



Artículo original

Consideraciones legales del incumplimiento de la asistencia alimentaria en el derecho paraguayo **Legal considerations on the failure to provide children support and maintenance in Paraguayan Law** **Leikuéra oñe'ëva tapicha ombohása'ÿva tembi'u ñemoñarépe rehegua, oïva tetäygua deréchope**

***Giovanni Michele Grisetti Valiente**
<https://orcid.org/0000-0002-6386-9454>
Ministerio Público, Asunción, Paraguay

Resumen

Ésta investigación tiene como objetivo abordar la asistencia alimenticia en el derecho paraguayo en relación a los hijos menores de edad y los mecanismos legales que implican su incumplimiento. En tal sentido, la familia tiene la responsabilidad de asistir, proteger y sostener a sus miembros, además de los otros roles atribuidos que deben ser permanentes para evitar la transgresión de derechos constitucionales. Este estudio se configura dentro del núcleo familiar que se da especialmente en las relaciones informales, casuales o en una formal a partir de la separación que hacen surgir variantes como la asistencia alimentaria. Lo significativo de las regulaciones jurídicas es hacer posible el cumplimiento de esta obligación moral y legal del padre y la madre, encargados de la guarda, tutor o representante legal y otros, según el orden de prelación establecido

Recibido: 18.05.2022 Aprobado: 17.06.2022

*Agente Fiscal en el área penal, Asunción, Paraguay. Email: giogrisetti@gmail.com.

Egresado de la Universidad Nacional de Asunción, año 2009. Magister en Ciencias Penales de la Universidad Nacional de Asunción (2021). Notario y Escribano Público, egresado de la Universidad Privada del Este.

Diplomado en Dogmática Penal en el Centro de Ciencias Penales y Política Criminal. Diplomado en Derecho Penal Económico. Diplomado en Derecho Constitucional de la Universidad di Bologna (Italia). Especialista en Ciencias Penales por el Centro de Ciencias Penales y Política Criminal. Docente del Posgrado de la Maestría en ciencias penales de la Facultad de Derecho de la UNA. Docente e Investigador del Centro de Entrenamiento, funcionario de carrera fiscal desde el año 2003, notificador fiscal, secretario fiscal, asistente fiscal, relator fiscal, director y actualmente agente fiscal penal.

ISSN 2415-5063 Versión impresa
<https://ojs.ministeriopublico.gov.py>

ISSN 2415-5071 Versión en línea
Contacto: dip.informaciones@ministeriopublico.gov.py



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0



en el Código Civil Paraguayo y Código de la Niñez y la Adolescencia a fin de, asegurar las condiciones de vida adecuadas para su desarrollo integral. En esa línea, se utilizó un método con enfoque cualitativo de tipo descriptivo, de diseño no experimental. Para la recolección de datos se aplicó el análisis documental. Como resultado de la investigación, se resalta la importancia del uso de mecanismos que optimicen la investigación fiscal y en su caso, la coordinación con otras instituciones partes a los efectos de que, el Estado garantice el bienestar e interés superior del menor y la última alternativa sea la aplicación de una sanción penal o salidas alternativas, según cada caso.

Palabras claves: omisión, deber legal alimentario, desarrollo integral, niño y adolescente, núcleo familiar.

Abstract

This investigation intends to approach the duty to support children and adolescents in Paraguayan Law and the legal consequences of breaching this obligation. In this sense, the family has the obligation to assist, protect and support its members, in addition to the other permanent roles, to avoid the violation of constitutional rights. The center of this study is the informal relations within the family, either formal or coincidental, from the moment of the parental separation, when the provision of support and maintenance becomes an issue. The significant of the legal regulations is to make possible the compliance of this moral and legal obligation of the parents, legal guardians, tutor, legal representative and others, according to the order of precedence established in Paraguayan Civil Code and Childhood and Adolescent Code, in order to ensure the living conditions for children's full development. Accordingly, the approach of this study is qualitative of descriptive type, and non-experimental design. The data collection technique was the documentary analysis. One of the findings of this investigation is the importance of the use of mechanisms that optimize the legal investigation and, given the case, the coordination with other institutions, so that the State guarantees the well being and the best interest of the child. This study also considers the application of sanctions or agreements as a last resort.

Key words: failure, obligation to support children, full development, children and adolescents, nuclear family.

Ñemombyky

Ko investigación oheka ohesa'ỹijo haguã tembi'u ñeme'ẽ ñemoñare imitãvape rehegua, oĩhácha tetaỹgua deréchope ha mba'éichapa oñembohapéta léipe he'iháicha kóva ndojepaíirõ. Upévare, ogaygua ári opyta mitã ñemongaru, ñeñangareko ha ñemongakuaa, ha hetave mba'e hembiaporã tekotevêva ojapo ani haguã ombyai umi derécho oĩva ñande leiguasúpe. Ko estudio ojepapo ogapy michĩpe, oñemotenonde umi ogaygua ojoaju vaivaíva, ojoaju sapy'apy'áva térã umi omendáva voi. péicha ku ojopoi rire oikosemi apañuái ñemoña rehe, noñembohasaséi tembi'u ñemoñarépe. Upe tuicha mba'evéva ko'ã leikuéra he'ívape ningo ojopývoi pe tapichápe hekoporã haguã ỹro léi rupive ojepoyta ru ha sýpe, upéicha avei umi mitã ñangarekohára, itutor



ha tuvangápe ha ambuevépe. Kóicha oñemohenda Código Civil Paraguayo y Código de la Niñez y la Adolescencia ikatu haguãicha añetehaitépe oñeñangareko hekoitépe mitãnguéra okakuaa aja. Upeicha rupi, oiporu peteĩ método hérava enfoque cualitativo de tipo descriptivo, oiporu diseño no experimental. Ombyatypa haguã umi dato oikotevêva katu ohesa'ýijo heta aranduka. Ko investigacion-pe ojejuhu tuicha mba'eha ojeporu hape teérupi opa mba'e osẽ porã haguã upe investigación fiscal, ambue institución mitã ñangarekohárava avei, ikatu haguãicha Estado oñeñanduka oñeñangareko va'erãha hekoitépe mitãnguéra rehe, ha ndaikatúí etéramo tojehupi léi ipohýva hi'ári, térã tojheka toñesẽ porã pe apañuáigui, upevarã ojehechava'erã umi káso.

Ñe'ẽ tee: jejapo'ý, tembi'u ñeme'ẽ léipegua, ñemongakuaa hekoitépe, mitã, mitãrusu, ogapy michíva.

Introducción

El derecho a los alimentos es un derecho humano fundamental que tiene toda persona, garantizado en la Constitución Nacional, la ley civil, y de la niñez y adolescencia; y ese bien jurídico a que su vez está protegido por la ley penal tipificado como delito en el art. 225 del Código Penal, en adelante C. P. incumplimiento del deber legal alimentario. Por esta razón la obligación de asistir con la debida alimentación a los hijos menores de edad en determinados casos resulta dificultoso según la franja social afectada; con mayor frecuencia en los estatus socio económico menos favorecidos.

El presente trabajo se basó en estudios y contribuciones previas de otros autores, realizados en el contexto internacional y nacional sobre el punto señalado más arriba. Para ese fin, tiene el propósito de analizar lo descripto en el inc. 2° del el mencionado artículo con un enfoque teórico y jurídico, además de breves comentarios que harán sentar el origen de la situación típica, ya que este delito se origina por la omisión de cumplir lo resuelto en autos de los juicios de la niñez y adolescencia. En tal sentido, conviene resaltar, que más del 50% de las demandas en casos de niñez y adolescencia registrados en los juzgados del país, son referentes a prestación alimentaria (Giménez de Allen, 2006).

Así mismo, se determinará la construcción y los lineamientos que se establecen como elementos de tipo penal, partiendo del análisis para la subsunción del delito omisivo.

Este delito –como ya se indicó– está contenido en el art. 225 del C.P. en el inc.º 2, se establece la conducta mandada, originada de una fuente de la obligación, a partir del Código de la Niñez y de la Adolescencia, en adelante CNyA, señala para aquel que determinadas personas tendrán ciertos deberes de hacer o de dar, así como también señala a su beneficiario, por un monto y tiempo determinado, al considerar este mandato un requisito base si se busca una eventual sanción penal.

La Corte Suprema de Justicia a través de su Sala Penal identificó como una problemática, la existencia de falencias considerables en la atención y la exigibilidad del derecho de asistencia alimenticia –especialmente cuando los beneficiarios son niñas, niños y adolescentes–, pues, generan dificultades en el acceso a la justicia. Eso se da al obviar el cumplimiento de los requisitos de una sentencia penal condenatoria que se da por el desacato a la resolución del fuero de la niñez relativo a la asistencia alimentaria.



Por este motivo el objetivo de esta investigación es analizar el procedimiento judicial con relación al incumplimiento del deber legal alimentario para asegurar una sanción a los infractores, teniendo en cuenta, las posturas de la Corte Suprema de Justicia que de manera firme y uniforme lo vienen realizando en sus últimos fallos.

Su importancia radica en que el derecho a la asistencia alimenticia abarca no solamente la alimentación propiamente dicha, sino la cobertura de todas las necesidades: Salud, educación, protección, recreación, entre otras y de todo lo que las niñas, niños y adolescentes necesitan para su mejor desarrollo. La ley dispone que el juez pueda dictar una resolución con la fijación provisoria de alimentos desde el inicio de la demanda. Una vez dictada, su cumplimiento es de inmediato, y en caso de incumplimiento trae aparejada consecuencia patrimonial y subsidiariamente penal.

Esta investigación se justifica por el bien jurídico protegido el desarrollo integral del niño— cuya inasistencia puede tener repercusión durante toda su la vida del titular, por tanto, se debe garantizar el cumplimiento. En ese orden de ideas fortalecer la respuesta de los operadores de justicia frente a la vulneración de este derecho es una de las articulaciones necesarias.

Las personas obligadas que incumplan la obligación alimentaria sin una causa justificada deben ser penalizadas, porque se produce un hecho de connotación social grave para con los integrantes vulnerables del núcleo familiar.

En suma, se aborda el incumplimiento del deber legal alimentario partiendo de la base constitucional y legal que dispone el deber de asistencia alimenticia con los hijos. Por otro lado, y lo que representa la sentencia firme recaída en un juicio de la niñez y la adolescencia; para luego determinar su relevancia y funcionalidad en el código penal, determinando la construcción típica de la conducta; diseñando lineamientos específicos que hacen a los elementos del tipo objetivo y explicando las implicancias y el alcance de los datos en la vida de las personas, especialmente de los menores.

Marco Teórico

El Estado dispone ciertas normativas de comportamiento social adecuadas al disponer que los niños tengan o se les facilite una vida con desarrollo armónico integral, y en caso de existir una conducta contraria a la norma, se activará el *ius puniendi*, que constituye la máxima muestra del poder del Estado. El Derecho penal prescribe y proscribte normas de conductas que no deben ser violadas y en su caso, amenaza con sancionar con pena privativa de libertad o multa.

En este contexto, asistir a los hijos menores de edad en su etapa de desarrollo, constituye una norma de carácter obligatoria, que en caso de incumplirse traería aparejada la apertura de una investigación en el ámbito penal, para acreditar los presupuestos dispuestos en el art. 225 del C.P.: «Empeorar las condiciones básicas de vida del titular del bien o que existiera un convenio aprobado o una resolución judicial que imponga la obligación de asistir a una persona».

La motivación principal de cada progenitor es la necesidad económica de asistir a sus hijas e hijos menores y mayores en el caso de contar con discapacidades. Esta asistencia comprende no solamente lo necesario para los alimentos, sino que incluye lo necesario para el sustento, habitación, vestimenta, educación, salud y recreación, de acuerdo a lo que expresamente establece el art. 97 del C.NyA.



Así también, el citado artículo indica quienes tienen el compromiso subsidiario de proveer los alimentos. Al respecto, señala que son los padres biológicos y adoptivos, o los que tengan niños y adolescentes bajo su tutela, guarda o custodia, además; de todas las personas mencionadas en el art. 258 del Código Civil, los que tienen la obligación de garantizar al niño o adolescente su desarrollo armónico e integral, protegerlo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso y la explotación.

Por todo ello, resulta indispensable que en última instancia los órganos jurisdiccionales y el órgano judicial requirente aseguren el cumplimiento para el correcto tratamiento de las normas la prevención general, puesto que, la diligencia debida aportará los elementos necesarios razonables para establecer en una causa penal las exigencias requeridas para dictar justicia.

Generalidades de la asistencia alimentaria

La figura jurídica de los alimentos se regula en el Código Civil vigente, en el Capítulo XII refiere a: «Del parentesco y de la obligación de prestar alimentos». Se puede observar que el CNyA en el Capítulo IV establece la asistencia alimentaria. Esta ley es más nueva, por lo tanto, ha sustituido la palabra prestación por la de asistencia.

Al referir a la prestación alimentaria, según el diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio (2004), determina lo siguiente: «equivale a dar, hacer o no hacer, también dice que es la cosa o servicio exigido por una autoridad, o convenio en un pacto» (p. 764).

En ese orden de ideas, se deduce que el incumplimiento del deber legal alimentario tiene sus raíces en el parentesco, por ello J. Borda (1959) señala que: «el parentesco es el vínculo jurídico que nace de lazos de sangre, del matrimonio o por adopción» (p.15).

En esa línea, Giménez Allen (2006), refiere en cuanto al delito del incumplimiento del deber legal alimentario:

...considero que es una fuerte presión para que las personas obligadas no incurran en incumplimientos dolosos y en la práctica creo que es una medida muy disuasiva que significó un avance en nuestra legislación. La sanción penal en estos casos debe servir como medida ejemplificadora e instrumento idóneo para modificar la conducta omisiva (p.392).

En esa línea, a fin de diversificar pareceres se hace mención a otro autor, Belluscio (1993) quién refiere la asistencia alimenticia es:

... la obligación alimenticia es una verdadera relación que se establece recíprocamente entre parientes a favor del necesitado. Es una relación de naturaleza asistencial sobre principios de solidaridad, frente a las contingencias o necesidades que pueden padecer algunos de los miembros de la familia (p. 468).

En esa tesitura, Muñoz Conde (2006) señala que:

...el delito de omisión a la asistencia familiar se construye como una norma penal en blanco, cuyo supuesto de hecho debe buscarse en los preceptos civiles reguladores de estos deberes. De este modo la indeterminación de algunos de estos deberes mencionados o su excesiva amplitud; plantea algunos problemas de importancia práctica a la hora de delimitar la materia de prohibición penal (p. 526).



De todo lo antes dicho se desprende que, para la mayoría de los autores la defensa de la familia y sus relaciones, son consideradas como pilar de la estructura social; por ello, es importante mencionar que representan uno de los bienes jurídicos que el derecho debe tutelar normativamente. De ahí que las relaciones de familia se encuentren protegidas desde el ámbito del derecho civil, niñez y de la adolescencia, administrativo y penal. Es por ello, que el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la patria potestad y del matrimonio puede dar lugar a sanciones de orden civil y penal (Rodríguez, 2015).

El deber alimentario

Es aquella según la cual ciertas personas tienen el deber de compensar las necesidades de otras, que se encuentran en imposibilidad de satisfacerlas por sí mismas. En consecuencia, el objeto de la obligación alimenticia es la prestación de todo aquello que es necesario para satisfacer las exigencias de vida, y su extensión está determinada por las condiciones a que está subordinado su ejercicio. Esta obligación se satisface mediante el pago de pensiones, prestaciones en dinero o en raras ocasiones, en especies, que debe cumplirse en forma periódica, porque no es posible que una persona se mantenga con efecto retroactivo.

El incumplimiento del deber alimentario dispuesto en el inc. 2 del art. 225 del C.P. se configura cuando el demandado está dentro de un proceso civil que no cumple con el mandato judicial derivado de un planteamiento de medida cautelar al iniciarse el juicio por alimentos, ya sea por sentencia firme y ejecutoriada de parte del juez civil, el mismo constituye un problema de graves consecuencias tanto para aquel que incumple para con el beneficiario.

Usualmente, los padres cumplen con sus deberes asistenciales de la familia, mientras conviven, pero al producirse una ruptura en la convivencia, el deber comienza a resquebrajarse. Es allí donde aparece la contracultura del incumplimiento del deber legal alimentario, el cual es un modelo sistemático y habitual en el comportamiento ocurrido mayormente por parte del padre alimentante, que ya adquiere una connotación social.

Sujetos obligados

El derecho alimentario del hijo menor deriva de los deberes legales que se impone a los progenitores por la patria potestad, los cuales son analizados conforme a su condición económica. Los sujetos obligados a prestar alimentos en el caso de los hijos menores de edad son los padres, los guardadores, los tutores, los obligados subsidiariamente por imperio del art. 256 del código civil, el Estado:

La obligación de prestar alimentos que nace del parentesco comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestido, así como lo indispensable para la asistencia en las enfermedades. Tratándose de personas en edad de recibir educación, incluirá lo necesario para estos gastos.

El vínculo jurídico establecido por el parentesco crea una verdadera relación alimentaria, que se traduce en un lazo imperativo de origen legal. En la legislación paraguaya son los padres quienes ejercen la patria potestad en forma compartida, ambos tienen la obligación legal de contribuir en todas las necesidades de sus hijos menores, de allí la figura de que son los obligados principales.



Al incumplir con el acreedor alimentario, se ve inmerso en un proceso civil y penal, puesto que, este órgano es el encargado de emitir una resolución judicial que obliga a cumplir con esta responsabilidad bajo apercibimiento en la vía penal, que puede prolongar su cumplimiento de manera necesaria.

Para estimar la contribución se debe contemplar el aporte en especie y la posibilidad económica, así como la inversión de tiempo que también es atribuible en valor económico. De allí que el juez es quien valora la proporción del aporte de cada progenitor, siempre atendiendo a los principios de equidad y responsabilidad compartida, tal es así que cuando la madre ejerce la convivencia con un hijo pequeño, no puede salir a trabajar porque debe cuidarle personalmente, esa situación se valora como su aporte a la asistencia, y tiene un valor económico, además de importante.

En cuanto a los guardadores, se asevera que ellos también están obligados a prestar alimentos al menor que se encuentren bajo su guarda, ya que es una medida de protección de naturaleza provisoria.

Por su parte, los tutores también tienen obligación alimentaria respecto al menor a su cargo y responsabilidad. Normalmente es una institución de protección en los casos en que estos no se encuentren bajo la patria potestad de sus progenitores.

Obligados subsidiarios

Es importante señalar que existen casos en que también son obligados subsidiarios los parientes en forma taxativa por el art. 258 del código civil, el cual dispone:

Están obligados recíprocamente a la prestación de alimentos en el orden que sigue: los cónyuges; los padres y los hijos; los hermanos; los abuelos y en su defecto los ascendientes más próximos y los suegros, el yerno y la nuera...

Es imprescindible tener en cuenta que los obligados subsidiarios son personas que solo deben responder en los casos previstos en la ley y ante la incapacidad económica de los progenitores, y es allí donde sustituye a los obligados principales que normalmente son los padres.

Requisitos de la obligación alimentaria

La obligación alimentaria se actualiza sobre la base de la necesidad del pariente que solicita los alimentos y también en función de las posibilidades económicas por parte del otro que debe ser satisfecho, ya que los alimentos no podrían exigirse en desmedro de las propias necesidades del demandado.

En cuanto al procedimiento establecido en el CNyA, se menciona que el art. 186 de esta normativa refiere:

En el juicio de alimentos, el trámite se regirá por el procedimiento especial establecido en este Código, con las excepciones establecidas en este capítulo. Durante cualquier etapa del procedimiento, el juez podrá dictar la fijación provisoria de alimentos, para lo cual deberá oír al demandado de conformidad a lo dispuesto en el art. 188 de este código.



El delito de omisión. Generalidades

Consiste en la inobservancia de un mandato de actuar, por eso, desde un principio solo puede ser cometido por una persona obligada a llevar a cabo la acción.

De esta manera obtiene significación decisiva la cuestión de a quién le cabe el deber de actuar es decir, quien puede ser autor de un delito de omisión, cuando hay una acción que le obligue al omitente a realizar la acción determinada, siempre que esté en condiciones de cumplir dicha acción ausente.

Es importante resaltar que, normalmente los delitos omisivos son de bajas penas por el bajo grado de reproche que resulta al diferenciarlas en atención a que, en principio no es igual el reproche por violar la norma de prohibición de un –debes no hacer– al de la norma de mandato de un –debes hacer–.

Fundamentos

Así como se dan las conductas de acción, también surgen conductas de omisión, descrito en el CPen su art. 14, Definiciones. inc. 1º que refiere: «A los efectos de esta ley se entenderán como: núm. 1) Conducta: Acciones y omisiones».

Sobre este punto, Udo Ebert, señala de manera puntal (2005):

Además del hacer activo (positivo), la omisión es la otra forma básica de la conducta. Desde luego se discute si en realidad hay que considerar a la omisión como conducta, o no, precisamente como su contracara. Sin embargo, al fin y al cabo, esta cuestión puede adolecer de importancia práctica, pues indiscutiblemente la omisión, como el hacer, es en todo caso apropiada como punto de partida para una valoración jurídico-penal (p.211).

Continúa refiriendo el mencionado autor: «Al contrario del hacer, con el cual el autor interviene en el mundo externo, la omisión se distingue como forma de conducta debido a que el autor, aun cuando podría, no interviene en el desarrollo de un suceso existente» (p.211).

Esta disquisición entre acción u omisión se hace visible cuando la descripción de la conducta típica emana una norma de prohibición de una determinada acción como es el art. 105 CP –no debes matar en cambio el tipo penal dispuesto en el art. 117 CP la norma refiere un mandato de obligación –debes salvar a otro de la muerte–.

De allí se expone un poco acerca de las consecuencias sancionatorias diferentes cuando se trata de un mandato de obligación de hacer, se verifica que la pena privativa de libertad prevista por violar la norma de no matar sería de hasta 20 años y, en cambio, por violar la obligación de salvar a alguien de la muerte la pena prevista es de hasta 1 año o multa, no obstante, en ambos casos hubo un menoscabo del bien jurídico del mismo valor, la vida del ser humano.

Igualmente, no solo en el reproche surgen diferencias en su tratamiento, sino también en los presupuestos requeridos para subsumir legalmente una conducta activa u omisiva.

Al respecto, Udo Ebert (2005) sostiene:

Sin embargo, con base en la forma de aparición externa regularmente hay que distinguir inequívocamente entre hacer y omitir, entre delito de acción y delito de omisión. Hace algo quien mediante el empleo de energía corporal interviene con efecto modificante en



el curso de las cosas; omite algo quien deja las cosas en su curso, aun cuando tuviese la posibilidad de una intervención con efecto modificante. Ejemplo: la madre estrangula al recién nacido (hacer). No da alimento al recién nacido de modo que éste muere (omisión) (p.212).

Delitos de omisión propia

Los delitos de omisión propia se consuman cuando se viola la norma de mandato, es decir, con la no realización de una obligación legal. Por lo tanto, los delitos de omisión propia se caracterizan por hallarse ya formulado/a y tipificado/a la conducta mandada en la parte especial, entre otros delitos, la descripta en el art. 225 CP, para su correcta subsunción requiere la situación típica, la falta de una acción y la capacidad, elementos indispensables: Exclusivo y excluyente para cumplir el modelo de conducta requerido por la *legge penae*.

Situación típica

En este contexto, antes de iniciar el análisis de subsunción, conviene destacar el primer elemento objetivo al cual Hans Welzel (1969) lo denominó en principio como la «situación fundamentadora del deber» (p.328), para luego pasar a denominarse como la «situación típica» (p.204,211).

En esa línea dicho autor aborda la situación típica para el que refiere cuales son los presupuestos en los siguientes términos:

...presupuestos frente a cuya presencia el ordenamiento jurídico exige una intervención; ella caracteriza regularmente la meta de la acción mandada, el objeto sobre el cual se debe actuar, así como también, dado el caso, las demás circunstancias que son presupuestas para la intervención (p.204).

Así mismo, es importante resaltar, Eberhard Struensee (2005), quien señala en forma precisa cuanto sigue:

De este modo, falta ya una situación típica a la que modificar en algo o en la que hubiera un bien jurídico en peligro a ser salvado. La ausencia de tal situación tiene también como consecuencia lógica, entonces, que no falta ni es posible una acción que sea exigida por un mandato formulado hipotéticamente, que por tanto no es lesionada una norma de mandato, que la inactividad no es “plenamente delictiva” y que no hay una omisión que “reprochar” al actuante riesgosamente. Todos estos son fenómenos correctamente observados, por cierto, pero solo secundarios y que deben ser referidos a un concepto pasible de subsunción: este concepto lo ofrece la situación típica (p. 50).

Por último, en este mismo punto, también se destaca a Günter Stratenwerth (2005) en los términos que se cita a continuación:

El delito de omisión consiste en la inobservancia de un mandato de actuar. Por eso, desde un principio sólo puede ser cometido por una persona que hubiera estado obligada a llevar



a cabo la acción mandada. Así cobra significación decisiva la cuestión de a quién le cabe tal deber de actuar, es decir, quién puede ser autor de un delito de omisión. Sin embargo, la ley sólo describe de modo incompleto los presupuestos bajo los cuales existe el deber de actuar penalmente relevante (p. 456).

De esta manera queda por asentado en sentido general que la omisión recién surgirá con la obligación de dar o hacer, en virtud de la resolución judicial emanada de la jurisdicción de la niñez y adolescencia, en la cual se crea el mandato para una persona determinada, a fin de que ésta abone la suma fijada y así se pueda evitar el peligro de empeoramiento de las condiciones de vida del titular de este derecho.

Normativas vigentes

En la Constitución Nacional (1992) se encuentra establecido el art. 49 «De la protección a la familia», que dispone:

La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección integral. Esta incluye a la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de sus progenitores y sus descendientes.

En Paraguay, cabe mencionar que el incumplimiento legal alimentario tiene bases constitucionales en razón al art. 53 «De los hijos», establece:

Los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad. Serán penados por la ley en caso de incumplimiento de sus deberes de asistencia alimentaria. Los hijos mayores de edad están obligados a prestar asistencia a sus padres en caso de necesidad.

De la misma Carta Magna, en su art. 13 «De la no privación de libertad por deudas», por el cual dispone lo siguiente: «No se admite la privación de la libertad por deuda, salvo mandato de autoridad judicial competente dictado por incumplimiento de deberes alimentarios o como sustitución de multas o fianzas judiciales».

Igualmente, la Ley n.º 1183/85 C.C., a través del art. 256, establece cuanto sigue:

La obligación de prestar alimentos que nace del parentesco comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestido, así como lo indispensable para la asistencia en las enfermedades. Tratándose de personas en edad de recibir educación, incluirá lo necesario para estos gastos.

Por su parte, la Ley n.º 1680/01 del CNYA en su art. 97, especifica otros aspectos de la obligación al describir:

El padre y la madre del niño o adolescente están obligados a proporcionarle alimentos suficientes y adecuados a su edad. La asistencia alimenticia incluye lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, asistencia médica y recreación del niño o adolescente. La mujer embarazada podrá reclamar alimentos al padre del hijo. Los alimentos comprenden también la obligación de proporcionar a la madre los gastos que habrán de ocasionar el embarazo y el parto. En ningún caso el juez dejará de pronunciarse sobre la asistencia alimenticia solicitada.



Así también, con relación a la competencia en materia de la niñez y adolescencia el art. 161 refiere:

El Juzgado de la Niñez y la Adolescencia conocerá sobre: d) las reclamaciones de ayuda prenatal y protección a la maternidad; e) los pedidos de fijación de cuota alimentaria...
...g) las demandas por incumplimiento de las disposiciones relativas a salud, educación y trabajo de niños y adolescentes; l) las medidas para hacer efectivo el cumplimiento de los derechos del niño o adolescente; y, m) las demás medidas establecidas por este Código.

En ese orden de ideas la Ley n.º 1160/97, C.P., el art. 225 «Incumplimiento del deber legal alimentario» preceptúa:

1º El que incumpliera un deber legal alimentario y con ello produjera el empeoramiento de las condiciones básicas de vida del titular, o lo hubiera producido de no haber cumplido otro con dicha prestación, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

2º El que incumpliera un deber alimentario establecido en un convenio judicialmente aprobado o en una resolución judicial, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

El Derecho del niño y del adolescente, prevalece ante el derecho de cualquier persona mayor de edad. El CNyA en su art. 189 dispone sobre la fijación del monto y la vigencia de la prestación. Es así como la asistencia alimenticia, es un principio de responsabilidad compartida, y el monto establecido se ajusta al principio de la responsabilidad compartida en el sostenimiento de los hijos en común.

Los alimentos son un derecho natural, establecido por la solidaridad familiar por lo tanto, la legislación es la que se ocupa de regular y lo materializa a través del art. 264 del CCP al exponer:

El que debe suministrar los alimentos puede hacerlo mediante una pensión alimentaria o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a los alimentos. El Juez decidirá cuando estime conveniente admitir o no esta última forma de prestarlos.

Finalmente, se resalta que es un derecho de los hijos ser alimentados por sus padres o parientes, que nace del reconocimiento de las leyes y no es considerada una mera concesión.

Por su parte el art. 189 del CNyA establece: «los alimentos deberán ser fijados en jornales mínimos, para actividades diversas no especificadas, incrementándose automática y proporcionalmente, conforme a los aumentos salariales». Por su parte el art. 190 expresa:

Cuando no fuese posible acreditar los ingresos del alimentante, se tomará en cuenta su forma de vida y todas las circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. Se presumirá, sin admitir prueba en contrario, que recibe al menos el salario mínimo legal.

Este tipo penal constituye un hecho punible de omisión, entiéndase como la no realización de una acción por parte de la persona obligada, capaz de realizarla acción ausente que es lo esencial en la omisión. La persona no realiza la acción pese a poder hacerlo cuando el mandato le exige en un tiempo determinado.

Ante lo expuesto por parte de la doctrina, la Dra. Alicia Pucheta de Correa (1995) señala que: «la obligación alimentaria es una obligación natural que corresponde a los progenitores,



derivada de la patria potestad y reforzada por la ley, razón por la cual no necesariamente debe existir una resolución judicial compulsiva para que aquellos lo cumplan». Esto en razón a que el inc. 1° del art. 225 CP no requiere que el mandato provenga por medio de resolución judicial.

A su vez, por medio del Acuerdo y Sentencia n.° 370, de fecha 4 de junio de 2019, dictado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, se demuestra un panorama real y objetivo acerca del tratamiento del tipo legal del art. 225 inc. 2°. Ante esta postura, queda reafirmado que el referido tipo legal es un delito omisivo, y que requiere de elementos objetivos como ser la situación típica, la falta de una acción y la capacidad, entre otras cuestiones que podrían arrojar nuevos temas para su investigación de índole procesal o estadístico inclusive.

En lo que respecta a la doctrina penal, por su parte Claudia Criscioni también hace alusión al tema en los siguientes términos:

La omisión debe entenderse como la no realización de una determinada acción por parte de una persona determinada, capaz de realizarla. La falta de un hacer determinado por parte determinado de una persona determinada con capacidad de realizar la acción ausente es lo esencial en la omisión. La persona no despliega su capacidad a pesar de que el mandato le exige que así lo haga (2017, p.10).

Una de las últimas novedades normativas fue la Ley n.° 5415/15 por la que se crea y se pone en funcionamiento el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, en adelante REDAM, dependiente del Poder Judicial. Este instituto constituye un mecanismo de control del incumplimiento del deber legal alimentario a nivel nacional.

El REDAM es una fuente de información gratuita, para entidades financieras y de conducta crediticia y otras instituciones que lo requiera al considerarla de alguna manera una sanción administrativa.

Método

El método utilizado tiene un enfoque cualitativo, de tipo descriptivo con diseño no experimental, como técnica para la recolección de datos se utiliza el análisis documental entre los cuales se citan: Un fallo emanado de la Corte Suprema de Justicia, en adelante la Corte, del Acuerdo y Sentencia n.° 370, de fecha 4 de junio de 2019 recaída en la causa: «Porfirio Rojas s/ Incumplimiento del deber legal alimentario», doctrinas y leyes vigentes en la materia.

Resultado

La Corte por medio del Acuerdo y Sentencia n.° 370 del 4 de junio de 2019, en el expediente caratulado: «Porfirio Rojas s/ hecho punible de Incumplimiento del deber legal alimentario». En la citada causa la defensa material interpuso recurso extraordinario de casación contra el Acuerdo y Sentencia n.° 03, de fecha 17 de febrero de 2017, del Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Segunda Sala de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná.

En ese orden de ideas la impugnante expresó que el Tribunal de Alzada omitió expedirse en forma concreta sobre los agravios de la recurrente, respecto al incorrecto estudio de la tipicidad en el incumplimiento del deber legal alimentario, en atención a que el Tribunal de Sentencia no



consideró la capacidad físico real del procesado para el cumplimiento de la obligación impuesta y de esa manera acreditar el dolo.

A este efecto, la Corte sostuvo:

El tipo legal de incumplimiento del deber legal alimentario dispuesto en el art. 225 del Código Penal constituye un hecho punible de omisión, entiéndase esta realización de una determinada acción por parte de una persona determinada para realizarla. La falta de un hacer determinado por parte de una persona determinada con capacidad de realizar la acción ausente es lo esencial en la omisión. La persona no despliega su capacidad a pesar que el exige que así lo haga (Acuerdo y Sentencia, 2019, pág. 9).

En ese sentido, la corte consideró como procedencia del recurso de extraordinario de casación que la sentencia del tribunal de mérito no fijó los meses o los años en los que el acusado no cumplió con su obligación legal que a criterio: «correspondería con uno o varios incumplimientos por lo que no se puede determinar en qué momento preciso o periodo de tiempo se habrían dado los sucesivos hechos» (Acuerdo y Sentencia, 2019, pág. 10). Mismo error se verifica en la acusación presentada por el Ministerio Público.

Entonces, al constatar tanto en la acusación, el auto de apertura a juicio oral y público y la sentencia definitiva, no contienen relatos de hechos en los que conste el periodo de tiempo en: «el cual se pueda establecer los presupuestos de la tipicidad y luego la punibilidad, por lo que no puede realizarse una valoración sobre el error de aplicación del derecho», es por ello, que existe un obstáculo insalvable y corresponde anular la Sentencia Definitiva 127 de fecha 15 de junio de 2017, y en consecuencia dar el sobreseimiento definitivamente al ciudadano, Porfirio Rojas.

De todo lo antes dicho se concluye que el Estado dispuso una sanción penal, toda vez que se cumplan también los requisitos esenciales para que una conducta sea típica como ser la situación típica, la falta de una acción determinada y la capacidad físico real de cumplir con el mandato, las cuales se expondrá resumidamente en el siguiente esquema a tener en cuenta:

Situación típica: En el inc. 2° el elemento objetivo se constituye en la forma mensual que fuera fijado por resolución judicial, para realizar el depósito de un monto determinado –suma de dinero– el alimentante.

Falta una acción determinada en la situación típica –acción ausente–: Elemento objetivo; cumplir con el mandato en la forma y en el tiempo que se dispone –que, cuando, como, cuanto y quien–.

Capacidad:

a) Conocimiento de la situación típica –elemento subjetivo–: Que el autor sepa o conozca del mandato o resolución judicial. –Generalmente probado con la notificación de la S.D. el A.I. de prestación alimenticia, o con el escrito inicial de ofrecimiento presentado por el alimentante al juzgado, u otro medio idóneo.

b) Conocimiento de las vías o medios de realizar la acción que falta –elemento subjetivo– saber cómo pagar o depositar en líneas generales mayormente no genera un elemento probatorio dificultoso.

c) Capacidad físico real –elemento objetivo–. No aplica presunción, se debe acreditar la posibilidad de pago. La presunción del salario mínimo se corresponde con el fuero de la



niñez a los efectos de establecer sanción pecuniaria o patrimonial, no así para la sanción en el fuero penal como ser la multa o pena privativa de libertad. Por regla procesal penal la carga de la prueba la tiene el que acusa o sea el Ministerio Público y el juzgado debe tener a la vista o establecido para dictar una eventual sentencia condenatoria respetuosa del principio de legalidad y de la dignidad humana.

Con esta disquisición se identifica la situación indicada en el fallo de la sala penal, a modo de visualizar de donde surge el primer elemento objetivo de la situación típica requerido en el art. 225, inc. 2° CP, y por otro lado, para que el aplicador del derecho pueda tener por reforzado dicho elemento para determinar la capacidad físico real del obligado.

Conclusión

Las bases normativas tanto a nivel constitucional y legales regulan el régimen de asistencia alimenticia para el menor en forma especial y a su vez, el legislador consideró que su incumplimiento además de sanciones pecuniarias también tenga protección de índole penal.

El proceso del fuero de la niñez y de la adolescencia está preparado, para diversas situaciones en beneficio de los sujetos en estado de vulnerabilidad, que fueran señaladas en las leyes que rigen la materia; específicamente, ya que al tratarse de un menor, el proceso de asistencia alimentaria culmina con la sentencia definitiva.

En ese entendimiento, la familia merece una atención jurídica dentro de un marco social; para el efecto se debe proveer de instrumentos legales eficaces y eficientes. En este contexto, se resalta que los operadores de justicia deben velar por el fiel cumplimiento de los requisitos legales según el fuero.

Con naturalidad se dictará sentencia definitiva, haciendo lugar a la demanda de prestación alimentaria que obligará al alimentante a dar o hacer una prestación de cualidad patrimonial en beneficio del menor en un tiempo, lugar y monto determinado.

Tras estas breves referencias, se cumpliría uno de los fines constitucionales en que el Estado operativizó para garantizar dicha asistencia cuando uno de los progenitores no mostró interés de hacerlo voluntariamente.

En tal sentido, una vez impuesta la obligación consistente en un monto a ser abonado por el alimentante a favor del titular, se hallan otras disposiciones legales post juicio de la niñez, en caso de renuencia o falta de interés en cumplir con la asistencia por diversos motivos personales no valederos.

Resulta necesario fortalecer la respuesta por parte de los operadores de justicia frente a la exigibilidad de esta norma penal, para evitar la omisión de este requisito al momento de formular acusación y elevar la causa sin tener por establecido especialmente, la capacidad real de cumplir con el mandato cuando se trata de personas que podrían contar con trabajos o ingresos de índole informal.

Es importante resaltar que, esta situación no es sinónimo de impunidad, sino de aumento de la intensidad investigativa para lograr la información pertinente. Para ese fin, se espera que



investigación y sus recomendaciones de algún modo sean de utilidad en la tarea de la gestión fiscal.

Finalmente, cabe mencionar que el art. 225 del C.P. es un delito de omisión propia, y lo comete quien pudiendo cumplir no hace a pesar de tener la obligación de hacer, tal como lo refería el profesor Wolfgang Schöne, que la omisión es «la falta de una acción determinada, por parte de una persona determinada, pudiendo hacerla».

Recomendación y Sugerencia

A partir de este trabajo surgen algunas recomendaciones, a fin de evitar de esta manera la alta carga procesal penal al estamento judicial sobre lo que es el incumplimiento del deber legal alimentario, que se citan a continuación:

- La falta de certificado de trabajo no excluye de pleno la tipicidad, ya que es tan solo una circunstancia probatoria.
- Activar la investigación patrimonial.
- Una persona con ingresos formales facilita muchas veces la investigación fiscal, pues con un pedido de informe a la Secretaría de Estado de Tributación, Instituto de Previsión Social, Secretaría de la Función Pública, Superintendencia de Bancos, el INCOOP, Registros Públicos, telefonías, etc., en principio, ya se podría establecer el elemento objetivo de la –capacidad físico real–, sí hubiere el dato esperado por supuesto.
- Ante la dificultad probatoria para obtener información, cuando se trata de autores con ingresos o actividades informales o no regulares, se recomienda el trabajo socio ambiental, las averiguaciones sobre el entorno social o familiar del sindicado, para determinar posibles ingresos o gastos con lo que se podría establecer igualmente la capacidad por su condición de vida. En ese sentido, se puede tener en cuenta: lugares donde frecuenta, gastos o giros que realiza a través de telefonías, usos de tarjetas de crédito, ocios, recreación, por citar tan solo algunas pudiendo ser cualquier otra actividad investigativa que no requieran vulneración de otros derechos o garantías del imputado, según el caso.
- Arbitrar enlaces con la defensoría de la niñez y de la adolescencia para eventuales trámites de con el fin de iniciar el juicio de asistencia hacia otros parientes del sindicado, según el caso y de conformidad al CNYAy de esta manera velar con el interés superior del menor.

Referencias

Álvarez Undurraga, G. (2002). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Santiago: Universidad



Central de Chile.

Belluscio, A. (1993). *Código civil y leyes complementarias comentadas, anotado y concordado*. (3ª ed.). Buenos Aires: Astrea.

Borda, G. (1959). *Tratado de Derecho Civil Argentino (2ª ed.)*. Buenos Aires: Perrot.

Castro Rial Canosa, J.M. (1961). El Convenio de La Haya sobre protección de menores. *Anuario de Derecho Civil*. 14(4), 17-25.

Congreso de la Nación Paraguaya. (2001). *Código de la Niñez y Adolescencia, Ley N° 1680*. Asunción: El Foro.

Congreso de la Nación Paraguaya. (1992). *Constitución Nacional de la República del Paraguay*. Asunción: El Foro.

Ebert, U. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. Traduc. S. Escudero Irra. Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. México: UAEH.

Giménez de Allen, M.E. (2006). *Régimen jurídico de los alimentos en el Código de la Niñez y la Adolescencia*. Asunción: AGR. Servicios Gráficos.

López, H. (2003). El derecho de alimentos y su Incumplimiento. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. 417-426.

Muñoz, C. (2006). *Derecho penal - parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Osorio, M. (2004). *Diccionario en ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Heliasta.

Pucheta de Correa, Alicia (1995). *Derecho del Menor, Instituciones, Protección Prenatal y Alimentos, Legislación Comparada, Jurisprudencia*. Tomo I. Asunción: La Ley Paraguaya S.A.

Rodríguez, S. (2015). La adopción y su relación con la guarda preadoptiva. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. 379-426.

USAID. (2018). *Estudio sobre la asistencia alimenticia y su vinculación con el derecho a la protección de niñas, niños y adolescentes*. Programa de Democracia y Gobernabilidad de USAID/Paraguay y CEAMSO. Asunción: MB Servicios Gráficos.

Schöne, W y Criscioni, C. (2016). *Técnica Jurídica. Método para la resolución de casos penales*. (3ª ed.). Asunción: El Foro.



- Stratenwerth, G. (2016). *Derecho penal. Parte general I, El hecho punible*. (4ª ed.). Traduc. M.Cancio Meliá y M.A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi.
- Struensee, E. (2005). *Avances del pensamiento penal y procesal penal*. Asunción: Intercontinental.
- Welzel, Hans. (1956). *Derecho Penal Parte General*. Traduc. *Carlos Fontán Balestra*. Buenos Aires. *Roque Depalma*.
- Welzel, Hans. (1969). *Das Deutsche Strafrecht<El Derecho Penal Alemán>*, 11ª Edición, Berlín: Walter De Gruyter&co.
- Zannoni, E. y Bossert, G.A. (2004). *Derecho Civil, Derecho de Familia*. Tomo I. (6ª ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Criscioni Ferreira, C. C. (2017). *¿Estafa Omisiva?* Asunción, Paraguay: Ediciones Librería El Foro.