



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 476-2023
LIMA ESTE

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: BROUSSET SALAS RICARDO
ALBERTO / Servicio Digital
Fecha: 01/10/2024 14:28:05 Razón: RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: BARRIOS ALVARADO ELVIA / Servicio Digital
Fecha: 10/10/2024 15:06:28 Razón: RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: CASTAÑEDA OTSU SUSANA YNES / Servicio Digital
Fecha: 8/10/2024 23:47:58 Razón: RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: PACHECO HUANCAS IRIS ESTELA / Servicio Digital
Fecha: 10/10/2024 16:18:35 Razón: RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: GUERRERO LOPEZ IVAN SALOMON / Servicio Digital
Fecha: 10/10/2024 15:58:52 Razón: RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Secretario De Sala - Suprema CAMPOS OLIVERA ROSARIO AURORA / Servicio Digital
Fecha: 11/10/2024 12:01:15 Razón: RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

NULIDAD DE RESOLUCIÓN POR FALTA DE COMPETENCIA

Sumilla. El Juzgado Penal declaró de oficio la prescripción de la acción de penal, a pesar de carecer de facultad legal (competencia) que habilite dicho pronunciamiento, por cuanto la causa se encontraba con mandato supremo que disponía elevarse los actuados para que el Supremo Tribunal, mediante recurso de nulidad, se pronuncie sobre el fondo del grado. De conformidad con ello, el pronunciamiento emitido por el Juzgado Penal incurrió en causal de nulidad, conforme con lo previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales.

Lima, veintinueve de agosto de dos mil veintitrés

AUTOS Y VISTO: el recurso de nulidad

interpuesto por la defensa de **Cristian Martín Uzategui Nicolás** contra la sentencia de vista del doce de noviembre de dos mil dieciocho, emitida por la Sala Superior Especializada Penal Descentralizada y Transitoria del distrito de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este (foja 223), que confirmó la sentencia de primera instancia del veinticinco de mayo de dos mil dieciocho (foja 184), en el extremo que lo condenó por el delito contra la familia-omisión a la asistencia familiar en la modalidad de incumplimiento de obligación alimentaria, en agravio de Nicole Valerie Uzategui Caja, a un año de pena privativa de libertad efectiva, que será computada desde su captura.

Intervino como ponente el juez supremo **Brousset Salas**.

CONSIDERANDO

DELIMITACIÓN DEL RECURSO IMPUGNATORIO

Primero. El encausado **Cristian Martín Uzategui Nicolás** fundamentó por escrito del veintiocho de noviembre de dos mil dieciocho (foja 228) su recurso de nulidad. Precisó:

1.1. La Sala Superior, en el considerando décimo, indicó que por Resolución 22 del siete de julio de dos mil catorce (foja 48), se requirió al procesado el pago de las pensiones devengadas. En tal sentido, al transcurrir más de tres años desde la emisión de la

resolución en comentario, la acción penal se encuentra prescrita. En consecuencia, procede se emita la prescripción de oficio del proceso.

- 1.2.** El procesado no realizó la cancelación de la deuda alimenticia, en razón de no contar con los recursos económicos suficientes; es por ello que solicitamos que –si su capacidad económica no le permite realizar el pago– se reforme la pena impuesta de efectiva a una carácter de suspendida.

Segundo. IMPUTACIÓN FÁCTICA

Conforme con la acusación formulada por Dictamen Fiscal 816-2015, del veintisiete de setiembre de dos mil dieciséis (foja 86), el hecho incriminado refiere:

Se imputa al procesado Cristian Martín Uzategui Nicolás no abonar las pensiones alimenticias devengadas (por el periodo comprendido desde septiembre de dos mil seis a julio de dos mil trece), ascendentes a la suma de S/ 11 650,88 (once mil seiscientos cincuenta 88/100 soles); en tal sentido, el Tercer Juzgado de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, mediante Resolución 22 del siete de julio de dos mil catorce (foja 48), requirió que en el término de tres días hábiles cumpla con hacer efectivo su pago; bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público y ser denunciado por omisión a la asistencia familiar; lo que se le notificó el cinco de agosto de dos mil catorce, conforme se advierte del cargo de notificación (foja 53).

Al no cumplir con el pago requerido, el ilícito se consumó el ocho de agosto de dos mil catorce, fecha en la cual se venció el plazo de **tres días hábiles** para que el denunciado cumpliera con el pago de la liquidación de pensiones devengadas e intereses legales a favor de su menor hija.

Tercero. En cuanto a la calificación jurídica, el titular de la acción penal postuló la configuración del delito previsto en el primer párrafo del artículo 149 del Código Penal.

Cuarto. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala Superior mediante sentencia del dieciséis de noviembre de dos mil dieciocho (foja 223), determinó la culpabilidad del procesado en atención a lo siguiente:

- 4.1.** De la revisión de autos se acreditó la comisión del delito imputado y la responsabilidad penal del sentenciado **Cristian Martín Uzategui Nicolás** con la liquidación de pensiones alimenticias devengadas del dos de diciembre de dos mil trece, en el que se señala que el demandado debe la suma de S/ 11 650,88 (once mil seis cientos cincuenta y 88/100 soles), por concepto de pensiones devengadas desde el mes de setiembre de dos mil seis hasta julio de dos mil trece.
- 4.2.** De las copias certificadas que obran en autos, se registra la Resolución 22 del siete de julio de dos mil catorce (foja 48), en la que se requiere el pago de pensiones devengadas en S/ 11 650,88; no obstante, el sentenciado no cumplió en su oportunidad con el pago de las pensiones ordenadas, por lo que el delito está debidamente acreditado.
- 4.3.** Se advierte que se le requirió al sentenciado el pago de las pensiones devengadas y este no hizo el pago en el plazo debido; no obstante si bien se verifica que a fojas 133-141, 144 y 147, se anexan los tiques de pago al Banco de la Nación a nombre de Salomé Alodia Caia Palomino (madre de la menor agraviada), montos que oscilan entre los S/ 200,00, S/ 250,00, S/ 300,00 y S/ 500,00 soles, de los cuales el sentenciado alega que se realizaron como pago de la pensión alimenticia de su menor hijo por la suma de S/ 150 soles, y lo restante del depósito sería a cuenta de los devengados; sin embargo, la Sala advierte que si bien se aprecia en los tiques dichos depósitos, no se puede establecer si el saldo restante de estos correspondería como parte de pago de los devengados requeridos al sentenciado; no obstante, en el hipotético caso que dicho saldo sea a cuenta de los citados devengados la suma abonada sería de S/ 2150,00, lo que no cubriría el total de los devengados requeridos por el órgano jurisdiccional.

4.4. Por lo que se concluye que el procesado no tuvo intención de acudir alimentariamente a su menor hijo, al no realizar el pago en su debida oportunidad; situación que denota la conducta renuente de este a cumplir con su obligación alimentaria.

FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Quinto. Es materia de pronunciamiento el recurso de nulidad descrito en la parte introductoria de la presente resolución, el mismo que se elevó a esta Corte Suprema al haberse declarado fundada la queja excepcional formulada por el acusado Cristian Martín Uzategui Nicolás, conforme ejecutoria suprema recaída en la Queja Excepcional 219-2022/Lima Este (Exp. 1123-2015-2, foja 76), que fue puesta a conocimiento mediante Oficio 1815-2023-MPU-SPCAS/PJ (con cargo de recepción del veintidós de marzo de dos mil veintitrés).

Además, se advierte de autos que dicho recurso de queja excepcional se admitió a trámite mediante ejecutoria suprema recaída en el recurso de Queja Directa 40-2019/Lima Este¹, del veintiuno de octubre de dos mil diecinueve, por el cual la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema tras admitir el recurso promovido, ordenó que se forme el cuaderno correspondiente y se eleven los autos al Supremo Tribunal.

Sexto. Asimismo, fluye de autos que en el decurso de la tramitación de la presente causa, el Juzgado Penal Liquidador sede Santa Rosa (adición a sus funciones Octavo Juzgado de Investigación Preparatoria) de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, por resolución del veinticuatro de marzo de dos mil veintitrés (foja 369) declaró de oficio la prescripción de la acción penal del proceso seguido contra Cristian Martín Uzategui Nicolás, por el delito contra la familia-omisión a la asistencia familiar en la modalidad de incumplimiento de obligación alimentaria (Expediente 1123-2015-0-3707-JR-PW-01, foja 369), ordenó su inmediata libertad y dispuso el levantamiento de las órdenes de captura impartidas (siempre y cuando no exista otra disposición en su contra).

¹ Expediente 1123-2015-1, foja 110.

Séptimo. En tal sentido, se verifica que aun cuando este Tribunal Supremo mediante ejecutoria suprema recaída en la Queja Excepcional 219-2022/Lima Este ordenó a la Sala de Mérito conceda el recurso de nulidad y eleve los actuados, se declaró la prescripción de la causa, pese a que la competencia del órgano jurisdiccional se circunscribía a dar estricto cumplimiento a lo resuelto mediante la ejecutoria suprema citada. El Juzgado Penal declaró de oficio la prescripción de la acción de penal, a pesar de carecer de facultad legal (competencia) que habilite dicho pronunciamiento, por cuanto la causa se encontraba con mandato supremo que disponía elevarse los actuados para que el Supremo Tribunal, mediante recurso de nulidad, se pronuncie sobre el fondo del grado.

Octavo. De conformidad con ello, el pronunciamiento emitido por el Juzgado Penal incurrió en causal de nulidad, conforme con lo previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, por lo que corresponde declarar **NULA la resolución del veinticuatro de marzo de dos mil veintitrés (foja 369)** emitida por el Juzgado Penal Liquidador sede Santa Rosa (adición a sus funciones Octavo Juzgado de Investigación Preparatoria) de la Corte Superior de Justicia de Lima Este; y, en consecuencia se proseguirá con el análisis de fondo del recurso de nulidad formulado por la defensa de Cristian Martín Uzategui Nicolás frente a su condena penal.

Noveno. En esta línea de ideas, el recurso de nulidad por exigencia de los principios de rogación y contradicción, queda delimitado a las alegaciones de hecho y derecho expresadas en los agravios². No obstante, previo a ingresar al análisis de los agravios expuestos por el recurrente, es preciso verificar si la acción penal se encuentra vigente, debido a que la ley, ante la verificación de un ilícito penal, impone un límite temporal para el ejercicio

² SALA PENAL PERMANENTE. Recurso de Nulidad 4104-2010-Lima (fundamento jurídico veintidós).

de la acción penal; de modo que, si este se encuentra vencido, no puede existir condena.

Décimo. La prescripción de la acción penal se erige como una institución de relevancia constitucional, cuyo sustento nos remite al fin mismo de todo estado constitucional y de derecho, esto es, a la protección de la persona, por resultar contrario a la dignidad humana que el Estado amenace, en cada caso concreto, con ejecutar su potestad punitiva sin limitación temporal alguna. Se encuentra vinculada con el contenido del derecho a la definición del proceso en un plazo razonable, el cual forma parte del derecho fundamental al debido proceso y opera como un límite al poder punitivo del Estado.

La regulación de la prescripción de la acción penal en nuestro ordenamiento legal está vinculada a la política criminal que adopta el Estado a través del órgano competente (Poder Legislativo o mediante facultades delegadas, Poder Ejecutivo), conforme con sus potestades. A la hora de regular la prescripción de los delitos, el legislador escogió ciertos parámetros objetivos, como el tipo de pena y el extremo mayor de la sanción, con el fin de procurar, de acuerdo con las características propias de cada delito, un normal desarrollo de la prosecución de la acción penal y del proceso, en caso de que llegue a ejercerse³.

Decimoprimer. La ley contempla los presupuestos de extinción de la acción penal⁴ en virtud de los cuales el Estado autolimita su *ius puniendi*, estas razones pueden tener como fundamento causas naturales (muerte del infractor), criterios de pacificación o solución de conflictos sociales basados en el principio de seguridad jurídica (cosa juzgada o prescripción) o razones sociopolíticas o de Estado (amnistía). En este orden de ideas, resulta lesivo a los derechos del justiciable que el representante del Ministerio Público, titular de la acción penal, sostenga una imputación cuando esta se ha extinguido, o que formule denuncia penal cuando la potestad persecutoria

³ SALA PENAL PERMANENTE. Recurso de Nulidad 777-2019-Lima, del primero de octubre de dos mil veinte (fundamento jurídico 4).

⁴ Artículo 75 del Código Penal.

del Estado, por el transcurso del tiempo, se encuentra extinguida⁵. De conformidad con ello, si previsto el plazo, no se ha podido terminar el procedimiento (prescripción de la acción penal) o imponer penas o medidas de seguridad (prescripción de la pena) en el tiempo tasado para los delitos cometidos, la ineficacia es del propio Estado, no pudiendo ser soportada por el justiciable, manteniendo en incertidumbre *ad infinitum* la resolución de su situación jurídica frente al delito⁶.

Decimosegundo. La prescripción de la acción penal, conforme con lo previsto en el artículo 80 del Código Penal, es ordinaria, por lo que se establece un plazo igual al extremo máximo de la pena privativa de libertad fijada para el delito; por su parte, el artículo 83 del citado cuerpo legal establece un plazo extraordinario, el mismo que es igual al plazo de prescripción ordinario más la mitad. Por su parte, con respecto a la determinación del *a quo*, esto es, del comienzo del plazo de prescripción de la acción penal, se establece que:

a) en caso de delitos en grado de tentativa, se cuenta desde el día en que cesó la actividad delictuosa; b) en caso de delitos de consumación instantánea, se cuenta a partir del día en que se consuman; c) en caso de delito continuado, se cuenta desde el día en que terminó la actividad delictuosa; y d) en caso de delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia⁷.

De lo expuesto, se verifica que el análisis de la vigencia de la acción penal exige remitirnos en primer término a la descripción de cargos objeto de procesamiento, tanto en lo fáctico como lo jurídico, a fin de establecer la temporalidad del delito; así como, la sanción conminada al mismo, para posteriormente realizar el cómputo respectivo de plazos.

Decimotercero. Del tenor de la imputación formulada contra el procesado Cristian Martín Uzategui Nicolás, es sindicado por no abonar las pensiones alimenticias devengadas por el periodo comprendido desde

⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente 02407-2011-PHC/TC Lima, del diez de agosto de dos mil once (fundamento jurídico 3).

⁶ MIXAN MASS, Florencio. *Cuestión previa, cuestión prejudicial, excepciones en el procedimiento penal*. Trujillo: Ediciones BGL, 1999, p. 174.

⁷ Artículo 82 del Código Penal.

setiembre de dos mil seis a julio dos mil trece, que ascendieron a la suma de S/ 11 650,88 (once mil seiscientos cincuenta 88/100 soles).

Decimocuarto. Ahora bien, el Colegiado Supremo en mayoría, con excepción del juez supremo Guerrero López, somos del siguiente criterio:

- a) En cuanto al delito de omisión a la asistencia de familiar, la Corte Suprema ha establecido que se erige en un tipo penal de comisión inmediata y de naturaleza permanente; es decir, su consumación se da en un solo momento (luego de la notificación de la resolución que requiere el pago de las pensiones alimenticias, bajo apercibimiento de remisión de copias certificadas al Ministerio Público); ello indistintamente de que los efectos duren en el tiempo (Recurso de Nulidad 1372-2018/Callao, considerando noveno). Conforme a ello, dicho requerimiento se dispuso en la Resolución 22 del siete de julio de dos mil catorce (foja 48), que fue notificada al recurrente el cuatro de agosto de dos mil catorce, conforme se registra en el cargo de notificación adjuntado a foja 50. No obstante, en dicha resolución se le otorgó el plazo de tres días para el cumplimiento del pago, por lo cual el plazo se consumó el siete de agosto de dos mil catorce.
- b) Por tanto, en atención a que el delito imputado sanciona con una pena privativa de libertad no mayor a tres años; y adicionando dieciocho meses por reglas de la prescripción, se colige que para que actúe la prescripción extraordinaria deberán transcurrir cuatro años y seis meses, contados a partir del incumplimiento al requerimiento judicial del pago de pensiones alimenticias devengadas. En consecuencia, desde la consumación del ilícito el siete de agosto de dos mil catorce hasta la fecha de la emisión de la presente ejecutoria suprema, han transcurrido nueve años y trece días.
- c) No obstante, conforme se expuso en el considerando quinto de la presente resolución, mediante ejecutoria suprema del veintiuno de octubre de dos mil diecinueve (Queja Directa 40-2019/Lima Este-Exp. 1123-2015-1, foja 110), la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema ordenó que el Tribunal Superior conceda el recurso de queja excepcional. En

tal sentido, mediante Oficio 308-2020-SPT-CS/PJ del diez de marzo de dos mil veinte, la Mesa de Partes Única de la Corte Suprema de Justicia de la República (Exp. 1123-2015-0-3207-JR-PE-01, foja 353) puso en conocimiento lo ordenado a la Sala Superior Especializada Penal Descentralizada y Transitoria de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, por lo que desde la recepción del oficio citado se suspendieron los plazos de la prescripción de la acción penal.

Sin embargo, la suspensión no podrá prolongarse más allá de los plazos que se disponen para las etapas del proceso penal u otros procedimientos; y en ningún caso dicha suspensión será mayor a un año (Ley 31751); por lo que se reanudó el cómputo del plazo de prescripción al año siguiente, es decir, el nueve de marzo de dos mil veinte. Al ser el caso, a los nueve años y trece días computados desde la comisión del delito incoado (ver considerando decimocuarto de la presente Ejecutoria Suprema) se les debe descontar el plazo de suspensión de la prescripción por el trámite de la queja excepcional, correspondiente a un año.

- d) En consecuencia, a la fecha de emisión de la presente ejecutoria suprema, excede el plazo de prescripción extraordinaria de la acción penal (cuatro años y seis meses).
- e) De lo glosado precedentemente se concluye que en la presente causa se superó en exceso el plazo prescriptorio extraordinario de la acción penal por el delito de omisión a la asistencia familiar; por ello opera de pleno derecho el efecto liberatorio del tiempo; razón por la que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo quinto *in fine* del Código de Procedimientos Penales, debe declararse la extinción de la acción penal y fenecido el proceso.
- f) Por último, es pertinente acotar que la sentencia materia de grado impuso al recurrente **Cristian Martín Uzategui Nicolás** un año de pena privativa de la libertad efectiva, la misma que se computaría desde su detención; y, conforme con lo dispuesto, fue detenido el veintitrés de marzo de dos mil veintitrés (Expediente 1123-2015-0, foja

343); no obstante, por resolución del veinticuatro de marzo de dos mil veintitrés (foja 369), es decir, un día después de la detención del citado recurrente, declaró de oficio la prescripción de la acción penal de la causa seguida contra Uzategui Nicolás y ordenaron su inmediata libertad, por lo que conforme con ello cursaron el Oficio 1123-2015-0-1 del 24 de marzo de 2023 (Expediente 1123-2015-0, foja 274), dirigido al jefe de la Divsepen de la sede Santa Rosa, y dispuso la inmediata libertad del citado, siempre y cuando no exista mandato de detención en su contra por otro proceso.

- g)** Si bien en la presente ejecutoria suprema se dispuso la nulidad de la resolución del veinticuatro de marzo de dos mil veintitrés (ver considerando séptimo), sus efectos se ejecutaron en la fecha en que se emitió la citada, por lo que a la dación de la presente ejecutoria suprema, el recurrente **Cristian Martín Uzategui Nicolás** no se encuentra internado en un centro penitenciario o con órdenes de ubicación y captura, que fueran impartidas por la presente causa, por lo que no corresponde –para el caso de autos– cambiar su situación jurídica (libertad).

Se adjunta a la presente resolución el voto minoritario –en parte– del juez supremo Guerrero López.

DECISIÓN

Por tales fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. DECLARARON, POR UNANIMIDAD, NULA** la resolución del 24 de marzo de 2023 emitida por el Juzgado Penal Liquidador, en adición a sus funciones Octavo Juzgado de Investigación Preparatoria-sede Santa Rosa de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, que declaró prescrita la acción penal seguida contra **Cristian Martín Uzategui Nicolás** por el delito contra la familia-omisión a la asistencia familiar en la modalidad de incumplimiento de obligación alimentaria, en agravio de Nicole Valerie Uzategui Caja.

- II. **DECLARARON, POR MAYORÍA, DE OFICIO, EXTINGUIDA POR PRESCRIPCIÓN** la acción penal seguida contra **Cristian Martín Uzategui Nicolás** por el delito contra la familia-omisión a la asistencia familiar en la modalidad de incumplimiento de obligación alimentaria, en agravio de Nicole Valerie Uzategui Caja; y, en consecuencia: **FENECIDO** el presente proceso.
- III. **DISPUSIERON** el archivo definitivo del proceso y **MANDARON** la anulación de los antecedentes generados como consecuencia de este y se registre.
- IV. Se devuelvan los autos al tribunal superior para los fines de ley. **SE HAGA** saber a las partes procesales apersonadas en esta sede suprema.

S. S.

BARRIOS ALVARADO

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

RBS/ljce

LA SECRETARÍA DE LA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, DA CUENTA QUE EL VOTO DISCORDANTE EN PARTE DEL JUEZ SUPREMO GUERRERO LÓPEZ ES COMO SIGUE:

EL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR ES DE CARÁCTER PERMANENTE Y, POR ENDE, LA ACCIÓN PENAL AUN NO SE HA EXTINGUIDO POR PRESCRIPCIÓN

Existen dos elementos diferenciadores en un delito permanente que son: a) un estado antijurídico creado por el autor, y b) el mantenimiento del estado antijurídico por voluntad del autor.

Estos dos supuestos fácticos se presentan en el delito de omisión de asistencia familiar y por ende

se trata de un delito de carácter permanente en el que el cómputo de la prescripción se inicia al cesar la permanencia, lo que aún no ha ocurrido en el caso concreto.

Lima, veintinueve de agosto de dos mil veintitrés

Me encuentro conforme con la decisión de declarar nula la resolución del 24 de marzo de 2023 emitida por el Juzgado Penal Liquidador, en adición a sus funciones Octavo Juzgado de Investigación Preparatoria - Sede Santa Rosa - de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, que declaró prescrita la acción penal; así mismo, estoy de acuerdo en líneas generales con el exordio, y los considerandos primero a décimo tercero.

Sin embargo, con el debido respeto a la opinión de mis distinguidos colegas, hago reserva únicamente de los fundamentos jurídicos contenidos en el décimo cuarto considerando, pues, considero que el delito de omisión de asistencia familiar es uno de carácter permanente y no es de comisión instantánea, por los siguientes fundamentos:

A) No cabe duda que para poder evaluar la vigencia de la acción penal, es importante primero determinar desde que momento debe computarse el plazo de prescripción. Al respecto, el artículo 82 del Código Penal regula 4 situaciones jurídicas distintas que permitirán saber cuándo comienza ese plazo. Así se tiene los siguientes supuestos:

- “1. En la tentativa, desde el día en que cesó la actividad delictuosa.
2. En el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó.
3. En el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa.
4. En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia.”

Como se puede evidenciar, el inicio del cómputo del plazo de prescripción dependerá de la clase de tipo penal en que nos encontramos y de la forma y oportunidad de su consumación.

B) En ese sentido, en el presente caso, debemos verificar si el presente delito es de carácter permanente o instantáneo, para cuyos efectos, corresponde ponderar:

B.1) No existe uniformidad en relación a ese punto en la doctrina ni en la jurisprudencia nacional. De hecho, el código penal peruano comprende (incluye) pero no define al delito permanente.

B.2) Previamente a determinar si el delito de omisión de prestación de alimentos es un delito permanente, debemos tener en cuenta y determinar qué se entiende por **“delito permanente”**.

B.3) En ese sentido, según el diccionario panhispánico del español jurídico, es el

“Tipo de delito en el que se crea con la consumación una situación antijurídica duradera (de lesión o peligro para el bien jurídico) que se mantiene o puede cesar por la conducta voluntaria del autor, como en las detenciones ilegales, el allanamiento de morada activo o pasivo o la tenencia de armas y explosivos. Pese a la consumación, en estos delitos mientras se mantenga voluntariamente la situación antijurídica puede haber autoría o participación de terceros y hasta su final no comienza a correr el cómputo de la prescripción del delito.

B.4) También se ha precisado en doctrina internacional autorizada que, “se caracterizan, (...), por el hecho de que la consumación del delito no concluye con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad del autor a lo largo del tiempo”⁸.

B.5) De igual manera se destaca que “son aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo”⁹.

Como puede apreciarse, no se indica que el elemento insoslayable del delito permanente sea un tema de realización del tipo o consumación como cumplimiento de los elementos objetivos del tipo penal, sino que, existen **dos elementos** diferenciadores en un delito permanente que son: **a) un estado antijurídico creado por el autor, y b) el mantenimiento del estado antijurídico por voluntad del autor.**

⁸ Jackobs, citado por García Caverio en: *Derecho Penal. Parte general*. Lima: Editorial IDEAS, 2019, p. 401.

⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal parte general*. Tomo I. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Madrid: CIVITAS, 199, P. 329.

B.6) Respecto a estas dos características citadas, podemos apreciar en primer lugar, que el estado antijurídico es una especial situación de lesión al bien jurídico tutelado, que no acaba con la consumación. En esa línea es trascendente destacar como lo hace la doctrina española, que **“La consumación del delito permanente no agota el delito, pues en todos los instantes sucesivos continúa la violación de los intereses protegidos y de la norma que los respalda¹⁰”**.

B.7) Con relación al mantenimiento del estado antijurídico por voluntad del autor, debe tenerse en cuenta en principio que, el delito permanente precisamente debe tener esta característica, es decir, que el estado antijurídico pueda y necesite de la voluntad del autor (ya sea como comisión u omisión) para mantenerse temporalmente.

Esto a diferencia de los delitos de estado que, como contraposición al delito permanente, **“...están concluidos con la provocación de un determinado estado (por regla general el resultado en el sentido de los delitos de resultado), y por tanto no son susceptibles de mantenimiento por el autor, ni lo necesitan¹¹”**.

En esa misma línea, el magistrado español Juan Mateo Ayala García, cita a PLAGIARO, quien sostiene: **“El elemento decisivo para que un delito pueda denominarse permanente consiste en la incriminación no sólo de la conducta que instaura el estado antijurídico, sino también de la conducta que lo mantiene¹²”**.

B.8) Siendo ello así, al haberse determinado las características esenciales del delito permanente, cabe evaluar ya en el caso en concreto, si el delito de omisión de prestación de alimentos es un delito permanente o un delito instantáneo.

¹⁰ AYALA GARCÍA, Juan Mateo. *Delito Permanente, Delito Habitual y Delito Complejo*. En CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. Febrero de 1995; P. 308 y 309.

¹¹ ROXIN, Claus. Ob. cit. P. 329-

¹² AYALA GARCÍA, Juan Mateo. Ob. cit. P. 308 (nota al pie de página numero 12)

En relación a ese tema puede advertirse que, en la doctrina nacional (en derecho penal especial), así como en la jurisprudencia no se ha logrado una uniformidad en relación a ello, pues algunos autores nacionales como Luis Miguel Reyna Alfaro¹³, sostienen o se adhieren a la tesis que considera al delito de omisión de prestación de alimentos como un delito instantáneo.

Sin embargo, otro sector de la doctrina nacional, como por ejemplo Ramiro Salinas Siccha sostienen que, **“La omisión de cumplir con la resolución judicial que obliga a pasar una pensión alimenticia mensual y por adelantado se produce y permanece en el tiempo, sin intervalo, siendo el caso que tal estado de permanencia concluye cuando el obligado, quien tiene el dominio de la permanencia, voluntariamente decide acatar la orden judicial o por la intervención de la autoridad judicial que coactivamente le obliga a cumplir su deber asistencial. No obstante, el delito se ha perfeccionado^{14”}.**

Cabe señalar además que, en esta obra el autor cita a otros juristas nacionales que se adhieren a la tesis de que el delito de omisión de prestación de alimentos es un delito permanente, tales como Villa Stein y Roy Freire, y también hace una crítica al Pleno Jurisdiccional Penal realizado en la ciudad de Ica en 1998, en el que, entre sus acuerdos, establecieron que el delito de omisión de asistencia familiar es un delito instantáneo de efectos permanentes; crítica en ese extremo que el suscrito comparte plenamente.

B.9) También en la jurisprudencia existen pronunciamientos que consideran al delito de omisión de prestación de alimentos como un delito permanente, como por ejemplo, la recaída en el Expediente 1202-98 que determinó: **“En los delitos de omisión de asistencia**

¹³ REYNA ALFARO, Luis Miguel. Delitos Contra la Familia y de Violencia Domestica. Segunda Edición. Lima: Jurista Editores, 2011. P. 199.

¹⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal Parte Especial. Volumen I. Cuarta Edición. Lima: GRIJLEY. 2010. P. 431.

familiar, el bien jurídico protegido es la familia, específicamente los deberes de tipo asistencial, prevaleciendo la seguridad de las personas afectadas por el incumplimiento de las obligaciones alimentarias, cuyo normal desarrollo psicofísico es puesto en peligro, por lo que es un delito de omisión y de naturaleza permanente, cuyos efectos duran mientras exista la situación de inasistencia, esto es, mientras el agente no cumple con la obligación alimentaria, el delito subsiste¹⁵”.

B.10) Adicionalmente, cabe señalar que, con la finalidad de conseguir predictibilidad en el escenario nacional respecto a las características del delito permanente, en el acuerdo segundo del tema 2 del Pleno Jurisdiccional Penal Nacional – Ica 1998, se estableció: **“Por unanimidad, declarar que sólo debe estimarse el hecho como un delito permanente si, producida la consumación, ésta se mantiene en el tiempo durante un período cuya duración está puesta bajo la esfera de dominio del agente”**.

En tal sentido, el suscrito considera que el supuesto de hecho del delito de omisión a la asistencia familiar en la modalidad de incumplimiento de obligación alimentaria, se adecúa a la caracterización de los fundamentos contenidos en este voto sobre el carácter permanente del delito de omisión de asistencia familiar; pues, **si bien la consumación del delito se producirá cuando el agente omite el cumplimiento de las pensiones alimenticias, con esta acción –en sentido amplio– se crea un estado antijurídico que se mantiene en el tiempo por la voluntad del agente de incumplir con el pago** de las pensiones alimenticias, y que cesará cuando este cumpla con el pago de las mismas, es decir, en términos del acuerdo previamente citado, se encuentra bajo la esfera de dominio del agente.

¹⁵ Jurisprudencia citada por José Antonio Caro Jhon en: Diccionario de Jurisprudencia Penal. Grijley. Perú, 2007. P. 428.

B.11) Finalmente, ha de tenerse en cuenta que, si bien en el derecho Penal está proscrita la interpretación de la ley penal *“in malam partem”*, sin embargo, en este caso, no estamos ante un problema de interpretación, sino, ante un problema relacionado al principio de legalidad previsto en el artículo 2 inciso 24 parágrafo “d” de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 82 del Código Penal, que además está relacionado al derecho a la vida y a la dignidad de la persona humana y a sus derechos fundamentales que debe tenerse en cuenta para efectos de la tutela judicial efectiva, previstos respectivamente en los artículos 1, 2 y 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado, lo que además se encuentra insoslayablemente unido al principio del interés superior del niño y la necesidad de protección de la familia a que se refiere el artículo 4 de citada Carta Magna.

C) Por tanto, habiendo establecido que el presente delito se trata de un tipo penal de carácter permanente, entonces de acuerdo con el inciso 4 del artículo 82 del Código Penal, el inicio del cómputo del plazo de prescripción se dará a partir del día que cesó la permanencia de ese estado antijurídico ocasionado por la conducta del encausado de incumplir con los pagos alimenticios a favor del agraviado.

No obstante, de los actuados se verifica que el recurrente sigue sin cumplir con el total de esa obligación alimenticia; por lo que, aún no ha cesado la permanencia de ese estado antijurídico y, en consecuencia, no se puede dar inicio al cómputo del plazo de prescripción; lo que significa que aún sigue vigente la acción penal en su contra.

D) En cuanto al otro cuestionamiento referido a la ejecución de la sanción penal impuesta –pretende que se revoque el carácter efectivo de la pena privativa impuesta, por una de carácter suspendida-, en primer lugar se debe precisar que el artículo 57 del Código Penal si bien regula los requisitos para que proceda la suspensión de la ejecución de la pena, esto constituye solo una atribución facultativa del propio juez, esto es, que él determinará, en

función a ciertas razones normativas, fácticas y personales del acusado, si corresponde imponerle una condena condicional o suspendida.

En esa misma línea, la Casación N.º 251-2012/La Libertad determinó que “conforme a lo regulado en los artículos 57 y siguientes del Código Penal, la suspensión de ejecución de la pena es una medida alternativa a la pena privativa de libertad de uso facultativo para el juez, que se caracteriza fundamentalmente por la suspensión de la ejecución de la pena”.

En el presente caso, al encausado le impusieron 1 año de pena privativa de libertad efectiva, y tanto el Juzgado como la Sala Superior han explicado razonable y suficientemente los motivos por las que no estimaron aplicar el artículo 57 del Código Penal. De aquellos fundamentos se destaca la actitud personal y procesal del recurrente en ser renuente a cumplir con su obligación alimentaria a favor de su hija y el hecho de no haber cumplido con el pago íntegro del monto que le requirió el órgano jurisdiccional correspondiente. Por tanto, tampoco tiene asidero este cuestionamiento, debiendo mantenerse el carácter efectivo de aquella sanción.

DECISIÓN

Por lo expuesto, **MI VOTO DISCORDANTE EN PARTE ES PORQUE:**

I. SE DECLARE NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista del doce de noviembre de dos mil dieciocho (fojas 223), emitido por la Sala Superior Especializada Penal Descentralizada y Transitoria del Distrito de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, que confirmó la sentencia de primera instancia en el extremo, que condenó a **Cristian Martín Uzategui Nicolás** por el delito de omisión a la asistencia familiar –en la modalidad de incumplimiento de obligación alimentaria-, en perjuicio de Nicole Valerie Uzategui Caja, a un año de pena privativa de libertad efectiva, que será computada desde su captura.

II. DISPONER se notifique la ejecutoria a las partes apersonadas a esta instancia, se devuelvan los actuados a la Sala Superior de origen y se archive el cuadernillo.

S. S.

GUERRERO LÓPEZ

IGL/awza