

ANALISIS DOGMATICO JURIDICO DEL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

El Perú no tiene su mayor problema, como la visión patrimonialista que lamentablemente rige lo hace ver, en el tema económico; El Estado Peruano enfrenta su mayor reto, en la crisis de valores y de instituciones que hoy padece, sin lugar a dudas, en uno de sus peores momentos.

Tal realidad ha generado, entre otras consecuencias un dramático proceso de pérdida de legitimidad del sistema jurídico; cada día menos personas creen en el Derecho, en el juez, en el fiscal, en el abogado, en el auxiliar de justicia, en la policía, en fin, en los diversos operadores del Derecho.

A la luz de los resultados hasta el momento obtenidos y en los proyectados, se concluye que el esfuerzo por superar la crisis de credibilidad, acometido a nivel de reforma legislativa, implementación de infraestructura (deficiente por cierto) y de cambio de operadores del derecho, no logra el urgente proceso de transformación del sistema judicial (en sentido lato, no sólo Poder Judicial y jueces).

Los acontecimientos que remecan hasta sus últimos cimientos al mundo jurídico nacional, permiten determinar que la causa principal de crisis del sistema, no es sólo de leyes vetustas, de infraestructura insuficiente, u operadores del Derecho inmorales.

El problema principal del sistema jurídico es el de la no aplicación de las instituciones que lo conforman; si el Derecho no cumple el rol que le toca en la sociedad, básicamente se debe, a que no se emplea adecuadamente.

Un ejemplo palpable del problema expuesto, se tiene en el caso del tratamiento procesal del delito de incumplimiento de la obligación alimentaria, en el que salvo contadas excepciones, se observa un deficiente empleo de la dogmática jurídica.

Dicho problema adquiere singular importancia si se considera que la estadística criminal, la figura delictiva comentada, ocupa el primer lugar de realización.

El origen de la dificultad o equivoco que en esta materia se indica, tiene como punto de partida el no ser conciente que el delito de omisión tiene una diversa naturaleza jurídica, que el común y mayoritario delito de comisión; en otras palabras el no recordar que el trabajo procesal tratándose de una figura delictiva de comisión, forzosamente es distinto al desplegado frente a un ilícito penal de omisión.

A partir del movimiento que significó la llamada Escuela Finalista, que lideró brillantemente Hans Welzel, la Teoría del Delito se elaboró teniendo como clara base, cuatro modalidades de acción delictiva; el delito doloso de comisión, el delito doloso de omisión, el delito culposo de comisión y el delito culposo de omisión.

Las cuatro formas de acción punible con sus propias características, que significaron al ser captadas en el tipo penal, que la estructura típica en cada una de ellas, presente notables diferencias; así el tipo penal de un delito de comisión, es diverso al supuesto típico de un delito de omisión.

La correcta determinación del objeto del proceso y del trabajo judicial (qué se debe probar, por ejemplo) depende de observar inicialmente si se tiene como tema procesal a un delito de comisión, omisión, doloso o culposo.

Como toca que se desarrolle en el análisis que se presenta, el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria, me avoco inmediatamente a la acción punible: omisión.

El tipo penal del delito de omisión.

El comentar el tipo penal de omisión lleva previamente a considerar, la importante distinción de delito de omisión propia y delito de omisión impropia (también llamado de comisión por omisión).

Las dos formas de acción punible omisa tiene en el tema de la tipicidad una diferencia fundamental; como comenta el profesor chileno Juan Bustos Ramírez, el delito de omisión propia (o sólo de omisión) se caracteriza por estar expresamente recogido en uno de los tipos penales de la Parte Especial del Código Penal; en cambio el delito de omisión impropia no está descrito expresamente en un tipo penal, sino que se le determina recurriendo, como lo califica el citado profesor de la Universidad Autónoma de Barcelona, aún “recurso interpretativo” que implica trabajar en principio con un tipo penal de acción comisiva, y con la fórmula general de la figura omisiva, en el caso del Código Penal de 1991, contempla en el artículo 13. ¹

Como se ha indicado anteriormente al fijar el tema, la materia de este estudio es el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria (cuyos aspectos generales se comentan), el que por estar expresamente regulado en el artículo 149 del Código Penal vigente, constituye una acción punible de omisión propia, así que me referiré exclusivamente a éste última.

Los elementos específicos o particulares de la omisión propia son:

1.- Situación típica generadora del deber de actuar.

Hans Heinrich Jescheck, el maestro alemán, se refiere a este elemento comentando que la situación típica es aquella circunstancia que permite determinar el deber de actuar que debe observar la persona. ²

¹ Juan Bustos RAMires, Manual de Derecho Penal Parte General, 3eda edición, Página 243, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, España, 1989.e

² Hans Heinrich Jescheck, Tratado de derecho Penal Parte General, Página 848, Tercera Edición, Bosch Casa Editorial, Barcelona, España, 1981._

La situación típica contiene la interrelación socialmente relevante, a partir de la cual se podrá determinar la acción que corresponderá verificar para saber si el comportamiento del proceso encuadra o no en la fórmula típica.

Así por ejemplo, en el caso del tipo penal del artículo 126 del código Penal, la situación típica consistente en el estado de peligro para la vida o la salud, provocado por el agente, permitirá determinar el deber de acto que se buscará fijar como cumplido o incumplido por el sujeto activo.

Como elemento delimitador del comentado, la doctrina elaboró la denominada teoría del riesgo, por el cual la ubicación del deber de acto, debe ser sopesada con el hecho si la exigencia de realización del comportamiento esperado, constituiría o no un riesgo para bienes jurídicos fundamentales del agente, y si este último por su conducción estaba o no obligado a soportarlo.

Si por ejemplo en un siniestro un niño corre en peligro, por estar entre las llamas, el orden jurídico no puede exigir un comportamiento heroico al ciudadano común, cuya omisión queda para el campo moral; en cambio pese al riesgo que implica la acción omitida de salvamento, la misma si puede ser reclamada a un bombero, quien legalmente tiene que soportar el riesgo.

Como comenta el maestro Bustos, presencia de riesgo no tolerable por el sujeto activo, de realizar el comportamiento omitido y esperado, configura un caso de atipicidad; ya que se reitera que sólo la acción comisiva del agente que no implique riesgo para bienes jurídicos fundamentales, o que su condición exija que se soporte el mismo, puede ser esperado y reclamado, consecuentemente, éste es el único idóneo para constituir la acción punible de omisión propia.

2.- No realización de la acción objeto del deber.

Enrique Bacigalupo, destacado profesor argentino, señala que este elemento se ubica a través del cotejo del comportamiento del procesado y el deber de acto generado por la situación de hecho (o típica).³

Este elemento se podría considerar como la omisión propiamente dicha, ya que su materialización supone la no comisión, la inactividad del agente frente al deber de acto que produjo la situación típica.

Se verifica no con una inactividad absoluta, que implica una omisión general o total, sino con la no realización concretamente de la acción esperada.

Así nuevamente en el ejemplo típico del artículo 126 del Código Penal, la situación típica antes descrita, genera el deber del acto consistente en prestar socorro al herido; por lo que la omisión se configura precisamente en la no prestación del socorro.

³ Enrique Bacigalupo, Manual de Derecho Penal Parte General, Página 227, Editorial Temis Ilanud, Bogotá, Colombia, 1984.

Como elemento de singular importancia para merituar la circunstancia típica comentada, debe considerarse el hecho que el agente haya o no puesto su mayor esfuerzo para llevar a cabo la acción omitida.

Si una persona que no anda muy bien, pese a no salvar al ahogado, intentó alcanzarlo hasta cierta distancia que la fuerza de la corriente marítima lo permitía, no incurre en omisión punible.

3.- Capacidad individual de acción.

Solamente puede considerarse como omisión punible, aquella no realización de la conducta esperada, por parte de persona que en el caso concreto se encontró en condiciones de cumplir con el deber de acto.

Johannes Wessels, el profesor alemán de la Universidad de Munster, Vefalia, comentando este elemento sostiene que la omisión punible se verifica “si existe la posibilidad física real de evitar el resultado”.⁴

Agrega el autor alemán que “sólo se exige jurídicamente lo que al destinatario de la norma es posible física y realmente en la situación de peligro. Lo que es objetivamente imposible, no se puede conceptualmente omitir.”⁵

Wessels señala casos de criterio en los que no se da la capacidad física – real de cumplir el deber de acto: incapacidad total (desmayo, estar atado de manos, etc.) el hecho que el lugar donde se desarrolla la situación del peligro no esté cerca de la ubicación del omitente, el que no se den los medios necesarios para cumplir el deber del acto, el hecho que no se tenga el conocimiento necesario para usar los medios de salvamento que se tiene al alcance, el no tener capacidad individual para realizar una acción oportuna dirigida al mantenimiento del bien jurídico.⁶

Este elemento es de vital importancia para la configuración de la omisión punible, desde ya se señala como poco (por no decir no ubicado) buscado al resolver los cuantiosos casos judiciales que presentan; así que como contribución y siguiendo a Jescheck, a continuación se consigna el método adecuado para lograr la verificación del elemento típico comentado.

En primer lugar el omitente debe conocer la situación típica, es decir, el ámbito situacional en que se da el peligro de un bien jurídico y se genera el deber de acto; en segundo lugar deben concurrir los llamados presupuestos externos, proximidad al lugar donde se desarrolla la situación típica, medios de auxilio necesarios; en tercer lugar deben concurrir las fuerzas propias, fuerza física, conocimiento técnicos, facultades intelectuales; y en cuarto lugar, que el omitente se represente mentalmente la acción exigida como meta

⁴ Johannes Wessels, Derecho Penal Parte general, Página 213, Editorial depalma, Buenos Aires, Argentina, 1980.

⁵ Johannes Wessels, Obra citada, Página 213.

⁶ Johannes Wessels, Obra citada, Página 213.

posible de la voluntad, o en todo caso, que esté en condiciones de representársela de tener cuidado.⁷

4.- El dolo de la omisión propia.

Como se sabe el dolo del delito de comisión supone la realización querida del tipo, y por tanto se estructura con dos elementos, el cognoscitivo (conocer la acción típica) y el volitivo (querer la realización de la acción descrita en el tipo penal).

El hecho que en la acción omisiva la situación típica que crea el peligro para un bien jurídico, sea independiente al agente, lleva a que en el dolo de la omisión no haya elemento volitivo, ya que no hay comportamiento querido de realizar, la voluntad de omitir es indiferente para la tipificación del comportamiento del omitente.

Por ejemplo en el caso del delito de indolencia culpable, previsto en el artículo 127 del Código Penal, el determinar si el agente tuvo o no la voluntad de abonar o no prestar ayuda al herido, no tiene relevancia para la configuración del dolo.

En la acción omisiva el dolo está compuesto por el elemento cognoscitivo, específicamente, que el sujeto tenga conciencia de la situación típica, del deber de acción, y de la posibilidad física real de observar el comportamiento exigido.

Regresando al ejemplo tomado, el dolo de la omisión se verifica con el conocimiento del omitente, de la situación de peligro grave e inminente para la vida o la salud, el deber de prestar auxilio inmediato o dar aviso oportuno a la autoridad, y la capacidad física real de acción.

La razón de la construcción del dolo de la omisión, que ha llevado a que también se le llame cuasi dolo, la ubica Bustos en una cuestión de política criminal, dirigida a facilitar la probanza de esta modalidad de acción delictiva, evitando la búsqueda de un proceso interno del agente, que no cuenta con una manifestación de voluntad exteriorizada, que sirva como objeto de prueba.⁸

El tipo penal del delito de incumplimiento de la obligación alimentaria.

⁷ Hans Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Página 851, Tomo II, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, España, 1981.

⁸ Juan Bustos Ramirez, Manual de Derecho Penal, Parte General, Tercera Edición, Página 245, Editorial Ariel derecho, Barcelona, España, 1989.

El artículo 149 del Código Penal vigente contempla el supuesto típico de incumplimiento de la obligación alimentaria, por lo que el comentario tendrá como base esta disposición.

A) El bien jurídico tutelado.

El punto de partida del análisis típico radica en ubicar el objeto de tutela penal, a efecto de observar el principio de lesividad o de protección de bienes jurídicos, que contempla la Norma IV del Título Preliminar Principios Generales del Código Penal.

Conforme al sistema legislativo empleando en la elaboración del Código Penal, en el libro Segundo contiene la Parte Especial, los títulos son los que nominan (ya no definen) el bien jurídico protegido por el universo típico que forman los capítulos.

El Título III del Libro Segundo del Código Penal determinado a la Familia como el bien jurídico tutelado por las figuras típicas que forman el Capítulo IV, y concretamente por el supuesto típico de incumplimiento de la obligación alimentaria (art. 149).

La definición del objeto jurídico familia demuestra la necesidad de recurrir a otras ramas extrapenales (Constitución del Estado y Código Civil), así como extrajurídicas (religión, sociología, etc.) para entender el significado de este bien jurídico complejo que es la familia.

B) La norma jurídica subyacente.

Desde la época de Binding se entendió que el tipo penal, en ese entonces ley penal de forma genérica, diferente de la norma jurídica, tiene a esta última como soporte o fundamento.

La norma jurídica en sus dos perspectivas, de dispositivos legales y pauta de conducta, en el caso de la familia se ubica: en la primera perspectiva, en la Constitución y en el Código Civil, y en la segunda, tratándose de una norma preceptiva, el comportamiento general esperado, será el de cumplimiento de los deberes que fluyen del ámbito natural, social, jurídico, que es la familia.

C) El sujeto activo.

El agente del delito es el sujeto de la obligación prestar alimentos.

Consecuentemente la fijación del sujeto activo lleva a remitirse al artículo 474 del Código Civil, que indica quiénes son los sujetos de la obligación alimentaria.

El caso del artículo 326 del Código Civil presenta un singular problema, al tener que determinar si el incumplimiento del pago de la cuota de alimentos que toca a la concubina, está o no dentro del ámbito típico del artículo 149 del Código Penal.

Una interpretación teleológica destinada a ubicar la ratio legis de la situación jurídica del concubinato a partir de la Constitución de 1980, de su ubicación como objeto pasivo del delito de parricidio (el artículo 107 del Código Penal contempla la figura del concubicidio) y de la criminalización del incumplimiento de la obligación alimentaria; permite concluir que la omisión de pago de la cuota de alimentos que prevee el citado artículo 326, si constituye el delito comentado, y por ende el concubino puede ser activo del mismo.

D) El sujeto pasivo.

Recurriendo al mismo método que para la fijación del sujeto activo, el paciente del delito tiene que ser encontrado también, en el artículo 474 del Código Civil.

Igualmente los criterios expuestos en el punto anterior, permiten incorporar al concubino (o concubina según el caso), como víctima del delito de omisión a la asistencia familiar.

E) La situación típica.

El ámbito situacional de esta figura delictiva, se da cuando se verifica la interrelación de conflicto entre dos personas (en principio), vinculadas legalmente con la obligación de asistencia familiar, de las cuales aún no está en condiciones de satisfacer sus necesidades vitales, y la otra se encuentra en la posibilidad de asumir la manutención de ésta.

F) No realización de la acción objeto del deber.

Se verifica con la no prestación de alimentos en la forma, cantidad y oportunas fijadas en la sentencia emanada del proceso civil de alimentos.

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.

La omisión punible consisten en el incumplimiento de la obligación de prestar alimentos, pese al requerimiento judicial hecho por el juez civil, bajo apercibimiento de expedirse copias para ser remitidas al Ministerio Público, para el ejercicio de la acción penal por delito de incumplimiento de la obligación alimentaria.

G) Capacidad individual de acción.

El elemento típico se da cuando se determina que el omitente no cumplió con el deber de prestar alimentos, estando en capacidad física real de hacerlo.

H) Medios.

La fórmula típica del artículo 149, contempla la figura básica del ilícito comentado, en el primer párrafo, pero en el segundo describe una modalidad calificada agravada del incumplimiento de la obligación alimentaria, que se caracteriza por los medios empleados para no prestación de alimentos: - la simulación de otra obligación alimentaria en concierto con otra persona; - la renuncia al trabajo -; - el abandono malicioso de la actividad laboral.

I) Resultado típico.

El tipo básico de la omisión de asistencia familiar no se señala resultado típico, de allí que se consuma el delito con la no prestación de alimentos.

El tercer párrafo del artículo 149 considera una modalidad calificada agravada del incumplimiento de la obligación alimentaria, que se caracteriza por el resultado producido; ya que a la omisión de la prestación de alimentos, se agrega como efecto delictivo, o lesión grave, o muerte del sujeto pasivo.

J) Dolo.

Conforme a lo expuesto en este punto el dolo de la omisión alimentaria, abarca el conocimiento de la n de una persona que no tiene la posibilidad de auto mantenerse, el conocimiento del deber que se tiene de asistencia respecto del indigente, y el conocimiento de la capacidad del agente para cumplir con su deber de manutención.

Aspectos procesales del delito de incumplimiento de la obligación alimentaria.

Dada la poca amplitud del trabajo, se limitará el desarrollo a cuatro aspectos procesales:

I.- Agotamiento del requisito de procedibilidad.

La también llamada condición objetiva de punibilidad del previo requerimiento del cumplimiento de la obligación alimentaria, supone que la pretensión punitiva esté escoltada por copias de los actuados judiciales del proceso civil por alimentos.

En la practica se observa que dichos actuados no reflejan la realidad del proceso civil, ya que las copias que se presentan son las que fija exclusivamente, el actor, que obviamente (salvo marcadas excepciones) tiene un propósito específico en la causa, que lo lleva a no tener la vocación de presentar al fiscal penal y por ende al juez, lo que acontece en el proceso.

Mas allá de señalar que el comportamiento del actor supone una violación del deber de veracidad, que rige la conducta procesal de las partes; lo grave es que el juez civil, mayoritariamente, piense que tal práctica es correcta, y que está limitado por la petición del demandante, en cuanto a las copias a expeditar y el aspecto del proceso de alimentos que reflejarán.

Quien provoca la intervención del fiscal, es el juez civil, el mismo que tiene el evidente deber de permitir conocer al primero, los elementos de juicio que establezcan o no la necesidad de ejercitar la pretensión punitiva del Estado.

II.- La no procedencia del mandato de detención.

Es innegable la necesidad de brindar la máxima protección a los alimentos, creando los mecanismos que disuadan a los obligados a su cabal cumplimiento.

Igualmente es forzoso reconocer que la detención de los procesados por el delito comentado, en la realidad es el único medio eficaz para alcanzar el propósito antes señalado.

Sin embargo el respeto por el Derecho y la convicción que la solución de los problemas sociales, no está en violarlo, si no en aplicarlo, o en todo caso modificarlo; obligan a examinar la validez de su medida.

Dos principios gobiernan el proceso penal, el de libertad y el de seguridad, siendo ambos indispensables, se trató de buscar un punto de equilibrio, que consiste en determinar en qué instituciones procesales prima el principio de libertad y en cuáles el principio de seguridad.

La solución se ubicó en el principio de legalidad, pues sólo la ley fija la preponderancia comentada.

Tratándose de la institución procesal de la detención, el principio de legalidad que está consagrado en el artículo 2, inciso 20, párrafo b de la Constitución del Estado, y en el artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991, determina los casos de procedencia de privación de la libertad, antes de la pena, fijando los requisitos de procedibilidad, necesariamente concurrentes.

Sometido el caso del delito de incumplimiento de la obligación alimentaria, a los requisitos de procedibilidad de la detención, de forma inmediata se advierte la no procedencia de la detención, al faltar el requisito de la cantidad de pena.

Lo sostenido no es enervado por lo dispuesto en el artículo 2, inciso 20, párrafo c de la Carta Política, pues la norma constitucional es una disposición marco, cuyo propósito es crear las condiciones legales, para que de implementarse a través de ley procesal penal, el ilícito comentado conlleve la detención del encausado.

III.- El Tema Probatorio.

En la mayoría de casos, se observa un diminuto trabajo probatorio, tratándose del delito comentado, ya que erróneamente se conceptúa que el hecho que sea una sentencia la que determine la obligación de alimentos, las necesidades del alimentista, la capacidad del alimentante y la cuota de alimentos, configura una licencia para ya no seguir desplegando actividad probatoria.

La respuesta está en el artículo 481 del Código Civil que se convierte en una excepción a la regla de la certeza que rige en la teoría de la prueba; la norma legal citada, expresamente declara que basta la probabilidad para fijar la capacidad económica del alimentante.

Tal excepción, explicable en el derecho civil por la función tuitiva de la figura de los alimentos, no tiene cabida en el campo penal, donde la certeza es el grado de conocimiento indispensable para fijar un hecho como relevante, al emitir sentencia condenatoria; máxime si se tiene en cuenta que la capacidad económica del alimentante es un elemento del tipo penal de incumplimiento de la obligación alimentaria; capacidad individual de acción.

El tema de la prueba son todos los elementos del tipo penal del artículo 149 del Código Penal, correspondiendo al juez penal un deber de indagación más profundo que el que tocó al juez civil.

IV.- Denominación de la figura jurídica que se da, cuando se termina un proceso penal, por el pago de la cuota de alimentos del procesado.

Se sostuvo que se trataba de una libertad incondicional, lo cual resultó errado, pues si se aprecia el artículo 201 del Código de 1940, se verá que ésta procedía frente a la evidencia de inocencia del inculpado, lograda a nivel de instrucción; lo cual no acontece en el caso comentado, ya que la no prestación de alimentos, queda demostrada con el posterior pago de las cuotas devengadas.

Habiéndose acreditado la omisión del deber de acto y la vulneración del bien jurídico, mal se puede invocar un mecanismo que tiene como presupuesto la inocencia demostrada.

Se habló alternativamente de un auto de sobreseimiento, con lo cual no se solucionó el problema, ya que de lo que se trata no es de saber que clase de resolución judicial contiene la decisión de terminar la causa, sino qué figura jurídica permite hacer cesar el ejercicio de la función punitiva.

Examinado el punto a la luz de la doctrina, de lo que se trata es de una excusa absolutoria suprallegal, o de un caso de exclusión de la punibilidad.

Existen ciertas situaciones en las que si bien el hecho es delito y en principio hace merecedor de pena a su hechor, por razones de política criminal, el Estado renuncia al ejercicio del ius puniendi o función punitiva, ya que no le resulta útil la imposición de la acción.

La regulación de la familia, en el ámbito jurídico, se rige por el principio de subsidiariedad, por el que en un primer momento la solución de los conflictos familiares se deja a su autorregulación, respetando su ámbito natural; sólo en casos específicos interviene el derecho, y excepcionales, el derecho Penal.

Así por ejemplo, la excusa absoluta legal del artículo 208 del Código Penal; aquí el Estado renuncia a la función punitiva, pese a la vulneración del bien jurídico patrimonio, a fin de salvaguardar uno de mayor jerarquía, la familia.

Lo mismo acontece en el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria, pues si el estado decidió recurrir a intervenir excepcionalmente, a efecto de asegurar el pago de la cuota de alimentos, cumplida ésta, carece de propósito aplicar la reacción penal a una familia, ya deteriorada; máxime si la prolongación o duración de las relaciones familiares reclama un esfuerzo máximo de preservación.

La excusa absoluta suprallegal se ubica trabajando con el artículo 208 del Código Penal y con su norma III del Título Preliminar Principios generales, vía la analogía in bonam partem, permitida en el ámbito penal.

Conclusión

Si el trabajo ha permitido alcanzar una idea general de lo que se debe tratar, al enfrentar un caso judicial del delito de omisión familiar, y si ha provocado una reflexión en el operador del Derecho, sobre cómo viene aplicando el Derecho para la solución del conflicto penal de los alimentos, el esfuerzo ha sido totalmente retribuido.