego de la audiencia de segunda instancia, el veinticinco de noviembre de dos mil diecinueve, emitió la sentencia de vista declarando infundada la apelación y confirmando el fallo de primera instancia –folios 122-131–.
- 3.4.** Inconforme con el fallo de segunda instancia, el defensor de Escobar Crispín interpuso recurso de casación, el cual elevado a la Sala Suprema para su calificación fue declarado admisible conforme a los términos descritos en el considerando primero de los fundamentos de hecho.
- 3.5.** Posteriormente, se llevaron a cabo los trámites en Sede Suprema, en la que ninguna de las partes formuló alegato complementario, y se notificó a las partes –con precisión a la defensora pública– para la vista de la causa fijada para el miércoles treinta y uno de marzo pasado, en la que intervino la abogada defensora pública Judith Rebaza Antúñez. Culminada la audiencia, de inmediato, se produjo la deliberación de la causa en sesión privada –en la que se debatieron el contenido del expediente y las alegaciones oralizadas en la vista–, en virtud de la cual, tras la votación respectiva y al obtener el número de votos necesarios, corresponde

pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Respecto a la configuración de la reincidencia

La reincidencia, es una agravante cualificada y está regulada en el artículo 46-B del Código Penal, cuyo texto vigente señala lo siguiente:

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años.

La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

Su fundamento político criminal radica en el fracaso de la resocialización de una persona que cumplió una pena privativa de libertad efectiva en todo o en parte². Entonces, la declaración de reincidencia debe cumplir los siguientes requisitos: **i)** que la pena provenga de una sentencia firme, **ii)** que la pena impuesta haya sido efectiva³, y **iii)** que la persona esté en libertad.

Así, no será reincidente si el sentenciado se halla cumpliendo una pena privativa de libertad, toda vez que no concurre la condición referida a su cumplimiento total o parcial de la sentencia previa. Por ello, corresponde el afianzamiento de la línea jurisprudencial establecida en las Sentencias Casación números 1459-2017/Lambayeque y 399-2018/Lambayeque.

A partir de lo mencionado, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Sala Superior aplicaron indebidamente el artículo 46-B del Código Penal al declarar a Alejandro Escobar Crispín como

² Conforme a los antecedentes jurisprudenciales, la Sentencia de Casación número 399-2018/Lambayeque, invocada en la audiencia, precisa que el cumplimiento total será cuando el agente observó la integridad de la pena impuesta; esta ya venció. El cumplimiento será parcial cuando el agente sufrió una fracción de la pena asignada, no toda ella. El agente ha de haber dejado de cumplir la pena, sea por su agotamiento o, antes, por diversas circunstancias: excarcelaciones anticipadas vía beneficios penitenciarios, derecho de gracia presidencial (indulto o conmutación), fuga del establecimiento penal, remisión de la pena por colaboración eficaz, etcétera.

³ La calidad de la pena a computarse como antecedente para declarar la reincidencia ha variado en el tiempo; el detalle se aprecia en la Sentencia de Casación número 1459-2017/Lambayeque³ y en la actualidad únicamente se configuran las penas efectivas previas que se hubieran cumplido, descartándose las penas suspendidas.

reincidente, toda vez que conforme a su hoja penológica y sus antecedentes judiciales, al tiempo de ser sentenciado en primera y segunda instancia, se hallaba privado de libertad en una cárcel pública, con lo cual se configura la indebida aplicación de la norma penal material y así se declara.

Si bien las dos sentencias previas que posee en su haber darían cuenta de una proclividad a la comisión delictiva y una manifiesta desobediencia a las órdenes judiciales, estas podrían constituir base para la declaración de habitualidad; sin embargo, corresponde evaluar la factibilidad de la configuración de este tipo penal a partir de las circunstancias descritas en líneas posteriores.

Segundo. Respecto a la capacidad económica del padre alimentista

Jurisprudencialmente no concurren mayores cuestionamientos respecto a la vía procesal en la que se deberá debatir y evaluar la capacidad económica del sujeto para la determinación del *quantum* de la pensión alimenticia. En la especialidad civil se tramita un proceso sumario y se concede el traslado al sujeto obligado para acreditar las deficiencias que tendría para cumplir con el monto de la pensión alimenticia⁴.

Sin embargo, aquella determinación se efectúa en circunstancias ordinarias de normalidad, en la que la persona obligada cuenta con todas las posibilidades para obtener ingresos y cumplir con el pago de alimentos. Inclusive si no tuviera trabajo determinado, si las condiciones personales le permiten desarrollar una actividad laboral lícita, está en la obligación de cumplir con el mandato judicial, pues no hay excusa por desempleo para el cumplimiento de la obligación alimentaria.

El tipo penal de omisión de prestación de alimentos, previsto en el artículo 149 del Código Penal –que sanciona a quien *omite* cumplir su obligación de prestar alimentos–, tiene como verbo rector la *omisión*, comprendida como el acto manifiesto de incumplir una orden judicial. Doctrinalmente se ha establecido que el concepto de omisión depende de dos condiciones: **i)** la expectativa de acción y **ii)** la capacidad individual de acción; esta última no se dará cuando al destinatario de la norma le sea imposible físicamente la acción esperada y debe ser apreciada cuando alguien en la concreta situación no puede hacer nada razonable o que tenga sentido para cumplir el mandato⁵.

⁴ Auto de calificación emitido en la Casación número 146-2018/Lima.

⁵ Roxin, Claus. (2014). *Derecho penal. Parte general* (1.ª ed., tomo II). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas, p. 756.

En el caso juzgado, Escobar Crispín, al tiempo de ser procesado por el incumplimiento de pago de alimentos que es materia de esta casación, purgaba una condena en un establecimiento penitenciario, esto es, tenía restringida su libertad.

Tal circunstancia no brinda las condiciones necesarias para ejercer su capacidad individual de acción y obtener ingresos para cumplir con la orden judicial. Si bien dentro del penal puede desempeñar labores que brinden ingresos, estos son mínimos –como en efecto se tiene en autos, realizó trabajos de carpintería por la suma de S/ 100 (cien soles)– y no se puede exigir el mismo estándar de cumplimiento a un padre encarcelado que a uno que se encuentra en libertad. En similares condiciones estará aquel que se halle postrado en la cama de un hospital o con una enfermedad o circunstancia probada que lo incapacite para obtener ingresos y procurar los alimentos para sus dependientes. En cualquier caso, será imprescindible comunicar en el tiempo oportuno a la judicatura civil sobre las razones que lo limitan a efectos de que esta asuma una decisión justa y razonable para las partes, conforme a ley.

La norma penal debe ser razonable en su aplicación y no se pueden exigir efectos de igualdad en condiciones desiguales, ello independiente del juicio ético-social que se pueda hacer a aquella persona que incumpla sus obligaciones como padre, puesto que el reproche se mantiene vigente, así como su obligación, variando únicamente la configuración del tipo penal.

Con base en lo descrito, la lógica sencilla conlleva determinar que una persona que materialmente no cuenta con la posibilidad de obtener ingresos como Escobar Crispín no es que no querrá cumplir con el pago, sino que materialmente no podrá efectuarlo, independientemente del juicio subjetivo que no será objeto de pronunciamiento en esta sentencia, atendiendo a los antecedentes penales del casacionista.

En consonancia con lo descrito, el fundamento decimoquinto del Acuerdo Plenario número 2-2016/CIJ-116, en lo sustancial, ha señalado que el delito de omisión de asistencia familiar exige la previa decisión de la justicia civil que se pronuncie acerca del derecho alimentista y de la obligación legal del imputado, de la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Es claro que tales elementos no son los únicos para fundar el juicio de culpabilidad ni necesariamente determinan la imposición de una sentencia condenatoria; la posibilidad de actuar es esencial, pues lo que se pena no es el “no poder cumplir”, sino “el no querer cumplir”. Esta determinación requiere un cuidadoso análisis

en cada caso concreto, pues pretextos y justificaciones deleznales para el cumplimiento de una obligación esencial, no otorgan mérito probatorio de descargo para ser exonerados de la condena penal, sino solamente aquellos casos en los que comprobadamente, es inviable el cumplimiento por una razón plenamente atendible

Por lo tanto, en el juicio efectuado en primera instancia no se ha considerado la situación carcelaria de Escobar Crispín, y se ha producido una aplicación mecánica de la norma más allá de la razonabilidad que demanda tanto la lógica común como las bases jurisprudenciales descritas. Tampoco se ha efectuado un juicio probatorio respecto a la intención del encausado de no querer cumplir con su deber, deficiencia que hace indebida la aplicación del tipo penal de omisión de asistencia familiar, previsto en el artículo 149 del Código Penal, y así se declara. Como consecuencia de ello, corresponde declarar su absolución respecto a esta acusación.

Lo resuelto no implica la exoneración, reducción ni suspensión de las obligaciones alimentarias. Tampoco constituye cuestionamiento a lo que se resolvió en la vía civil tanto al fijar la pensión alimenticia y sus liquidaciones.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON FUNDADA** la casación por indebida aplicación de la ley penal material; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista expedida el veinticinco de noviembre de dos mil diecinueve por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica –folios 122-131–, que: **i)** declaró infundado el recurso de apelación formulado por el recurrente y **ii)** confirmó la sentencia de primera instancia, que lo condenó como autor del delito de omisión de asistencia familiar, en agravio de Cristian Escobar Jurado, y le impuso la pena de dos años de privación de libertad efectiva y fijó en S/ 100 (cien soles) el monto de pago por concepto de reparación civil; y **SIN REENVÍO**, actuando como instancia, **REVOCARON** la sentencia de primera instancia emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal para Procesos de Flagrancia, Omisión a la Asistencia Familiar y Conducción en Estado de Ebriedad –folios 50-76– el veintiuno de agosto de dos mil diecinueve, que declaró a Escobar Crispín como autor de la comisión del delito de omisión de asistencia familiar y, por lo tanto, le impuso la pena de dos años de privación de libertad efectiva; y,

REFORMÁNDOLA, lo **absolvieron** de la acusación formulada el veinticinco de junio de dos mil diecinueve por el representante de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huancavelica por la presunta comisión del delito de omisión de asistencia familiar en agravio de Cristian Escobar Jurado. **DISPONER** su libertad inmediata siempre que en su contra no obre mandato de detención o cumplimiento pena vigente emitida por autoridad jurisdiccional en proceso distinto al que es materia de casación.

- II. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia pública y, acto seguido, se notifique a todas las partes personadas en esta Sede Suprema.
- III. **MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

IASV/WHCh