



**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES
PARA OPTAR TITULO PROFESIONAL
DE ABOGADO**

TESIS:

**LA VARIACION DE SANCIONES COMO MEDIDAS
ALTERNATIVAS EN EL DELITO DE OMISION DE
LA ASISTENCIA FAMILIAR EN LA PROVINCIA DE
FERREÑAFE**

Autor(es):

Bach. Wilfredo Pérez Pereyra

<http://orcid.org/0000-0003-0204-937x>

Asesor:

Dr. Jorge Luis Idrogo Perez

<http://orcid.org/0000-0002-3662-3328>

Línea de Investigación:

Ciencias Jurídicas

Pimentel–Perú

2020

**LA VARIACION DE SANCIONES COMO MEDIDAS ALTERNATIVAS EN EL
DELITO DE OMISION DE LA ASISTENCIA FAMILIAR EN LA PROVINCIA DE
FERREÑAFE**

Autor:
Wilfredo Pérez Pereyra

Asesor metodológico
Dr. ()

Asesor especialista
Dr. ()

Presidente del Jurado
Dr. ()

Secretario del jurado
Dr. ()

Vocal del Jurado
Dr. ()

Dedicatoria

A mi madre, por su apoyo constante, por los valores transmitidos y por sus consejos que me han formado como persona de bien.

A mi familia por haberme apoyado moralmente en esta etapa académica de mi vida.

A mis hijos, por ser el motivo de inspiración que me están permitiendo lograr una de mis más anheladas metas: concluir la carrera de derecho.

Agradecimiento

En primer lugar, agradezco a Dios, por haberme otorgado la vida, y por darme la salud necesaria para cumplir mis objetivos.

En segundo lugar, agradezco a mi madre, por todo el apoyo brindado.

A mis docentes de la Universidad Señor de Sipán, por el apoyo brindado durante mi formación académica, y por sus conocimientos transmitidos.

En especial a mis docentes del Curso de Investigación I y II, por permitirme desarrollar este humilde trabajo de investigación, bajo su dirección y apoyo.

Resumen

El presente trabajo de investigación ha sido titulado La variación de sanciones como medidas alternativas en el delito de Omisión de la Asistencia familiar en la provincia de Ferreñafe, el cual tuvo como objetivo general establecer medidas alternativas en el artículo 149° del código penal frente al delito de omisión a la asistencia familiar que eviten la vulneración del interés superior del niño que contribuyan al cumplimiento de las obligaciones alimentarias. Para lo cual he utilizado como instrumento de recolección de datos un cuestionario que fue aplicado a una muestra de 40 informantes constituida por 35 abogados, 3 fiscales y 2 jueces del distrito judicial de Lambayeque, asimismo he utilizado el análisis documental de 3 jurisprudencias nacionales y una extranjera de la nación de Argentina. En la presente investigación he llegado a la conclusión que la pena de trabajo comunitario remunerado, sirve como medida alternativa a la pena privativa de la libertad suspendida y efectiva, la misma que evitara la vulneración del interés superior del niño y adolescente en los delitos de omisión de la asistencia familiar, mediante la retención de la remuneración que genere el sentenciado.

La presente investigación fue dividida en cuatro capítulos, el primero titulado Introducción, el Segundo Material y Métodos, el tercer capítulo titulado Resultados y discusión de resultados, y el cuarto capítulo corresponde a las conclusiones y recomendaciones, que he arribado en la presente investigación.

Palabras clave: trabajo comunitario, alimentista, interés superior del niño, pensiones devengadas, privación de la libertad.

Abstract

This research work has been titled Variation of sanctions as alternative measures in the crime of Omission of Family Assistance in the province of Ferreñafe, which had the general objective of establishing alternative measures in article 149 of the penal code against crime of omission to family assistance that avoid the violation of the best interests of the child that contribute to the fulfillment of maintenance obligations. For which I have used as a data collection instrument a questionnaire that was applied to a sample of 40 informants consisting of 35 lawyers, 3 prosecutors and 2 judges from the Lambayeque judicial district, I have also used the documentary analysis of 3 national jurisprudences and one foreign from the nation of Argentina. In the present investigation, I have concluded that the penalty of paid community work serves as an alternative measure to the suspended and effective custodial sentence, the same that avoids the violation of the best interests of the child and adolescent in the crimes of omission. of family assistance, by withholding the remuneration generated by the sentenced person.

The present investigation was divided into four chapters, the first titled Introduction, the Second Material and Methods, the third chapter titled Results and discussion of results, and the fourth chapter corresponds to the conclusions and recommendations, which I have included in this investigation.

Keywords: community work, food, best interests of the child, accrued pensions, deprivation of liberty.

INDICE

Dedicatoria.....	3
Agradecimiento.....	4
Resumen.....	5
Abstract.....	6
I. INTRODUCCION	
1.1. Realidad problemática.....	11
1.2. Antecedentes de estudio.....	13
1.2.1. A nivel internacional.....	13
1.2.2. A nivel nacional.....	14
1.2.3. A nivel local.....	21
1.3. Teorías relacionadas al tema.....	23
1.3.1. El derecho de Alimentos.....	23
1.3.2. El derecho de alimentos en el código civil.....	25
1.3.3. Regulación Constitucional de la familia.....	26
1.3.4. El derecho penal como medio de control social.....	28
1.3.5. El Derecho penal y la familia.....	30
1.3.6. Tratamiento legal del delito de omisión de la asistencia familiar...	31
1.3.7. El delito de omisión de la asistencia familiar en el código penal ...	33
a) Sujeto activo.....	34
b) Sujeto pasivo.....	34
c) Tipicidad subjetiva.....	35
d) Momento de consumación del delito.....	35
1.3.8. El bien jurídico protegido.....	36
1.3.9. Pena aplicable.....	37
1.3.10. Fundamentos en contra del delito de omisión de la asistencia familiar.....	37

1.3.11. Las teorías de las penas.....	38
1.3.11.1. La pena y su finalidad.....	38
1.3.11.2. Teorías de las penas.....	39
a) Teorías absolutas o retributivas.....	39
b) Las teorías relativas o preventivas.....	40
c) Teorías mixtas o eclécticas.....	41
1.3.11.3. La teoría de la pena en el código penal peruano.....	42
1.3.12. La pena privativa de libertad en el Perú.....	43
1.3.13. Medidas alternativas a la prisión: Concepto y función.....	44
1.3.14. Alternativas a la pena privativa de la libertad de corta duración...	45
1.3.15. Penas alternativas a la privativa de libertad en el código penal peruano.....	47
a) Sustitución de penas.....	47
b) Conversión de penas.....	48
c) Suspensión de la ejecución de la pena.....	49
d) Reserva del fallo condenatorio.....	51
e) Exención de la pena.....	52
1.3.16. La pena de prestación de servicios a la comunidad.....	52
1.3.17. Revocatorias de la conversión de penas.....	55
1.3.18. El delito de omisión de la asistencia familiar en la legislación comparada.....	56
a) En Argentina.....	56
b) En Chile.....	57
c) En Colombia.....	57
d) En México.....	57
1.3.19. Análisis jurisprudencial nacional y extranjera.....	58
a) Casación 251- 2017- La Libertad: El pago de alimentos no impide la prisión por omisión de la asistencia familiar.....	59
b) Expediente 2945- 2016- 24- 0401- JR-PE-0 Tercer Sala Penal de Apelaciones- Sede Central. La capacidad económica, como elemento del tipo penal.....	62

c) Sala de Derecho Constitucional y Social permanente – Consulta N° 13825-2015, del Santa.....	64
d) Argentina: Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal Correccional de 8a. Nominación de Rosario (2016/05)- Ley 13.944- condena por el delito de incumplimiento de los deberes alimentarios.....	67
1.3.20. Análisis del Decreto Supremo 008- 2020.....	69
1.4. Formulación del problema.....	72
1.5. Justificación e importancia del estudio.....	72
1.6. Hipótesis.....	73
1.7. Objetivos.....	73
1.7.1. Objetivo general.....	73
1.7.2. Objetivos específicos.....	73
II. MATERIAL Y METODOS	
2.1. Tipo y diseño de investigación.....	74
2.1.1. Tipo de investigación.....	74
2.1.2. Diseño de la investigación.....	74
2.2. Población y muestra.....	74
2.2.1. Población.....	74
2.2.2. Muestra.....	74
2.3. Variables y operacionalización.....	75
2.3.1. Variable independiente.....	75
2.3.2. Variable dependiente.....	75
2.3.3. Operacionalización de variables.....	75
2.4. Técnica e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.....	76
2.4.1. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	76
a) La técnica del análisis documental.....	76
b) Técnica del Fichaje.....	76
c) Observación.....	76
2.4.2. Instrumentos.....	76
2.4.3. Validez y confiabilidad.....	77

2.5. Procedimiento y análisis de datos.....	77
2.6. Criterios éticos.....	77
2.7. Criterios de rigor científico.....	78
III. RESULTADOS	
3.1. Resultados en Tablas y Figuras.....	8
Tabla 1.....	80
Tabla 2.....	82
Tabla 3.....	83
Tabla 4.....	85
Tabla 5.....	86
Tabla 6.....	88
Tabla 7.....	89
Tabla 8.....	91
Tabla 9.....	92
Tabla 10.....	94
Tabla 11.....	95
Tabla 12.....	97
Tabla 13.....	99
Tabla 14.....	100
Tabla 15.....	102
Tabla 16.....	104
Tabla 17.....	105
Tabla 18.....	107
Tabla 19.....	108
Tabla 20.....	110
3.2. Discusión de resultados.....	112
3.3. Aporte practico.....	117
IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
4.1. Conclusiones.....	120
4.2. Recomendaciones.....	121
REFERENCIAS.....	123
ANEXOS.....	126

I. INTRODUCCION

En el Perú, el delito de omisión a la asistencia familiar se encuentra tipificado en el artículo 149 del código penal de 1991, el cual se sanciona con una pena máxima de 3 años de pena privativa de la libertad, siendo considerado como uno de los llamados delitos de bagatela, o de escasa relevancia penal. Es justamente, esta política criminal superflua que ha conllevado a que nuestro sistema penal, fracase en la represión y prevención de estos tipos de ilícitos penales, los cuales son muy frecuentes dentro de nuestra sociedad, en algunos casos llegando a la impunidad, o sanción punitiva, sin haber cumplido con el pago de la liquidación y reparación civil ordenadas en sentencia.

Así tenemos, que de acuerdo al observatorio contra la criminalidad realizado por la fiscalía de familia en el año 2019, se ha obtenido que a nivel nacional el delito de omisión a la asistencia familiar, ocupa el tercer lugar de casos con acusación fiscal en los juzgados penales, siendo superado solo por los delitos contra el patrimonio, como hurto, y robo. Ante este contexto, la presente investigación pretende aportar algunos lineamientos jurídicos que permitan contribuir en la solución a este problema, con la finalidad de que el alimentista pueda ver satisfecho su interés resarcitorio, aplicando una justicia penal restaurativa, e introduciendo figuras jurídicas novísimas que permitan al sentenciado cumplir su condena en el medio libre, realizando trabajos remunerados en pro- del cumplimiento de la cancelación de dicha liquidación y reparación civil exigida en el contenido de la sentencia.

Finalmente a largo de la presente investigación, se podrá advertir la posibilidad de aplicar este tipo de medidas, y la aceptación por parte de investigadores que han realizado estudios similares; aunado a ello, se tiene que en la legislación comparada, como es el caso de Argentina, se aplica una política criminal restaurativa en el cual el juez está facultado para imponer sanciones penales distintas a la privación de la libertad por el

incumplimiento de la obligación alimentaria, con el fin de que el obligado pueda cumplir con el pago de las pensiones.

1.1. Realidad problemática

La presente investigación ha sido titulada La variación de sanciones como medidas alternativas en el delito de Omisión de la Asistencia familiar en la provincia de Ferreñafe. La misma que ha surgido como consecuencia de los frecuentes procesos por el delito de omisión de la asistencia familiar, tipificado en el artículo 149 del código penal, y que concluyen con penas privativas de libertad efectiva, debido a que el procesado no cancelo la liquidación de pensiones devengadas, ni pago la reparación civil.

La propuesta de alternativa de una variación en la sanción a la pena privativa de libertad efectiva, que establece el artículo 149 del código penal, resulta viable en la medida que se pretende resarcir el daño ocasionado a la víctima, y no solo el cumplimiento de la condena mediante la privación de la libertad del imputado, ya que este último no resuelve el problema de fondo. Madres solteras que no pueden sostener por si solas su hogar, hijos que no terminan la escuela, la academia, universidad, y se enrumban por la vida, algunos de ellos, por las sendas del mal, son solo algunos de los reflejos del problema de fondo que engendra, el delito de omisión a la asistencia familiar. Es decir, privarle de la libertad al padre irresponsable, no le da el sustento económico al menor alimentista. Suele ser frecuente escuchar decir a las demandantes: “no me importa si no me paga, pero quiero que vaya preso”!. Esta concepción tiene más un tinte revanchista de índole personal, que no toma en cuenta el verdadero y legítimo derecho a la pensión alimenticia.

Pese a ello, el delito de omisión de la asistencia familiar está dentro de los más comunes en la actualidad en la tarea diaria de nuestro ya recargado Poder Judicial, y los Establecimientos penitenciarios en gran medida tienen internos sentenciados que luego de cumplir su condena salen en libertad, sin pagar la deuda alimentaria. Recientemente a través de un Decreto Supremo, dado por el Ejecutivo a raíz del Covid-19, y a fin de descongestionar los penales, se aprobó que los sentenciados por Omisión de la Asistencia Familiar, obtengan su libertad automática pagando la totalidad de la liquidación.

Sin embargo, muchos de los sentenciados a pena efectiva, se pasan los meses en prisión hasta cumplir su condena y salir en libertad, sin pagar la deuda alimentaria, y sin realizar labor alguna, y más aún constituyen un costo para el estado, basado en alimentación, tratamiento terapéutico, asistencia social y asistencia médica. En otras palabras, la estadía del sentenciado en un establecimiento penitenciario, le facilita ciertos beneficios propios del fin resocializador que debe cumplir la pena, al menos en la teoría.

Ante este contexto, es evidente que el menor alimentista queda desprotegido, sin esperanzas de percibir su pensión alimenticia. Este defecto en nuestra legislación procesal penal y penitenciaria, dejan a la luz los problemas que afronta nuestra sociedad, desde la perspectiva de la paternidad responsable, la desobligación de muchos padres, y el fracaso del Derecho penal para hacer cumplir esta obligación.

Es por ello, que como medida alternativa a la privación efectiva de la libertad por el delito de omisión de la asistencia familiar, se debería postular la conversión de la pena a trabajos comunitarios remunerados (en el medio libre), a fin de que esos sirvan para pagar la totalidad o parte de la liquidación de pensiones devengadas, manteniéndose el mismo procedimiento que establece el código de ejecución penal para esta esta medida, con la única diferencia del trabajo remunerado.

La etapa correspondiente, sería en juicio Oral, cuando el imputado va a recibir su sentencia, entonces a solicitud de parte o de oficio el Juez, puede aplicar la conversión de la pena.

Asimismo, las jornadas deben ser equivalentes y proporcionales a la deuda alimentaria, para que este abarque la totalidad, y el alimentista vea satisfecho su pretensión. Sin perjuicio de que el sentenciado, pueda cancelar su deuda total en cualquier momento, y solicitar se deje sin efecto la sanción impuesta.

Asimismo, ante el incumplimiento del trabajo comunitario, a solicitud del ministerio público o la parte agraviada, o incluso de oficio el Juez, puede revocar la pena impuesta, por pena privativa de libertad con carácter de efectiva.

En ese sentido, se piensa en un modelo de justicia restaurativa penitenciaria, en el cual el sentenciado cumple su condena de la mejor manera posible, pero a la vez repara el daño ocasionado a su víctima.

1.2. Antecedentes de estudio

1.2.1. A nivel internacional

Colombia

Pardo (2017), en su tesis titulada “La afectación del derecho alimentario en el proceso penal colombiano”, en el cual se planteó como objetivo analizar si existe una adecuada ponderación de valores en el tipo penal de inasistencia alimentaria y el derecho del alimentista. De acuerdo a los resultados obtenidos por este autor, pudo llegar a la conclusión que la normativa punitiva no está permitiendo satisfacer las necesidades alimentistas de los beneficiarios, ya que la privación de la libertad perjudica y es contrario al derecho que establece el código civil y la constitución. Asimismo, llego a concluir que no existe una adecuada ponderación de valores, debido a que equívocamente se ha dado prioridad a la privación de la libertad, sobre el derecho del alimentista de continuar percibiendo su pensión.

Esta investigación resulta útil, toda vez que nos muestra en un contexto internacional, que la condena que priva de su libertad al imputado no es el mecanismo punitivo más efectivo para el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, porque lo que deben es proponer otras medidas que estén acorde con lo estipulado en la normatividad de un marco constitucional que busque salvaguardar el interés superior de los alimentistas.

Patiño (2015), en su trabajo de investigación denominado “El delito de inasistencia alimentaria en el ámbito penal colombiano, en el cual se planteó como objetivo determinar cuáles son las consecuencias de la sanción penal en la población alimentaria. De acuerdo a los resultados obtenidos este autor, llego a concluir que la falta de pago trae consigo consecuencias jurídico penales, las mismas que deben de evitarse a toda costa, a fin de que los condenados a prisión puedan seguir cumpliendo con su obligación para de esta manera cumplir con sus responsabilidades como padres, teniendo en cuenta el fin superior del niño para así contribuir al desarrollo integral de los alimentistas. En ese sentido, concluye este autor que la fiscalía debe de procurar imponer las sanciones penales, pero bajo las condiciones que el obligado cumpla con pasar la pensión de alimentos.

Esta investigación resulta útil al investigador, toda vez que permite visualizar un panorama similar al que vivimos en nuestro país, en el cual se requiere poner mayor énfasis al principio del interés superior del menor alimentista, sobre la pena privativa de la libertad de obligado, debido a que podemos evidenciar en ambos contextos que el problema no se soluciona con la privación de la libertad.

España

Como antecedente a nivel internacional, he encontrado la investigación realizada por García (2017), quien, en su tesis doctoral, titulada: Justicia Restaurativa: un paradigma emergente. En la cual se planteó como objetivo general, analizar y estudiar el paradigma de la justicia restaurativa a fin de proponer su aplicación en la praxis, como política gubernamental pública social. El cual concluyo que la naturaleza de la justicia restaurativa es transdisciplinar y misericordiosa, que tiene como fin contribuir a la fuente de la felicidad, a través de la paz social y la paz individual, que debe ser aplicado en las legislaciones del mundo tras haberse comprobado el fracaso de la tradicional justicia retributiva.

Esta investigación, nos propone como solución al actual problema de la justicia penal retributiva, que solo busca sancionar al delincuente, y que a pesar de esto los fines de la pena basados en la resocialización y prevención, no han sido del todo efectivas. Ante este escenario, la justicia restaurativa se convierte en una alternativa eficaz que ha demostrado ser efectiva en varios contextos, y que no solo sirve para satisfacer a la víctima con el resarcimiento del daño, sino que además apoya a la rehabilitación del infractor.

Alemania

Chávez (2017), en su trabajo de investigación titulado El trabajo forzado incorporado el mes de marzo de 1976 en el derecho penal alemán, señala que los sentenciados cumplieron con el objetivo de dicha inserción nuevamente a la sociedad, que es la rehabilitación ; siendo considerado un factor fundamental para que incluya como una alternativa en pro del interés superior del niño el trabajo forzado en el derecho penal. El trabajo penitenciario incluido en la ley de ejecución penal juega un rol esencial para la resocialización de

los reos; sin embargo, se debe considerar que estos tipos de trabajo asignado deben de estar acorde con las capacidades físicas del sentenciado y/o reo, encargándosele de esta manera una actividad de terapia laboral u otra ocupación que no atente contra su capacidad o habilidades físicas.

México

Por otro lado, tenemos la investigación realizada por Pesqueira (2015), quien en su tesis titulada: La justicia restaurativa en el marco del procedimiento penal acusatorio en México y reforma al código nacional de procedimientos penales, quien se planteó como objetivo determinar la posibilidad de introducir en el proceso penal mexicano la justicia restaurativa. Este investigador pudo llegar a la conclusión que los mecanismos alternativos de solución de justicia, y entre ellos, la justicia restaurativa, se fundamentan en el principio de mínima intervención del derecho penal, en sus diversas formas, como el criterio de oportunidad, suspensión condicional de la pena, acuerdos reparatorios y procesos abreviados.

Asimismo, este autor propone la aplicación de la justicia restaurativa en el procedimiento penal mexicano, a través de la modificación del código penal en el título I del libro II, cambiando la denominación de soluciones alternas y formas de terminación anticipada, por el título de Justicia restaurativa, soluciones alternas y formas de terminación anticipada.

Lo importante de esta investigación es que aporta una propuesta de cambio del modelo de justicia penal, haciendo hincapié que los mecanismos actuales como la terminación anticipada, principio de oportunidad y proceso abreviado constituyen mecanismos alternos de soluciones de conflictos, que siguen la estructura de la justicia penal restaurativa.

1.2.2. A nivel nacional

Jara (2019), en su tesis titulada: La despenalización del delito de omisión de asistencia familiar desde una visión crítica de la participación de las Fiscalías del Ministerio Público. La cual tuvo como objetivo analizar la viabilidad de despenalizar el delito de omisión de asistencia familiar desde la perspectiva de la víctima. Esta investigación llegó a la conclusión, que el proceso penal no

atiende las necesidades y derechos la víctima en el delito de omisión de la asistencia familiar, teniendo en cuenta que este derecho ya ha sido atendido en la vía civil. Asimismo, concluye que el modelo penal, no está diseñado para sancionar estas conductas que son más de carácter moral, y que tienen que ver con la paternidad responsable de los progenitores.

Esta investigación resulta importante, ya que desde la perspectiva de estudio, enfocado directamente en el interés de la víctima en el delito de omisión de la asistencia familiar, nos demuestra que el sistema penal en nuestro país no resulta eficiente para la víctima, debido a que no atiende sus necesidades relacionadas al resarcimiento del daño causado, que es lo que precisamente le importa a la parte agraviada, más allá de la imposición de la pena, que es de interés criminológico para el Estado, como mecanismo represor. Por lo tanto, esta investigación al resaltar la poca eficacia del derecho penal en este delito, deja abierta la posibilidad de despenalizar la conducta de omisión de la asistencia familiar, y promover soluciones rápidas y efectivas en la vía civil.

Alban (2018), en su tesis titulada: La justicia restaurativa en medio de la crisis del sistema penal de la justicia retributiva: enfoque desde la perspectiva de los delitos leves. El cual tuvo como objetivo analizar la importancia de aplicar los mecanismos de la justicia restaurativa en el actual modelo del sistema penal peruano. Realizo una investigación basada en el análisis documental, en la cual llego a la conclusión que, resulta viable en nuestro sistema de justicia penal la aplicación de la justicia restaurativa en los delitos sancionados con penas menores o también llamados delitos de bagatela, y que por su escasa afectación al bien jurídico, pueden llevarse a cabo a través de mecanismos restaurativos que procuren satisfacer a la víctima, y rehabilitar al sentenciado desde la realización de labor social o comunitaria, no privativa de la libertad.

Lo importante de esta investigación, es que nos delimita el campo de aplicación de la justicia restaurativa que, según el estudio realizado por este autor, solo se circunscribe a los delitos leves o de bagatela, entendidos como aquellos que se sancionan con condenas que restringen la libertad suspendidas en su ejecución. Dentro de este grupo encontramos al delito de omisión de la asistencia familiar, por lo que resulta apropiado para hacer la respectiva discusión con las conclusiones llegadas en el presente informe.

Por otro lado, tenemos la investigación realizada por Palacios (2018), quien en su tesis doctoral titulada: La justicia restaurativa como alternativa de solución de conflictos al proceso penal en el Perú. La cual tuvo como finalidad encaminar la viabilidad de la implementación del modelo de justicia restaurativa en el código penal peruano, para lo cual realizó una investigación de enfoque cualitativo, contando con el análisis de expedientes y material bibliográfico, así como con la participación de 20 especialistas abogados. Esta investigación llegó a la conclusión que el modelo de justicia restaurativa busca priorizar el interés de la víctima y de la sociedad, basado en el arrepentimiento del delincuente a través de trabajos comunitarios o sociales que reemplazan a la tradicional forma de sancionar los delitos, basados exclusivamente en la pena privativa de la libertad, o suspensión de la ejecución de las condenas. Concluye además este autor, que no es suficiente que el procesado haya cumplido con pagar la reparación civil, sino que además reciba una sanción no pecuniaria, pero tampoco privativa de la libertad.

Resulta importante esta investigación, ya que aporta información relevante sobre la viabilidad de proponer a la justicia penal restaurativa como solución a los actuales conflictos existentes en nuestra sociedad, sobre todo de aquellas de mayor incidencia, y que no contemplan penas graves, como el delito de omisión de la asistencia familiar, Hurto, Estafa, lesiones, Abigeato, robo simple, entre otros.

Chávez (2017), en su tesis titulada: El trabajo comunitario como alternativa para la conversión de las penas en el delito de omisión de la Asistencia Familiar para los fines de resocialización del imputado, se planteó como objetivo general llegar a determinar de qué manera la realización de trabajo comunitario constituye una alternativa para la conversión de penas en el delito de Omisión a la asistencia familiar para la resocialización del imputado. Este autor pudo llegar a concluir, que las jornadas de trabajo comunitario representan una real alternativa en la conversión de penas, como lo estipula el artículo 52 del código penal, y que autoriza al juez la conversión de la pena privativa de la libertad, en aquellos casos que la pena no supere los 4 años, y que además fuera improcedente la condena condicional o reserva del fallo condenatorio. Este autor, considera que la pena de trabajo comunitario resulta una medida mas

adecuada que la aplicación de penas suspendidas, ya que permiten y contribuyen con la resocialización del sentenciado en libertad.

Esta investigación resulta trascendental ya que aporta información relevante sobre la propuesta de conversión de las penas privativas de la libertad en trabajo comunitario en libertad, según los resultados obtenidos por este autor, estos contribuyen más a la resocialización del sentenciado, en lugar de la pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución.

Bouchon (2017), en su tesis para optar el grado académico de magister en derecho penal y procesal penal, titulada “La conversión de la pena en el delito de Omisión de la Asistencia Familiar en el establecimiento del penal del Callao 2016”. El cual tuvo como objetivo medir el efecto de la conversión de pena en el delito de omisión de asistencia familiar. En su conclusión número dos, señala que el impacto de la conversión de la pena es adecuado y propicio, ya que con ello evitamos el abandono inminente de la protección en la familia, aplicando medidas alternativas que no perjudiquen al obligado ni a su conjunto como la realización de trabajos a cargo del estado, y que lo recaudado sirva para el beneficio del alimentista.

Esta investigación resulta importante a la contribución del presente informe, ya que, de acuerdo al estudio y conclusiones realizados por este autor, considera que la conversión de la pena privativa de la libertad a la realización de trabajos comunitarios en el delito de omisión de la asistencia familiar, contribuiría de manera positiva a evitar el abandono de la familia, a través de los trabajos que debe realizar el sentenciado a favor del alimentista, con lo cual considero que existe un soporte a la protección constitucional que brinda el estado a favor de la familia, y sobre todo a los intereses del niño y adolescente.

Sin lugar a dudas, es una propuesta interesante que es materia de análisis en el capítulo de discusión de resultados.

Ponte (2017), en su tesis para optar el grado de magister en Derecho Penal y Procesal penal, titulada Omisión a la asistencia familiar y la prisión efectiva, distrito judicial del Callao, años 2012-2014, se planteó como objetivo a alcanzar mediante el análisis de qué manera la prisión efectiva, resulta ser un mecanismo más eficiente para lograr el cumplimiento de pago de la pensión alimenticia. De acuerdo a este autor, pudo concluir que la prisión efectiva, no

resulta ser un mecanismo que permita alcanzar el cumplimiento de pago de la pensión alimenticia en los delitos de omisión a la asistencia familiar, resultando ser apropiado la imposición del trabajo forzado para que con ello pueda cumplir con dicha obligación. Asimismo, resalta este autor, que en muchos casos la pena efectiva no soluciona el problema del incumplimiento, debido a que solo se logra la sanción al condenado, pero este sigue sin cumplir con la obligación alimentaria, lo cual pone en evidente peligro la subsistencia del alimentista.

Esta investigación resulta importante, ya que nos brinda información relevante sobre la ineficacia de la pena privativa de la libertad efectiva en el delito de omisión de la asistencia familiar y el incumplimiento por parte del sentenciado. Lo cual evidencia, que la prisión no satisface los derechos del menor alimentista, quien se sigue viendo perjudicado al no percibir su pensión. Asimismo, las conclusiones señaladas por este autor, nos dan luces para analizar la afectación no solo alcanza al alimentista, sino también a la familia en general, desde el punto de vista de aquellos integrantes, que dependían económicamente del sentenciado. Por lo que la propuesta de realizar el trabajo forzado para estos sentenciados a prisión efectiva se alza como una alternativa eficaz que será materia de discusión y análisis en la presente investigación.

Carranza (2017), en su tesis titulada: Justicia restaurativa en el modelo Penal actual: la importancia de las conversiones de penas. El cual tuvo como objetivo determinar la importancia de la conversión de penas en delitos de bagatela y su utilidad para la víctima y la sociedad. Esta investigación menciona como una conclusión, que la conversión y aplicación de penas relacionadas con penas de prestación de servicios a la comunidad en delitos de bagatela, satisfacen las necesidades de la víctima, consistentes en reparar el daño causado; y, por otro lado, cumple una función más resocializadora en el victimario, que la suspensión de ejecución de la pena.

Esta investigación resulta importante, ya que aporta dentro de sus conclusiones la importancia del trabajo comunitario para la resocialización del sentenciado, la cual se constituye como un mecanismo sancionador de mayor efectividad que la suspensión de la ejecución de la pena. Este análisis es propio de la justicia restaurativa que será materia de análisis, y contrastación con los resultados obtenidos en el presente informe.

Arenas (2016), en su tesis titulada: Propuesta normativa que permita a los sentenciados a pena de cárcel efectiva realizar trabajos forzosos remunerados. El cual tuvo como objetivo determinar la posibilidad de que los sentenciados a pena privativa de la libertad con carácter de efectiva, realicen jornadas de trabajo forzosas remuneradas. Esta investigación que tuvo como muestra a 95 informantes, entre ellos 60 abogados especialistas en derecho penal, 20 funcionarios trabajadores del INPE, y 15 internos sentenciados por diferentes delitos. El cual llego a la conclusión, que existe conformidad entre los sentenciados para realizar trabajo comunitario forzoso remunerado, teniendo en cuenta su capacidad física, y oficio o profesión que desempeñaban. Asimismo, concluye que el 48% de los sentenciados considera que deben recibir una remuneración, la cual debe ser entregada a sus familiares. Por otro lado, el 20% considero aceptable que sus ingresos sean destinados de de forma directa y automática a la cancelación de la respectiva reparación civil que adeuden. Los especialistas abogados y del INPE, consideraron apropiado la realización de los trabajos forzosos para poder cubrir los costos de mantenimiento de los reclusos, así como también poder brindarles una mejor atención, con los mismos recursos económicos que generen, debido a la crisis del hacinamiento de las cárceles en el Perú, y los escasos recursos que destina el Estado para esta institución.

Esta investigación resulta importante, ya que aporte información pertinente sobre el grado de aceptación de los internos en realizar trabajos comunitarios, y la aprobación de los especialistas en que sería una medida viable. Solo sería materia de estudio y análisis, determinar cómo se va administrar los recursos obtenidos por los internos que realicen trabajos forzosos, ya que según esta investigación no existe uniformidad sobre el destino de estos ingresos, y ello se podría justificar debido a las condiciones personales de cada sentenciado, y la condena que cumple.

Cárdenas (2016), en su tesis titulada “aplicación y cumplimiento de la pena suspendida en su ejecución, en los juzgados penales de Maynas del Distrito Judicial de Loreto, periodo 2011- 2013, en la cual se plantea como objetivo determinar las causas y razones de la indebida aplicación de la pena suspendida y del no cumplimiento de las reglas de conductas impuestas en la sentencia dentro del periodo de prueba de la pena suspendida. De acuerdo a la

investigación desarrollada, este autor pudo llegar a concluir que la excesiva carga laboral y la falta de capacitación de los jueces penales, quienes solo se limitan al controlar el pago de la reparación civil, sin embargo, ello no garantiza la resocialización del sentenciado, como si lo hacen otras reglas de conducta no controladas.

Esta investigación resulta importante, ya que nos ilustra acerca de la no resocialización del sentenciado, por la falta de cumplimiento de la labor que, realiza el personal jurisdiccional del Juzgado Penal de Maynas encargado de la ejecución de sentencia, sobre el cumplimiento de las reglas de conducta. Afirma este autor, que el juzgado solo se ocupa de controlar el pago de la reparación civil, lo cual no garantiza la resocialización del sentenciado. Con esta investigación podemos advertir no solo la poca eficacia de la suspensión de la ejecución de la pena para este delito, sino, además, la falta de control de los juzgados de investigación preparatoria en el seguimiento y control de las reglas de conductas impuestas en sentencia.

De la Cruz (2015), en su tesis para optar el grado de bachiller en Derecho, titulada La no suspensión de la pena en el delito de Omisión de la Asistencia familiar, en la cual tuvo como objetivo general determinar si resulta conveniente la no aplicación de las penas suspendidas en este tipo de delitos, en los casos que el denunciado no haya cumplido con el pago de la liquidación del proceso penal. Este autor pudo llegar a la firme convicción que no resulta conveniente la aplicación de la suspensión de la pena, debido a que el sentenciado se vale de este mecanismo procesal para alargar o prolongar el pago de la liquidación, o para efectuarla parcialmente en pagos fraccionados, dejando de lado y en segundo plano los derechos del menor alimentista reconocidos en la constitución.

Según las conclusiones arribadas por este investigador, la suspensión de la ejecución de la pena solo se convierte en un mecanismo dilatador del proceso penal, que afecta a los derechos del menor alimentista debido a que el sentenciado tiene la opción de cancelar en partes la liquidación adeudada.

1.2.3. A nivel local

Padilla (2018), en su investigación que tituló: el trabajo forzado y su inclusion como pena alternativa y/o accesoria para el delincuente reincidente.

Dicha investigación tuvo como objetivo elaborar una alternativa de solución más efectiva al buscar incorporación del trabajo forzado como alternativa en el derecho penal, que permita al sentenciado cumplir con la pensión adeudada, con fines de resocializar al delincuente reincidente. Llegando a la conclusión que con el trabajo forzado se puede reeducar al sujeto reincidente de este delito que tanto afecta al interés superior del niño, así mismo se busca rehabilitar al reo y se convierta en una persona útil para la sociedad, su familia y también para el estado.

La conclusión a la que arriba este autor, nos dirige hacia el modelo de justicia restaurativa, que está pensada no en la sanción como mecanismo represor del delito, sino más bien, en una sanción basada estrictamente en el resarcimiento directo a la víctima, y que apoye a la resocialización del sentenciado a través de trabajos comunitarios con carácter de obligatorios o forzados. Esta propuesta resulta importante dado que somos testigos que una vez que el condenado es privado de su libertad y recluido en un penal se le complica aún más su situación porque simplemente no paga lo adeudado y por otro lado se le recargan nuevas liquidaciones, por lo tanto privar de su libertad al delincuente no ha dado buenos resultados para prevenir este delito, o por lo menos para evitar su reincidencia o habitualidad.

Sifuentes (2017), en su trabajo de investigación denominado “Las facultades del juez de paz para imponer medidas coercitivas personales en los procesos alimentarios”. Este investigador se planteó como objetivo analizar la viabilidad de introducir dentro de las facultades del juez que conoce el proceso de alimentos, la facultad de imponer el arresto ambulatorio del demandado en los procesos de alimentos. De acuerdo a los resultados obtenidos por este autor, llego a la conclusión que, si resulta viable esta posibilidad, sin embargo, ello implicaría anular la facultad del fiscal penal para perseguir de oficio este delito. Llego a la conclusión que el juez de paz letrado o no letrado, podría imponer un arresto al demandado por un plazo de 48 horas, si previo requerimiento de pago, y sin justificación alguna no cumple con pagar las pensiones alimentarias.

Esta investigación resulta útil, toda vez que deja abierta la posibilidad de extender las facultades del juzgador de paz, privando de la libertad al

demandado, sin embargo, se aprecia que esta privación tiene un espacio temporal limitado, lo cual lo podemos calificar como positivo, y lo cual será materia de análisis en la presente investigación.

Hernández (2016), en su trabajo de investigación titulado: El modelo de justicia restaurativa en el procedimiento penal Juvenil en el departamento de Lambayeque y el nivel de rehabilitación de los menores infractores. El cual se planteó como objetivo determinar cuál ha sido el nivel de rehabilitación de los menores en conflicto con la ley penal, que se han sometido a la justicia restaurativa a través de la figura de la remisión. Esta investigación, que contó con la participación de 10 infractores encuestados, y la revisión de 10 expedientes en materia de infracción en delitos de lesiones- robo y hurto, llegó a la conclusión que la justicia penal restaurativa en los menores infractores se muestra favorable a la rehabilitación del adolescente al proporcionarle la oportunidad de reparar el daño ocasionado a la víctima, sin privarle de su libertad, lo que aprecian y valoran como una oportunidad que les brinda el Estado y la sociedad. Además, también llegó a la conclusión que los infractores encuestados, no han vuelto a reincidir o cometer un delito de la misma naturaleza afianzando el argumento de la eficacia de la justicia restaurativa.

Esta investigación resulta importante, ya que nos muestra un panorama de la justicia penal juvenil y la manera como viene aplicando la justicia restaurativa con resultados positivos en la rehabilitación, que también podrían ser aplicados al contexto del proceso penales para delitos cometidos por mayores de edad. Resulta importante destacar que su estudio hace referencia a los llamados delitos de bagatela, dentro de los cuales en los delitos comunes está considerado el delito de Omisión de la Asistencia familiar.

Bravo & Díaz (2016) , en su tesis denominada “la aplicación de medidas alternativas a la pena privativa de la libertad en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, 2015”. Este autor pudo llegar a la conclusión que hoy por hoy, resulta necesario fortalecer las políticas de educación social, rehabilitación y seguimiento para que los condenados puedan reincorporarse a la sociedad. Concluye este autor, que con ello se pretende que los delincuentes que hayan cometido delitos menores, puedan reintegrarse a la sociedad.

Esta investigación resulta útil, toda vez que nos vislumbra la posibilidad de aplicación de una justicia restaurativa para los delitos menores, y además de ello el seguimiento del condenado para su efectiva resocialización.

Sánchez (2016), en su tesis titulada “Análisis del cumplimiento de las sentencias por el delito de Omisión a la asistencia familiar en el segundo Juzgado de investigación preparatoria de Chiclayo”, en el cual se planteó como objetivo determinar el grado de efectividad y cumplimiento de las sentencias por este delito. De acuerdo a los resultados obtenidos, pudo llegar a la conclusión que, de cada 20 sentencias por el delito en referencia, solo 5 han sido meritorias de requerimiento de control de ejecución de la pena, por el incumplimiento del pago de liquidación acordado en audiencia de juicio oral. Concluye este autor, que deben existir mecanismos que permitan satisfacer de manera más oportuna las expectativas de la parte agraviada.

Esta investigación resulta útil, toda vez que nos permite advertir que existe cierto porcentaje de sentenciados que no cumplen con pagar las cuotas pendientes de las liquidaciones, lo cual genera un debate para la imposición de penas aún más drásticas, o en su defecto deja abierta la posibilidad para aplicar medidas más satisfactorias al interés de la parte agraviada.

1.3. Teorías relacionadas al tema

1.3.1. El derecho de Alimentos

Jara (2019), desde un punto de vista constitucional indica de una manera determinante que el derecho de alimentos, es un derecho fundamental, que se encuentra contemplado en nuestra constitución política, y este garantiza la subsistencia del ser humano, así mismo esta interconectado con derechos fundamentales tales como: derecho a la vida, la salud, educación, etc. Es importante, iniciar el presente tema señalando que el derecho alimentario tiene rango constitucional, y más aún, cuando los beneficiarios son personas vulnerables como menores de edad, ancianos en situación de abandono, o personas discapacitadas que por cuestiones obvias no pueden valerse por sí mismos. De aquí surge la obligación, de quienes se encuentran exigidos por la ley para atender las necesidades alimentarias de estas personas.

Por otro lado, desde una óptica clara de la legislación civil, el derecho a percibir una pensión de alimentos tiene su origen en las relaciones

intrafamiliares, la cual hace que esta sea exigible a través de la ley, cuando el alimentista no está en las condiciones para sostenerse por cuenta propia. En ese sentido, nuestro código civil establece los derechos, deberes y obligaciones de las personas, y desde el punto del derecho alimentario este tradicionalmente ha comprendido la obligaciones que existe entre los parientes de prestarse asistencia alimentaria, ya sea los padres a los hijos, cuando estos son menores de edad, o siendo mayores de edad cursan estudios superiores (hasta los 28 años), de por vida cuando padecen de alguna discapacidad permanente, o viceversa, la obligación de los hijos de apoyar a sus padres cuando estos por su avanzada edad, y por carecer de recursos económicos, no puedan solventar sus necesidades básicas.

Pineda (2018), considera que la naturaleza del derecho alimentario, se deriva del derecho básico, el cual es innato e intrínseco al ser humano, por lo que ha sido reconocido en el código civil y penal, así como por la jurisprudencia y doctrina del derecho, y amparado también a nivel constitucional y por los convenios internacionales de los cuales nuestro país es parte.

Para este autor, la naturaleza del derecho de alimentos, es algo innato y natural al ser humano, propio de su ser, y que por lo tanto ha sido recogido en los diversos mecanismos normativos nacionales e internacionales ,para así de esta manera velar por el total y oportuno cumplimiento de la obligación de prestar alimentos por parte del alimentista.

El derecho alimentario, por la misma naturaleza del ser humano, es un derecho irrenunciable, según Ramos (2013) es innato al ser humano, y su reconocimiento y exigencia responde a satisfacer las mismas necesidades del hombre, por lo que no puede ser transmitido ni heredado a otros. La irrenunciabilidad, viene a ser una característica fundamental del derecho alimentario, ya que resulta indispensable para el desarrollo del hombre, en las diversas etapas de su vida, y sobre todo en aquellas que por su condición de vulnerabilidad los requiere con mayor urgencia, como en el caso de los niños(as) y los adultos mayores, o personas que presentan ciertas limitaciones para valerse por sí mismas..

Al respecto Ramos (2013), ha señalado que no se puede renunciar al derecho alimentario bajo ninguna circunstancia, debido a que afecta directamente a la normal subsistencia del alimentista ya que ello pondría en riesgo la subsistencia del alimentista, y sería contrario al ordenamiento jurídico que prevé lo necesario para subsistencia. Asimismo, también señala que es intransferible, debido a que no puede ser traslado este derecho a otra persona, ya que su fundamento reposa en la subsistencia del alimentista. Entonces encontramos la justificación del derecho alimentario, la cual servirá al beneficiario para su subsistencia, y esto implica que no puede ser materia de renuncia de ninguna manera, por ejemplo, la madre no puede renunciar a percibir la pensión alimentaria a favor de su menor hijo, puede conciliar judicial o extrajudicialmente acordando un monto, pero no renunciar a este derecho, porque básicamente iría en perjuicio del alimentista más que de la propia madre.

Desde esta perspectiva, el derecho de alimentos contiene dos características básicas: la irrenunciabilidad, y la transferibilidad, que buscan garantizar la subsistencia del alimentista.

Cuando hablamos de alimentos, es preciso, abordar el tema de la asistencia familiar, entendida como aquel concepto legal, que exige al que los miembros de la familia, asistirse en lo que respecta a la alimentación, vestido, vivienda, educación, salud, recreación, conforme a las posibilidades de los obligados. (Silva y Negrón, 2010).

En ese sentido, la asistencia familiar debe ser entendida como aquella obligación legal, nacida de la norma, y de obligatorio cumplimiento que impone a los obligados a prestar alimentos a los miembros de su familia.

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos el concepto de alimentos, y los aspectos que abarca, así, el artículo 472 del código civil, establece que alimentos es todo aquello indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, del alimentista. Asimismo, señala que cuando se trata de un menor de edad, los alimentos también comprenden la educación, instrucción y capacitación para el trabajo. En ese sentido, nuestra legislación permite que el alimentista mayor de edad, pueda exigir o tenga derecho de una pensión alimenticia hasta los 28 años de edad como máximo, siempre

que se encuentra cursando estudios superiores (técnicos o universitarios) de manera satisfactoria; entienda este último término, por notas aprobatorias. Asimismo, cuando se trata de hijos que cuenten con alguna discapacidad, los padres deben de procurar su sostenimiento alimentario durante toda su vida.

Según nuestro Código de Niños y Adolescentes en su Artículo 101° dispone varios aspectos que abarcan los alimentos, entre ellos se cuentan la habitación o vivienda, vestimenta, educación, instrucción, capacitación para el trabajo, asistencia médica, recreación. Asimismo, considera como alimentos los gastos de embarazo desde la concepción hasta la etapa post parto. Podemos verificar que el concepto alimentos, tiene un contenido abstracto y amplio, que a su vez involucran otros derechos básicos de la persona humana, que va desde la alimentación hasta la asistencia médica.

Según el autor Salinas (2010), agrega además que el derecho de alimentos comprende también los gastos de embarazo y parto de la madre. Es por ello que nuestra legislación civil ha previsto mecanismos que hacen posible su exigibilidad a través de la demanda de alimentos y gaste pre y post natales.

Entonces, el concepto de alimentos, no se limita a la alimentación propiamente dicha, sino que abarca todos aquellos aspectos que se hacen necesarios para el sostenimiento del alimentista, y que le permitan llevar una vida digna.

1.3.2. El derecho de alimentos en el código civil

En nuestro código civil encontramos regulado los alimentos en el artículo 472, el cual establece que este concepto abarca todo lo necesario para el sostenimiento del alimentista, como salud, vestimenta, atención médica, educación, y capacitación para el trabajo. Sin embargo, todo ello se hará en base a las posibilidades económicas de la familia.

Asimismo, encontramos regulado en el artículo 474, a los sujetos de la familia que están comprendidos en la obligación de prestarse alimentos mutuamente, así tenemos, que se deben alimentos: los conyugues, los ascendientes y descendientes, los hermanos.

Por otro lado, el artículo 483, señala que el obligado a prestar la pensión alimenticia, puede solicitar la suspensión o disminución de dicha pensión, de tal forma que no exponga su propia subsistencia o de otras personas que de él dependan económicamente. Asimismo, puede solicitar la exoneración de la pensión, cuando ya no existe la necesidad de prestar alimentos al menor, como es el caso de la mayoría de edad de los hijos, o al cumplir los 28 años cuando siguen cursando estudios superiores. Sin embargo, este derecho alimentario se extiende de por vida, en aquellos alimentistas que tengan alguna limitación física o cualquiera otra que les permita desenvolverse por sí mismos.

Asimismo, el artículo 93 del código de niños y adolescentes, establece una orden de prelación para la asistencia alimentaria, así menciona que, ante la ausencia de los progenitores o si se desconoce de su paradero, deberá prestar alimentos los hermanos mayores de edad, los abuelos, los aherientes colaterales hasta el tercer grado, y otros responsables del alimentario que estén obligados por ley.

Cuando hablamos del código civil, nos referimos a un conjunto de normas que reconocen derechos a todos los ciudadanos, pero cuando no son cumplidas o respetadas, tenemos expedito el derecho para recurrir ante el órgano jurisdiccional a fin de que resuelva el conflicto de intereses con relevancia jurídica.

Por ejemplo, tenemos en el código civil regulado las normas relativas a los alimentos, y a la vez está orientada procedimentalmente por el código procesal civil, donde se establece tal procedimiento. Por otro lado, también encontramos el código de niños y adolescentes que regula la pretensión alimentaria de menores de edad, la misma que tiene una connotación de carácter económica, y va dirigida al padre o familiar responsable de la manutención establecida por la ley.

En conclusión, el derecho de alimentos se encuentra regulado en el artículo 472 y siguientes del código civil, concordante con el código de niños y adolescentes, como un derecho común a todos los ciudadanos, el mismo que ante su incumplimiento puede ser invocado judicialmente a través de un

proceso judicial de demanda de alimentos, el mismo que se orienta con las normas del código procesal civil.

1.3.3. Regulación Constitucional de la familia

Gutiérrez (2017), señala que fue la constitución política de 1933, la que por primera vez reconoce la tutela de la familia. En esta misma línea constitucional siguió la carta magna de 1979, reconoce a la familia como una organización natural con un rol y un protagonismo fundamental de la nación. Y finalmente llegamos a la Constitución Política de 1993, que reconoce a la familia como el núcleo básico de origen natural y que cumple un rol fundamental de la sociedad. Es decir, a partir de 1933 se da un arraigo de protección constitucional de la familia, que se ha venido manteniendo hasta la fecha, y en ese mismo orden han seguido las normas de menor rango como el código civil, y los tratados internacionales sobre derecho de familia.

Nuestra constitución política, a través de su artículo 4, establece que la institución familiar es considerada una institución natural y fundamental de la sociedad, en la cual consagra una protección especial al niño(a), al o la adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. Esta protección que procura, está a cargo del estado y de la sociedad, quienes están en el deber de brindar un especial cuidado, el cual se manifiesta mediante las diversas instituciones jurídicas como el código civil, código de niños y adolescentes, leyes especiales de protección, etc.

Se desprende de este artículo que el Estado promueve una especial protección a la familia, y en especial al niño, adolescente, a la madre y el anciano, el cual se ve plasmado en normas infra- constitucionales, como el código civil, código de niños y adolescentes, normas penales que sancionan conductas que atentan con estos, y tratados internacionales del cual el Perú forma parte.

Por otro lado, nuestra carta magna a través del artículo 6 reconoce que la política nacional tiene como objetivo promover y difundir la paternidad y maternidad responsables, convirtiéndose en un pilar básico que consolida la realización y/o ejecución de su política sobre la responsabilidad de padres y madres para consolidar mejor la familia como institución básica de la sociedad, en cuanto al apoyo y soporte económico y moral.

Sin embargo, el deber no solo abarca a los padres, sino también a los hijos respecto de sus progenitores, quienes se deben respeto y amparo mutuo, más aun cuando hablamos de las obligaciones de carácter alimentario que deben prestarse cuando los hijos por su minoría de edad e incapacidad física y legal para poder sostenerse por ellos mismos, necesitan del apoyo de sus padres; y viceversa, los padres cuando por su avanzada edad, o discapacidad necesitan de apoyo de sus hijos.

Por otro lado, encontramos que nuestra Constitución Política también ha señalado en el literal c) del artículo dos incisos veintidós de la Constitución Política del Estado Peruano, señala que no hay prisión por deudas, lo que significaría, según Bramont (2009), que el artículo ciento cuarenta y nueve del Código penal, resultaría inconstitucional.

Por un lado, apreciamos que nuestra Constitución Política promueve la unión familiar, el matrimonio, la paternidad y maternidad responsable, sin embargo, cuando nos adentramos a nuestro código penal, encontramos tipos penales que son adversos a esta finalidad constitucional. Con ello no quiero decir que sean normas banales, e insignificantes, sino que son mecanismos extremistas que no están mostrando resultados positivos, al menos no para la víctima.

Entonces, podemos afirmar que hay un problema social grave en nuestra sociedad, que tiene que ver con la paternidad y maternidad responsable, más que con las leyes. Y es que en nuestra sociedad tenemos diversos tipos de familias, de padres separados, hijos abandonados, familias reconstituidas, hijos adoptados, entre otros, y no se ha generado un verdadero sentido de responsabilidad y solidaridad entre los miembros e integrantes de las familias.

1.3.4. **El derecho penal como medio de control social**

Cárdenas (2016), señala que el derecho penal es un instrumento formalizado de control social, el cual busca a través de un catálogo de delitos y penas, advertir al ciudadano de ciertos comportamientos que no se toleran por atentar contra determinados bienes jurídicos. Por lo que el derecho penal, busca a través de la pena, prevenir la comisión de ilícitos penales para quienes aún no han delinquido, y por otro lado, a través de la sanción penal, pretende resocializar al delincuente.

Este control social institucionalizado, se ejerce a través del poder estatal de manera coactiva, a todos los ciudadanos que infrinjan ciertos modelos de conducta diseñados en la ley. Esta reacción de castigo, se le conoce como sanción.

Peña (2014), acota que este poder estatal coercitivo se ejerce a través de agentes institucionalizados, como la Administración de Justicia, INPE, Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional, y todos que constitucionalmente están facultados para imponer y ejecutar sanciones, o como diría Zaffaroni, las agencias del derecho penal.

Cuando el legislador acude al derecho penal, es porque considera que no existen otros mecanismos menos lesivos que sirvan para controlar la vida en la sociedad, así es como surgen los tipos penales que sancionan determinadas conductas (Hurtado, 2012, p.61).

Esto nos lleva a considerar al derecho penal, como un mecanismo de control social que se aplica en última instancia, para reprimir aquellas conductas que no han podido ser corregidas a través de las otras ramas del derecho o mecanismos alternos de solución de conflictos.

Peña (2014), señala que la criminalización de una conducta por el derecho penal, pasa por un filtro legislativo que tiene que ver con los principios de mínima intervención de derecho penal, y su efectiva aplicación en ultima ratio. El primero permite hacer un estudio sobre la necesidad de la intervención del derecho penal, y el segundo sobre la posibilidad de aplicar vías menos lesivas que la sanción penal, y que de igual forma podrían apoyar a solucionar el problema.

Es preciso tener en cuenta que el derecho penal tal como lo conocemos actualmente, ha sufrido una suerte de variaciones, llegando a humanizar las penas. Así, por ejemplo, desde los castigos físicos y corporales que antiguamente se hacían en nombre del derecho penal, hoy en día han sido eliminados de la mayoría de legislaciones, manteniéndose vigentes en todas las privaciones de la libertad temporal o perpetua, y otras aplicando la pena de muerte. Sin embargo, este avance del derecho penal en las sociedades actuales, merece un estudio que genere una discusión seria sobre el propósito que cumple, y si es que en realidad lo cumple.

Zaffaroni (2009), nos dice que El estado ha confiscado el derecho de la víctima dentro del proceso penal, donde a este solo le importa que el delincuente sea sancionado por infringir la ley, pero no le preguntan a la víctima si se encuentra conforme con la sanción impuesta a su victimario. Esto se representa en la mayoría de delito, y en mucho de ellos a la víctima solo le interesa que se le repare el daño causado, lo cual nos hace pensar en un modelo de justicia penal restaurativa.

1.3.5. **El Derecho penal y la familia**

Derecho penal y familia

Mayorga (2017), ha precisado que muchos doctrinarios consideran que la intervención del derecho penal en el ámbito familiar, representa una intervención negativa que complica aún más la situación económica de la familia, y a generar más distanciamiento entre sus miembros, por lo que el Estado debería de abstenerse de intervenir a través de este medio punitivo. Sin embargo, considera este autor, que se justifica dicha intervención en la medida que pretende hacer cumplir esta obligación parabién de la familia y la subsistencia del alimentario, cuando dolosamente pretenden desentenderse de esta obligación, poniendo en riesgo la vida y salud de los agraviados.

La intervención del Derecho Penal en el ámbito familiar, trae como consecuencia positiva, el mensaje que se envía a la ciudadanía para que internalicen y reafirmen la convicción de la obligatoriedad del cumplimiento de las obligaciones que como padres nos corresponden de manera natural y legal, Cuando se trata del incumplimiento de obligaciones alimenticias, el derecho penal interviene para garantizar y cautelar los derechos del menor alimentista, y tanto para proteger a la familia como erróneamente los consideran muchos tratadistas, y esto, debido a que cuando ingresamos al ámbito del derecho penal por el delito de omisión a la asistencia familiar, ya encontramos a la familia desintegrada, donde el padre obligado se encuentra apartado del núcleo familiar, e inmerso en un proceso penal.

Es decir, desde el momento que una de las partes recurre ante el órgano jurisdiccional en la vía civil, solicitando una pretensión alimenticia, es porque ya existe una desintegración de la familia, y es así como es como ingresa al derecho penal, en el cual la situación empeora, pero no la genera, o no nace

aquí. Por lo que el derecho penal, no afecta primigeniamente a las relaciones familiares, sino solo pretende garantizar el cumplimiento de los derechos alimentarios.

1.3.6. Tratamiento legal del delito de omisión de la asistencia familiar

En nuestro país, el delito de omisión de la asistencia familiar ocupa el segundo lugar en nivel de incidencia, sobre todo a nivel penitenciario, encontrándose después de los delitos contra el patrimonio.

Nuestro código penal de 1991, en su artículo 149 contempla el delito de omisión de la asistencia familiar, estableciendo una sanción punitiva no mayor a tres años de pena privativa de la libertad, y la prestación de trabajo comunitario. Como se aprecia del quantum punitivo de este delito, advertimos que la sanción es poco agresiva, es mínima, o irrisoria, ya que por cuestiones de política criminal el legislador lo ha creído por conveniente establecer en este parámetro, y ello se explicaría en la medida, que existe un vínculo paterno- filial entre las partes procesales inmersas en el tipo penal de omisión a la asistencia familiar, y no podría afectar o perjudicar esta relación sanguínea, o legal, más allá de lo necesariamente permitido para garantizar el cumplimiento de la obligación , una sanción penal proporcional.

En el Perú, el antecedente próximo al delito de Omisión a la Asistencia Familiar, lo encontramos en 1962 cuando se reguló con la Ley 13906 del 24 de marzo, bajo el título de Ley de Abandono de Familia, actualmente derogada. Este antecedente legislativo, previa y sancionaba en aquel entonces las conductas omisivas de padres que se desvinculaban de su obligación con sus hijos, y que poco a poco ha ido evolucionando hasta la actual regulación normativa- penal del delito de omisión a la asistencia familiar conforme lo conocemos en el código penal de 1991.

El Código Civil, señala que la asistencia familiar está relacionada con el concepto jurídico de los alimentos, el cual abarca diversos aspectos relacionados a la satisfacción de necesidades mínimas de la persona humana y los cuales se miden de acuerdo a las posibilidades económicas de la familia, o del obligado a prestar la obligación alimentaria. Es decir, debe existir una relación proporcional entre la obligación alimentaria y la condición

económica del padre demandado, de tal forma que pueda cumplir con la obligación, y esta no resulte inalcanzable.

El tratadista Ezaine (2001), afirma que la omisión de la asistencia familiar, es el núcleo de los atentados delictivos que atentan contra la familiar, y que comprenden varios derechos, entre ellos el derecho vital de la alimentación, una adecuada educación/formación, salud, recreación, vestimenta, entre otros.

Belluscio (1993), señala que la obligación alimentaria, reposa en el principio de reciprocidad que se deben entre parientes, para que puedan recibir el apoyo ante las diferentes situaciones dificultosas que puedan presentarse en la economía familiar. Esta obligación que surge de la idea de solidaridad, hoy en día se ha convertido en una obligación que emana de la ley civil, y su incumplimiento se sanciona penalmente.

Para Rodríguez y Serrano (2004), el omitir las obligaciones respecto con la asistencia alimentaria, es considerado como un abandono económico y desprotección para quien se protege, que recae en la figura del alimentista como parte agraviada. El omitir prestar alimentos, atentará contra la seguridad de quien debe recibirlos, ya que pondrá en riesgo su vida, integridad física, mental, y su desarrollo como ser humano.

Peña (2017), señala que el abono de la familia, es un concepto derivado del derecho civil relacionado con la asistencia familiar, y se introduce en el ámbito del derecho penal, buscando un mecanismo que garantice el cumplimiento efectivo de este derecho alimentario. Es decir, el derecho nace en la vía civil, sin embargo, el incumplimiento hace del derecho penal el ente encargado de realizar la ejecución coactiva de la esta obligación. Así entiende, que este delito es de efectos permanentes porque se extiende en el tiempo durante el incumplimiento de la prestación alimenticia.

Para entender el delito de omisión de la asistencia familiar, debemos tener en cuenta que debe de existir un mandato judicial previo que determine la obligación dar alimentos y que se requiere del estado de necesidad del alimentista.

Al respecto, es uniforme la doctrina en señalar que las necesidades económicas de los beneficiarios alimentistas menores de edad, se presumen

por su misma condición de ser humanos, y más aún, por su corta edad que requieren todo el apoyo necesario de sus progenitores. Es decir, no tienen que ser probados, sino que el juzgador atendiendo al caso, deberá evaluar cuáles son las necesidades básicas que requiere para su subsistencia.

Rojas, Infantes, y Quispe (2007) han sostenido que el tipo penal de omisión de la asistencia familiar sanciona el comportamiento consistente en omitir pasar alimentos, ordenado mediante resolución judicial, en el cual se busca el amparo de la familia, y en especial, de los deberes de tipo asistencial, según lo ordenado en la sentencia civil, que puede abarcar al padre como obligado respecto de sus hijos, o viceversa.

El delito de omisión a la asistencia familiar se materializa o consuma cuando el obligado de manera dolosa, o intencionada omite cumplir con su obligación de prestar los alimentos que le fueron impuestos en sentencia en la vía civil (Campana, 2002). Es decir, para hablar de omisión a la asistencia familiar, debe existir previamente una resolución que haga exigible el pago de una obligación alimentaria a favor del alimentista, en tanto que su incumplimiento dará a lugar a la configuración del delito de omisión a la asistencia familiar.

En ese sentido Pinilla (1988) considera que para solicitar una pensión alimenticia no es necesario que el alimentista se encuentre en una situación de indigencia, sino que es suficiente con que no logre los ingresos suficientes para vivir modestamente, considerando el nivel social o los ingresos de su familia, en especial de la persona obligada a prestar alimentos.

En ese sentido, se entiende que los alimentos son el derecho que le corresponde a toda persona que se encuentre en estado de necesidad para solicitar a sus familiares, que le provean de lo necesario para poder vivir dignamente.

En conclusión, el tratamiento legal que recibe el delito de omisión de la asistencia familiar, se encuentra tipificado en el artículo 149 del código penal, el cual requiere como requisito previo la sentencia de alimentos dictada en la vía civil, lo cual encuentra su fundamento en el derecho de alimentos contenido en el código civil.

1.3.7. El delito de omisión de la asistencia familiar en el código penal

El artículo 149 prescribe: El que incumple obligaciones alimentarias ordenadas por mandato judicial será sancionado con privación de su libertad no más de tres años, o con servicios a la sociedad de veinte a cincuenta y dos jornadas, aún en cumplir con la orden judicial. Asimismo, prevé una pena mayor, cuando el obligado pretende simular otra obligación alimentaria en acuerdo con un tercero, o se retira de manera maliciosa de su trabajo, en estos casos la pena aumenta hasta los cuatro años. De igual forma, se considera como circunstancia agravante, si como consecuencia del incumplimiento alimentario muere la víctima, entonces la pena será entre dos a seis años.

Es necesario tener en cuenta, que el presente delito es de naturaleza dolosa, ella implica que no se puede sancionar al obligado, cuando actúa por imprudencia, culpa o desconocimiento de la obligación, como suele ocurrir en los casos de las notificaciones defectuosas o realizadas en domicilio distinto al demandado.

En esa misma idea, ha quedado sentada nuestra jurisprudencia que señala que este delito es de naturaleza dolosa, es decir, existe la voluntad y conocimiento del autor, no cabe, por tanto, la culpa, el error o desconocimiento del agente. Debe existir la voluntad de incumplir una obligación alimentaria establecida mediante resolución judicial para que se configure el tipo penal de omisión a la asistencia familiar. (Rojas, Infantes, y Quispe, 2007).

Asimismo, dentro de este tipo penal, encontramos otro elemento llamada culpabilidad, que viene a ser la capacidad del sujeto activo para responder penalmente por sus actos. En esta etapa el fiscal o juez está en la obligación de analizar y determinar si el autor del delito es imputable o no tiene la capacidad para responder por sus actos, debido a una anomalía psíquica o mental que le permite percibir adecuadamente la realidad. (Salinas, 2008).

a) Sujeto activo

El tipo penal del artículo 149, establece que puede ser sujeto activo cualquier persona en calidad de progenitor que tenga una obligación directa de cumplir una prestación alimentaria, previamente establecida en la vía judicial civil (Cárdenas, 2016, p. 80).

Así, por ejemplo, nuestro código civil, señala que existen deberes de asistencia legal recíprocos entre padres – hijos y viceversa, también entre conyugues. Sin embargo, se debe de considerar la obligación que debe nacer de una sentencia de alimentos dictada por un juez competente en la vía civil. Es decir, el derecho alimentario, surge del mandato que dicta el juez a favor del alimentista.

b) Sujeto pasivo

Salinas (2017), indica que el sujeto pasivo o la víctima en este tipo penal, se refiere al alimentista que puede ser toda persona a quien debe otorgarse una pensión alimenticia, emanada por resolución judicial en materia civil. (p. 120).

Por ejemplo, puede ser sujeto pasivo el alimentista con minoría de edad , o con mayoría de edad (hasta 28 años), que continua estudios superiores satisfactorios; así también puede ser víctima el padre mayor de edad, que no puede valerse por sí mismo; puede serlo también el conyugue imposibilitado de laborar. Así también, puede ser el nieto, sujeto pasivo, en aquellos casos cuando hayan demandado a sus abuelos, ya sea porque sus padres fallecieron, o se encuentran impedidos de capacidad legal.

c) Tipicidad subjetiva

Salinas (2012), señala que el delito de omisión de la asistencia familiar, es un tipo penal que requiere el elemento subjetivo del dolo, ya que no se admite comisión por imprudencia o culpabilidad. Esto quiere decir, que el obligado debe tener la voluntad y conocimiento de querer incumplir el mandato judicial de alimentos ordenado mediante sentencia, este elemento subjetivo, es el que precisamente sanciona el delito.

A manera de ejemplo, no procede procesar por omisión de la asistencia familiar, al demandado a quien se le notifico la resolución que le exige cumplir con el pago de la liquidación bajo apercibimiento de remitir copias al Ministerio Público , cuando esta se realizó en un domicilio distinto, y por lo tanto no tuvo conocimiento oportuno de dicho mandato. En este caso, nos encontraríamos ante una causa de atipicidad, ya que no concurren todos los elementos del tipo penal (dolo), Atraves de los cuales el fiscal, o en todo caso el juez penal, deberá absolver al procesado.

Sin embargo, ello no implica que el alimentista no podrá percibir la deuda alimentaria, sino que se trata de cuestiones procedimentales que pueden ser subsanados en la instancia correspondiente, y volver a realizar el trámite conforme a ley. Por ejemplo, pueden pedir que se cumpla con notificar válidamente al demandado.

d) Momento de consumación del delito

De la Cruz (2015) señala que no existe uniformidad en la doctrina sobre el momento de consumación del delito de omisión de la asistencia familiar, sin embargo, señalando a Bramont, afirma que el delito se consuma desde el momento en que se vence el plazo legal del requerimiento de pago que se le otorga al sujeto activo, bajo apercibimiento de remitir copias certificadas al ministerio público, sin que este haya cumplido con realizar el pago de la liquidación.

Si bien, algunos autores argumentan que el delito se consuma desde el momento en que el obligado deja de pasar las pensiones mensuales, por principio de legalidad, el demandado penalmente solo está obligado desde el momento que le requieren el pago de la liquidación total bajo apercibimiento de remitirse copias certificadas al ministerio público.

1.3.8. El bien jurídico protegido

El bien jurídico, es aquel con valor abstracto de mayor importancia para una sociedad, y que, por lo tanto, es materia de protección por las leyes. Así, por ejemplo, podemos señalar que la vida es un bien jurídico, la salud, el patrimonio, la fe pública, entre otros. Y cuando cualquier persona atenta contra estos valores axiológicos o bienes jurídicos protegidos, es pasible de una sanción conforme a las normas que regulan nuestro sistema penal.

Según Rojas, Infantes y Quispe (2007), el bien jurídico protegido viene a ser la familia como institución, y más concreto las obligaciones de tipo asistencial que mutuamente se deben sus integrantes. Como sabemos la familia tiene protección constitucional, y el estado y la sociedad son los encargados de promoverla a través de los diversos mecanismos de control social, entre ellos, el derecho penal a través de las sanciones que se establecen para las conductas ilícitas.

El bien jurídico, viene a ser un axioma superior de interés común para la sociedad, por lo tanto necesita de protección jurídica, es por ello que interviene el derecho penal como forma de control social, a través del cual se contemplan diversas sanciones punitivas que pretenden la protección de determinados bienes jurídicos reconocidos por las leyes del país. (Mori, 2014, p. 86).

Figure (2015), Menciona que el delito de omisión de asistencia familiar, es un tipo penal omisivo, en el cual titular del bien jurídico se encuentra en peligro por lo que se le impone al obligado él debe de asistirle económicamente al alimentista, basado en el principio de solidaridad que se deben los integrantes de la familia. Con esto se busca garantizar el derecho a los alimentos, y procurarle al alimentista una vida digna de acuerdo a las posibilidades económicas que tenga el obligado.

Agrega este autor, que la familia es indudablemente el bien jurídico protegido, el mismo que se encuentra decretado en el pacto de San José de Costa Rica, en el cual lo establece como la institución natural y fundamental de la sociedad, y que la sociedad y el estado deben proteger.

Por otro lado, tenemos a Campana (2002), quien ha señalado que este tipo penal no protege al bien jurídica familia, sino más bien a los deberes de tipo asistencial, teniendo en cuenta que la familia muchas veces cuando pasa al ámbito penal ya se encuentra totalmente disuelta y resquebrajada, por lo que no hay sustento ni fundamento que nos permita argumentar su protección como grupo familiar.

Peña (2017), ha precisado que el derecho penal no protege directamente a la familia, sino a las relaciones que emanan de esta, sobre todo aquellas de tipo asistencial, que propugnan la seguridad de sus integrantes, mas que la propia concepción familiar.

1.3.9. **Pena aplicable**

Según el artículo 149 del tipo penal de omisión de la asistencia familiar, esta conducta en tu tipo base se sanciona con una pena no mayor a tres años de pena privativa de la libertad, o con la realización de jornadas comunitarias de veinte a cincuenta y dos jornadas, sin perjuicio de con cumplir con lo establecido por el órgano judicial correspondiente , es decir el pago de la liquidación alimenticia adeudada.

Asimismo, este tipo penal postula una agravante referida a la simulación de otra obligación, renuncia o abandono de trabajo, en la cual la pena a imponer se aumentó a no menor de un año ni mayor de cuatro años. Asimismo, cuando se produzca la muerte del alimentista, la pena no será menor de tres ni mayor de seis años (Salinas, 2012).

1.3.10. Fundamentos en contra del delito de omisión de la asistencia familiar

Este planteamiento nos da a conocer que la intervención del derecho penal como última ratio para frenar este avance no es el más indicado, debido a que se parte de una equivocada interpretación de la función que se le atribuye al derecho penal. Se señala que el derecho penal solo debe intervenir como ultima ratio, cuando sea estrictamente necesario, y no poner en acción el poder punitivo, solo por inoperancia o falta de soluciones con las otras ramas del derecho. En ese sentido, este sector doctrinario considera que la vía civil es la más apropiada para tratar los problemas relacionados con la familia y el deber alimentario, y ello en concordancia con la protección constitucional que se le brinda a la familia.

Este sector de la doctrina considera que el problema de la familia, debe ser abordado desde el derecho civil, ya que resulta ser la institución más apropiada de acuerdo a los fines que establece la ley en cuanto a la protección constitucional que merece. (Gonzales, 1977).

1.3.11. Las teorías de las penas

1.3.11.1. La pena y su finalidad

Bramont (1998), Nos indica que el término pena, tiene su genesis en el latín poena, que quiere decir castigo, tormento físico, padecimiento. Sin embargo, actualmente se conceptualiza a la pena como una sanción jurídica que se le impone a una persona responsable de un delito, por violar una norma prohibitiva, previamente establecida por el legislador (nullum crime, nulla poena sine lege) (p. 101). Esto nos lleva a establecer que la pena es una consecuencia legal, por la infracción a una ley.

Por otro lado, Luzón (1999), señalaba que la pena se refiere en si a viene a la consecuencia jurídica más tradicional para perseguir el delito, y hoy en día sigue manteniendo su misma aplicación, para sancionar aquellas

conductas reprochables para la sociedad, a través de la privación de la libertad, o restricción de derechos del delincuente.

La pena, en efecto, es entendida como un castigo que equivale a la privación de un bien jurídico (libertad, embargo, multa, reparación civil, inhabilitación, etc), que emite la autoridad competente, a quien ha sido hallado responsable de una infracción al derecho.

En este sentido, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República sostiene que “(...) la pena debe cumplir un fin eminentemente preventivo dentro de la sociedad, facilitando la reconciliación normativa del autor con el orden jurídico, afianzando el respeto de las normas por parte de los ciudadanos; así pues, la pena debe buscar un efecto preventivo especial positivo con el fin de incidir favorablemente en la responsabilidad del infractor y cuando esto no fuera posible debe evitarse que se desocialice o empeore la situación del culpable en desmedro de su dignidad humana (...)” (Recurso de Nulidad N° 4665-2009-Lima, fundamento 07, in fine.).

Cárdenas (2019), señala que la pena se fundamenta por su misma necesidad como manera de frenar la comisión del delito para mantener el orden en la convivencia social (p.4). Ya que existen diversos conflictos de intereses surgidos en toda comunidad, sin embargo, no todos son merecedores de una represión penal, sino que solo aquellos que revistan determinada gravedad para los bienes jurídicos protegidos.

1.3.11.2. Teorías de las penas

a) Teorías absolutas o retributivas

Como máximos exponentes de las teorías retributivas encontramos a Kant y Hegel. Esta teoría postula que a través de la pena se hace justicia al culpable por el acción dolosa cometida, basado en la ley del talión se le impone un castigo por el daño ocasionado. Las teorías retributivas son las aplicadas normalmente en las legislaciones actuales. (Cárdenas, 2019).

Kant, percibe a la pena como un fin en sí mismo, por lo que esta solo se fundamenta para sancionar un mal cometido por el delincuente (Peña, 2013, p. 44).

Entendiéndose así la pena hoy en día, se puede decir que la mayoría de legislaciones aplican la teoría retribucionista de la pena, en donde se busca sancionar los delitos más graves, imponiendo el castigo para los culpables, incluso las concepciones religiosas ven a la pena como una explicación necesaria del mal cometido.

Por otro lado, Peña (2014), haciendo una crítica a la teoría retribucionista, señala que la pena como parte la imposición de un mal, no contribuye en la socialización del delincuente, que por lo general viene a ser esta la causa de la comisión de delitos. Por lo que afirma que la pena no es el medio adecuada de la lucha contra la delincuencia.

Siguiendo esta idea, Zaffaroni (2009) señala que El estado confisca el derecho de la víctima como parte agraviada en el proceso penal, y sobre todo le importa que al delincuente se la procese y sentencie. Es decir, se deja de lado el interés resarcitorio del agraviado, y solo se pretende la imposición de una pena, como castigo al infractor.

Por otro lado, quienes se muestran a favor de las teorías absolutas señala que están usan al condenado para fines preventivos generales, es decir, para amedrantar al resto de la población mediante la aplicación de penas severas efectivas que sirvan como ejemplo para el resto de la comunidad. (Cárdenas, 2016, p. 55). Según esta postura, el resto de la población que aún no ha cometido ilícito penal, se abstendrá de realizar cualquier delito por temor a ser sancionado.

Roxin, a favor de la teoría retribucionista señala que esta genera a la pena y con ello al derecho penal, la función de realización de justicia. (Peña, 2014, p. 47). Para este autor, es posible alcanzar la justicia en una sociedad, a través de la imposición de sanciones a quienes quebranten la ley.

En conclusión, las teorías absolutas o retributivas apoyan a la sanción penal, como medio de castigo para reprimir conductas ilícitas.

b) Las teorías relativas o preventivas

En contrario sensu a la teoría retribucionista, Bramont (1998), señala que la teoría preventiva busca la prevención del delito respecto del autor que infringió la ley penal, para que no vuelva a delinquir. Para ello el estado recurre a la resocialización o rehabilitación del delincuente. (p.76). Es decir, a través

de la imposición de la pena se pretende que la delincuencia se rehabilite para que ya no vuelva a delinquir.

Cárdenas (2019), postula que, para esta teoría, la pena no constituye un fin en sí misma, sino un medio de prevención. Pues, encuentra su fundamento y fin en la disuasión futura de una infracción penal (p.4).

A su vez la teoría preventiva, se subdivide en dos: teoría de la prevención general y especial.

Peña (2014), nos precisa que la teoría de la prevención general, ven en la pena un instrumento intimidador para que todos los ciudadanos en general, hayan delinquido o no, se abstengan de hacerlo en el futuro. (p. 47).

Para su principal exponente de la teoría de la prevención general, Feuerbach, el objetivo de la aplicación de una pena o condena tiene su núcleo en la necesidad que representa hacer frente de la efectividad de la amenaza penal, ya que sin esta amenaza quedaría inefectiva. Entonces esta es concebida como una manera de enviar un mensaje de tipo psicológico sobre toda la comunidad para que no cometan delitos que atenten contra la familia en este caso en especial. (Cárdenas, 2019).

Por otro lado, la teoría de la prevención especial, tiene como su máximo exponente al alemán Franz Von Liszt. Esta teoría sobre la pena considera a esta como una importante herramienta para hacer cumplir la ley que se dirige a la enmienda, intimidación para asegurar la sanción de un delito. se busca que la persona que delinquiró ya no reincida en la comisión de delitos, es justamente por ello que es muy necesario observar la pena desde una triple dimensión de la pena: intimidación, resocialización e inocuización. (Bramont, 1998, p. 77).

Según este autor, la prevención especial está dirigida solo para los delincuentes que han cometido el ilícito penal, y través de la pena se postula la resocialización del sentenciado, quien internaliza el mal actuar que ha tenido, y por otro lado, tenemos la intimidación de la ley penal, que pretende amenazar al delincuente, para que no vuelve a delinquir.

En conclusión, podemos afirmar que las teorías de prevención, atribuyen a la pena la función de prevención de delitos como forma de protección de determinados intereses sociales.

c) Teorías mixtas o eclécticas

Roxin (1976), señala que las teorías mixtas pretenden unir las teorías absolutas y relativas, sin embargo, ambas son antagónicas, y no se complementan. Lo importante de esta teoría es que ha dejado en evidencia las limitaciones de ambas teorías, quienes se encuentran limitadas en el conocimiento del fenómeno de la pena.

En ese sentido Cárdenas (2019), ha señalado que no existe una función única de la pena, ya que cada una cumple una función distinta dependiendo el momento en el que aparece. Así, por ejemplo, cuando al momento de legislar se indica tácitamente la prohibición de una conducta sancionándola con una condena, se cumple la función de la advertencia general, debido a que se emite un mensaje preventivo a todos los miembros de la sociedad para que no realicen la conducta sancionada. Por otro lado, cuando esta función no logra intimidar a la población, y llega a cometer el delito, y por ende es sancionado, entonces llega a figurar la idea de retribución de la pena, que propugna la sanción del infractor, como mecanismo represor para alcanzar la justicia en la sociedad. Asimismo, en este último caso, es posible la existencia de aspectos preventivos especiales, que inciden en la resocialización e intimidación del sentenciado.

1.3.11.3. La teoría de la pena en el código penal peruano

Nuestro código penal, en su artículo IV del título preliminar señala que la pena tiene fines de prevención, protección y resocialización. En ese sentido podemos afirmar que nuestro código penal de 1991 ha plasmado la teoría de la prevención general y especial. (Cárdenas, 2019, p. 6). Es decir, pretende intimidar a los ciudadanos con la amenaza de la pena, y, por otro lado, busca la resocialización del sentenciado.

En este mismo sentido, Bramont (1998), nos dice que nuestro código penal asume la teoría mixta de la pena, guiada por la teoría dialéctica de Roxin en sus tres momentos de vida, reconoce la prevención general y especial (p.56).

García (2012), señala que la Corte Suprema considera que el artículo IX del título preliminar del código penal, impone fines enlazados con la teoría de Claus Roxin. La primera está dirigida cuando el poder legislativo promulga las leyes penales, y la segunda al momento de aplicar la ley penal o imponer la sanción al delincuente. En un tercer momento, la pena cumple su función en ejecución de sentencia, en la cual se le aplica el rol rehabilitador y resocializador del infractor de la ley.

Sobre el fin resocializador, solo está dirigido para quienes han realizado la conducta prohibida, y reciben la sanción penal, en cualquiera de sus tipos, ya sea privativa de la libertad efectiva o suspendida en su ejecución, limitación de días libre, restricción de derechos, entre otros.

1.3.12. La pena privativa de libertad en el Perú

Nuestro código penal, en su artículo 29 establece la duración de la pena privativa de la libertad: en su extremo mínimo señala que será de dos días, y en su extremo máximo 35 años.

En cuanto a la pena privativa de la libertad, García (1995) dice: existen dos alternativas: una la suspensión condicional de la sentencia, en la cual se impone ciertas reglas de conducta para su cumplimiento de manera obligatoria como de naturaleza educacional y al mismo tiempo rehabilitadora en un plazo determinado, después de cumplido este plazo se evaluará si de verdad realmente se cumplió, mediante un efectivo seguimiento por las autoridades competentes ; hechas de manera oportuna las verificaciones el juez podrá dejar sin efecto dicha sentencia condenatoria. La otra alternativa es la remisión condicional de la pena, en la cual se determina la culpabilidad y la pena, suspendiendo su ejecución con ciertos condicionamientos siendo el principal que el condenado no vuelva a delinquir dentro del rango de un determinado plazo.

Para Bramont (2008), cuando se refiere a la pena privativa de libertad, menciona que esta consiste es la restricción del derecho a la libertad (derecho ambulatorio, o movilidad con que se desenvuelve) como consecuencia de haber infringido las normas dentro de un estado de derecho y por lo tanto es considerado como delito por la ley penal.

Peña (20179), señala que la pena privativa de la libertad en el Perú, es de aplicación temporal y permanente. La primera de ellas tiene una duración de 24 horas y la segunda se extiende en el tiempo por perpetuidad, sin embargo, agrega que la cadena perpetua puede ser objetivo de revisión a los 35 años.

En nuestro país, la privación de la libertad, viene a ser la pena como común denominador por excelencia que se aplica para sancionar con privación de la libertad aquellas conductas más graves. También se puede aplicar en el Perú la pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución, esto es, mediante el cumplimiento de reglas de conducta por un determinado tiempo que dura la condena.

Entonces la pena privativa de la libertad, se constituye como la forma más grave de sanción penal, para quien infringe la norma, y que puede llegar a ser de cadenas perpetua, aunque en nuestro país, esta es revisable a los 35 años.

1.3.13. Medidas alternativas a la prisión: Concepto y función.

Cárdenas (2016), señala que se denominan medidas alternativas a los diversos procedimientos y mecanismos normativos, que se han previsto para limitar la aplicación del cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad de corta o mediana duración, disminuyendo provisionalmente la ejecución de la pena de privación efectiva de la libertad. Estas medidas alternativas tienen la misma función de la pena, sin embargo, sus efectos son menos perjudicial para el sentenciado, ya que le permiten cumplir su condena en libertad.

En el Perú, las medidas alternativas a la prisión, son la suspensión de la ejecución de la pena, así como la realización de trabajo comunitario, el pago de días multa, el arresto domiciliario, entre otras que contempla el código penal.

En ese sentido, Zaffaroni (1982), ha señalado que a nivel internacional existe un extenso y variado tipos de medidas alternativas a la prisión. El informe de la Secretaria General de las Naciones Unidas, presentado en agosto de 1960 en Londres, sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, indica las siguientes medidas alternativas:

a) suspensión condicional de la pena, b) aplicación de libertad vigilada en régimen de prueba, c) multa, d) arresto domiciliario, e) prestación de trabajos o servicios al Estado o Instituciones oficiales o semioficiales, f) reparación de los daños causados, g) asistencia obligatoria a centros de educación y h) promesa de fianza, y de realizar buena conducta. (p. 76).

En segundo lugar, tenemos las reglas mínimas impuestas por la organización de las Naciones Unidas, sobre las medidas no privativas de libertad- Reglas de Tokio, las mismas que fueron aprobadas por la Asamblea General en diciembre de 1990. En ese evento, se establecieron como medidas alternativas a la prisión, las sanciones verbales consistentes en la amonestación, represión y advertencia, la libertad condicional, penas privativas de derecho inhabilitación, suspensión de la sentencia, vigilancia judicial, entre otros.

1.3.14. **Alternativas a la pena privativa de la libertad de corta duración**

Para Prado (1995) una medida alternativa que reemplace las penas privativas de libertad corresponde a una serie de procedimientos y mecanismos normativos, cuya función es evitar la aplicación o ejecución de este tipo de penas de corta o mediana duración. Y que la misma puede considerarse como instrumento de despenalización; teniendo en cuenta que una pena de cárcel resulta estigmatizadora y al mismo tiempo nocivo para quien es condenado y así mismo afecta a su familia.

Según Peña Cabrera (2005), respecto a las penas limitativas de derechos menciona que en realidad no son como de verdad se han ido aplicando, dice también que aparte de la inhabilitación, debe considerarse como penas alternativas a la pena privativa de libertad, creada para reducir su empleo. En cuanto a la prestación de servicios a la comunidad considera que es la más difícil de realizar.

El artículo 31° del Código Penal, refiere como tipos de penas limitativas de derechos a: la prestación de servicios a la comunidad; la limitación de días libres; e inhabilitación, y en su artículo 32° indica que las penas limitativas de derechos contenidas en los dos primeros incisos entre ellos la prestación de servicios a la comunidad, se ejecutan de manera autónoma si están señaladas para cada delito y se aplican como sustitutivas o alternativas de la pena

privativa de libertad, si la sanción sustituida a criterio del Juzgador no sea superior a cuatro años.

Por su parte Corella (2017), ha señalado que es frecuente encontrar opiniones de autores que consideran el fracaso del derecho penal en cuanto a la prisión. Quizás poco esperanzadora, ya que no existe hoy en día un sustituto a la privación de la libertad, que permita garantizar mínimamente la tranquilidad de la sociedad. (p. 19).

Al tratar del derecho fundamental de una persona que es su libertad, el juzgador o tribunal, conlleva una gran responsabilidad y encerrar a un procesado implica arrebatarse uno de sus atributos más preciados que tiene después de la vida, es por ello, que debe contar con todas las garantías y defensa a ultranza de los principios y reglas básicas del derecho penal y procesal penal.

Cuello (1953), señala que la razón común para aplicar la suspensión de la ejecución de la pena o aplicar una pena alternativa a la prisión efectiva, encuentra su fundamento en prevenir los posibles efectos negativos y perjudiciales de la prisión para aquellos sentenciados que son agentes primarios en el delito. Es decir, las penas alternativas son menos perniciosas y cumplen la misma función que la pena privativa de la libertad. Debido a que las cárceles tal como se conocen hoy en día, no contribuyen a la resocialización del sentenciado, sino más bien se constituyen como medios de contaminación para los reclusos. La realidad de las cárceles en nuestro país, nos demuestran que no están preparadas para abordar aplicar eficazmente la resocialización de los reclusos.

En ese sentido, se ha pronunciado Corella (2017), quien haciendo mención a Mir Piug, señala que las cárceles ni siquiera intentan la resocialización, porque no se hallan ligadas mínimamente a esta finalidad, sino que por el contrario se han convertido en focos contaminantes del recluso.

En efecto, pensar en las medidas alternativas a la prisión, como puede ser la suspensión de la ejecución de la pena o la sustitución de la pena por otras menos gravosas para el reo, tener la oportunidad de merecer una

segunda oportunidad gozando de su libertad y no caer en el efecto negativo que produciría para él y su familia la vida carcelaria.

Moline (2009), por su parte ha señalado aplicar la pena suspendida a una persona que es proclive al delito no tendrá ningún efecto resocializador. Es por ello que recomienda que cada individuo tenga la pena que se merece, independientemente si es agente primario o habitual. Por más que el ciudadano sea agente, pero cometa un delito sancionado con una pena alta, y además revista gravedad en su conducta, no sea apropiado aplicarle una pena suspendida o sustituir la pena efectiva de prisión.

Corella (2017), propone como alternativa a la prisión, la creación de viviendas como centros de rehabilitación, donde deberá acudir el reo 24 horas a recibir charlas formativas, y permitirle incluso que vaya a dormir a su casa. Señala que esta propuesta, no le generará mayores costos al Estado, y que será mucho más eficaz que la suspensión de la ejecución de la pena, y la misma prisión.

Sin embargo, aclara el referido autor, que no se debe considerar a todos los delitos, sino solo a aquellos, en los cuales se logre prever que el delincuente no será un agente peligroso para la sociedad, y merezca una oportunidad. Señala, además, que el legislador actual, tiene poca imaginación, ya que desde la pena clásica que es la prisión, no se ha creado nuevas formas de penas alternativas.

La creación de viviendas tuteladas, abre la oportunidad de que delincuentes primerizos y poco peligrosos, puedan seguir trabajando sin perder su salario y seguir manteniendo a su familia. (Corella, 2017, p. 31).

Por otro lado, en la legislación argentina actualmente contempla una figura alternativa a la prisión en los delitos de omisión de la asistencia familiar, permitiéndole al sentenciado trabajar los días lunes a viernes, y los días sábado a domingos hasta las 6 am del día lunes, ingresar a una prisión policial.

Estos son solo algunos ejemplos o propuestas que podrían servir para considerar la aplicación de penas alternativas que no sean la de privación de la libertad como oportunidad de corregir su delito al sentenciado.

1.3.15. **Penas alternativas a la privativa de libertad en el código penal peruano**

a) Sustitución de penas

Este instituto legal lo encontramos regulado en el artículo 32 y 33 del código penal. Se constituye como un auténtico sustitutivo de la pena privativa de la libertad, debido a que esta no afecta la libertad ambulatoria del sentenciado, y entre sus alternativas encontramos a las penas con limitación de derechos, realización de jornadas de trabajo comunitario y la limitación de días libres. (Cárdenas, 2016, p. 67).

La sustitución de penas, según nuestro código penal es una facultad discrecional que posee el Juez para sustituir una pena privativa de libertad, considerando una única exigencia que la condena dictada no sea superior a cuatro años. Es decir, el juez de acuerdo a su criterio, deberá fundamentar y motivar en su resolución las razones por las que aplica una pena sustituta. (Peña, 2014).

Conforme a la política actual, nuestros administradores de justicia aplican penas sustitutivas a la privativa de libertad cuando consideran que el delito no reviste la mayor gravedad, además que el agente no cuenta con antecedentes, y en especial consideración para evitar los efectos negativos que tiene la prisión en los agentes primarios. (Prado, 2009).

Es decir, se balancea la necesidad de acudir a la pena más extrema, o aplicar una pena alternativa que igualmente hará cumplir la finalidad de la condena en el sentenciado: su rehabilitación.

b) Conversión de penas

La conversión de penas lo encontramos regulado en los artículos 52 al 54 del código penal. Se propugna con modificación de penas, la variación de la condena emitida por el juzgador en la sentencia, por otra alternativa que no prive de su libertad ambulatoria al condenado como la prestación de servicios a la comunidad o la limitación de días libres (Cárdenas, 2016).

Peña (2014), precisa que, a diferencia de la sustitución de penas, la conversión deberá reunir dos requisitos de procedencia, que obligatoriamente observa el juez, es por ello que solo procederá cuando la pena aplicada no exceda de cuatro de pena privativa de libertad, y cuando por imperio de la

ley sea imposible aplicar al sentenciado la suspensión de la ejecución de la pena que contiene el artículo 57 del código penal, o la reserva del fallo condenatorio (art. 62). (p. 88).

Así, por ejemplo, en los delitos de agresión contra la mujer e integrantes del grupo familiar, tipificado en el artículo 122-B del código penal, no se permite la suspensión de la ejecución de la pena, por lo que el juez al momento de sentenciar puede, convertirla a prestación de servicios a la comunidad. Esta decisión del legislador, de prohibir la suspensión de la ejecución de la pena, conforme lo manda el artículo 57 parte final, fue adoptada debido a las constantes denuncias por violencia familiar.

c) Suspensión de la ejecución de la pena

La suspensión de la ejecución de la pena es un mecanismo legal que tiene el juez, para que mediante sentencia declare la culpabilidad del acusado y la vez le dicte una pena de naturaleza diferente a la privativa de la libertad, siempre y cuando reunan determinados requisitos dentro del marco de la ley. Por una cuestión de política criminal la suspensión de la ejecución de la pena responde y se aplica para aquellos delitos de escasa lesividad, o penas no graves, y que hagan prever al juzgador que el condenado ha demostrado su arrepentimiento y que por lo tanto merece una oportunidad de recibir una condena en libertad, bajo el cumplimiento de terminadas condiciones y reglas de conducta (Manzini, 1950).

La suspensión de la ejecución de la pena, o también llamada pena condicionalmente suspendida, consiste en suspender el cumplimiento de la condena bajo ciertas condiciones, que si son cumplidas puedan dar lugar a la extinción de la responsabilidad criminal. (Cárdenas, 2016, p. 79).

Por su parte Hurtado (2014), señala que el plazo de suspensión de la pena es de 1 a 3 años, y no será procedente para el delincuente reincidente o habitual. Este tipo de medida, resulta adecuada a la rehabilitación y reinserción del sentenciado a la sociedad, sin que se le haya apartado de ella.

La suspensión de la ejecución de la pena requiere del cumplimiento de determinadas reglas de conductas que ordena el juez en la sentencia conformada, y que lógicamente es aceptado por el imputado, para acogerse al beneficio que brinda esta figura jurídica. Entre ellas podemos contar la

obligación de concurrir de manera mensual y personal el último día hábil de cada mes a justificar sus actividades ante el juez de investigación preparatoria, cumplir con el pago de la reparación civil, prohibición de ausentarse de su domicilio sin previa autorización judicial, prohibición de frecuentar lugares de dudosa procedencia, prohibición de cometer nuevo delito doloso, entre otras que el juez estime por conveniente. Es preciso tener en cuenta que al no ser respetadas y cumplidas a cabalidad las reglas de conducta impuestas, permiten al juez puede revocar la suspensión de la ejecución de la pena, y convertirla en pena privativa de la libertad esta vez ya de manera efectiva e internado en un penal.

Peña (2009), señala que este instituto responde a criterio del derecho humanitario, y que le permite al infractor probar en el futuro su respeto por el orden jurídico, sometiéndose a las condiciones que le impone el juez. (p. 83).

La humanización de las penas han sido un tema discutido en los últimos tiempos, en el cual se considera que las penas que se impongan deben tener en cuenta la condición de ser humano del sentenciado, es decir, no se trata de un objeto, sino de un sujeto con derechos que ha cometido un acto ilícito, pero que además tiene la opción de rehabilitarse en el mejor ambiente que procure su resocialización.

Sin embargo, considero que la política criminal de la suspensión de la ejecución de la pena, toma en cuenta la gravedad del delito, ya que como hemos visto, para que opere, la pena no tiene que ser superior a cuatro años de pena privativa de libertad. Es decir, estamos hablando de los llamados delitos de bagatela (Omisión de la asistencia familiar, conducción en estado de ebriedad, lesiones leves, estafa simple, hurto simple, etc.).

Cárdenas (2016), citando a Villa Stein, nos comenta que tiene ciertas dudas en relación a si esta institución es buena, ya que parece que recae en una suerte de indulgencia respecto a un derecho de carácter penal simbólico. Así también, apunta, que puede resultar positivo cuando se hagan un buen uso responsable de ella, sin llegar al abuso. El pronóstico de adaptación futura del infractor sea favorable, se haya satisfecho a la víctima, y que necesariamente haya una forma de controlar al infractor en cuya pena se suspende. Es decir, este autor considera que la suspensión de la pena, puede

ser simbólica y por lo tanto no cumplir con los fines de la pena, según las diversas teorías que ya hemos estudiado (relativas, absolutas, mixtas), y no deja de tener razón en la medida que muchos sentenciados a pena suspendida, en el transcurso del periodo de prueba, incumplen las reglas de conducta, como el pago de la reparación civil, y terminan en muchos casos, con condenas revocadas y su ingreso al establecimiento penal.

Definitivamente, cuánta razón tiene el maestro Villa Stein, ya que muchas veces en el desarrollo mismo del proceso se observa a jueces mecánicos, que aplican penas suspendidas en exceso, para luego devolver el expediente al juzgado de investigación preparatoria en donde el sentenciado, tras incumplir las reglas de conducta, se enfrenta ante un requerimiento de revocatoria de la suspensión de la ejecución de la pena.

Esto sucede en gran medida, porque el sentenciado no ha interiorizado el arrepentimiento por los actos cometidos, muchas veces ni siquiera pagan la reparación civil, motivo principal de las revocatorias, es por ello, que esta medida debe ser bien controlada para no caer en prácticas innecesarias y dilatorias.

Toma gran importancia, el resarcimiento a la víctima, sobre todo en aquellos delitos donde existe cierto grado de disponibilidad de los bienes jurídicos, como pensión de alimentos, accidentes de tránsito, estafas simples, etc., en donde es indispensable ver durante el transcurso del proceso la voluntad del infractor por reparar el daño ocasionado, requisito principal, desde mi punto de vista para que un juez imparcial, decida otorgar una medida alternativa a la prisión efectiva.

En fin, de cuentas, debemos apuntar a que la víctima también vea resarcido el daño que se le ocasiono, ya que la pena, solo afecta al sentenciado (priva de su libertad), y no beneficia al agraviado. Por ejemplo, en el caso materia de estudio, el condenado a pena privativa de libertad efectiva va a prisión, y cumple su condena, luego retoma su libertad, pero no cancelo liquidación ni reparación civil alguna. Es decir, en estos delitos, muchas veces la víctima, no ve satisfecho su derecho resarcitorio.

d) Reserva del fallo condenatorio

Cárdenas (2016), señala que la reserva del fallo condenatorio implica una declaración de culpabilidad del condenado, por lo cual no se le ejecuta la pena, bajo determinadas condiciones como no volver a delinquir durante un periodo de prueba. En el caso de que cumpla con estas condiciones, la condena impuesta se tiene por no pronunciada, es decir, no le genera antecedentes; caso contrario, la pena puede ser revocada y convertida en efectiva.

Este instituto legal, lo encontramos contemplado en los artículos 62 al 67 del código penal, respecto a las medidas alternativas.

Conforme al artículo 62° del Código Penal, la reserva del fallo condenatorio procede cuando el Juez avisa de manera favorable la conducta futura del sujeto a condenar y se cumplan los siguientes requisitos, a) primero que la pena a aplicar no sea mayor a 3 años o multa, b) segundo, que la sanción de jornadas no supere las 90 o en todo caso se trate de limitación de días libre, y c) finalmente, cuando la pena a que le corresponde no sea superior a dos años de inhabilitación, según los casos que corresponda.

e) Exención de la pena

Hurtado (2011), nos dice que esta medida alternativa se relaciona con el llamado perdón judicial, facultad que ha sido conferida al juzgado para dispensar de toda sanción al responsable de un hecho punible. Esta facultad del juez alcanza principalmente a aquellas acciones punibles que dada sus características propias de la ocurrencia del hecho, como intrascendencia, perdón del ofendido, escasa lesividad, reparación del daño, características personales del imputado, su estado de necesidad, entre otros, que hacen prever al juzgador que la sanción pena sería innecesaria.

Dentro de la ubicación normativa, encontramos que el Código Penal regula la exención de pena en el artículo 68°, asimismo se tiene como su fuente normativa el código penal portugués de 1982, y a nivel nacional, como antecedente legislativo el código penal de 1989 en donde ya se establecida esta figura jurídica de exención de la pena.

1.3.16. La pena de prestación de servicios a la comunidad

Según el Código Penal de 1991 la prestación de servicios a la comunidad, se refiere a la obligación de realizar una cantidad determinada de trabajo no remunerado y útil por determinado tiempo y en el tiempo libre del condenado, impuesta por el juzgador y en beneficio social. Es una pena alternativa independiente y se dicta para reemplazar a la pena de prisión efectiva o de multa.

El artículo 34° del Código Penal, (segundo párrafo) refiere que los trabajos o tareas impuestas al condenado deben adecuarse a la capacidad y aptitudes físicas y psicológicas del condenado según edad, sexo, educación, capacidad física y de 10 a 150 jornadas semanales (cuarto párrafo). Mediante la cual se sustituye las penas de prisión hasta tres años; en caso de no ser posible aplicar la reserva del fallo condenatorio o una condena condicional.

Para Jescheck (1980, p 19), la pena de prestación de servicios a la comunidad, es la realización de jornadas de trabajo gratuitas y útil para la sociedad, que realiza el sentenciado de acuerdo a sus aptitudes físicas o de conocimiento que tenga. Este autor, realiza una crítica en cuanto a la gratuidad de esta labor, lo cual no se condice a lo establecido en el texto constitucional o carta magna (trabajo forzado). Es preciso tener en cuenta que esta labor, es una sanción penal, y no un trabajo voluntario, asimismo, es una alternativa a la pena privativa de la libertad, en consecuencia, el sentenciado tiene la opción de elegir la privación de su libertad en lugar del trabajo comunitario.

En ese sentido, al igual que el derecho fundamental que es la libertad ambulatoria, y el derecho a la libre elección de un trabajo remunerado son derechos constitucionales que se ven limitados, por la imposición de una pena, es decir, no existen derechos absolutos, y menos cuando nos adentramos en el campo del derecho penal, en donde encontramos una lista de derechos que son limitados, para quienes cometen ilícitos penales, pero ello no implica la vulneración constitucional de estos.

Cuando hablamos de la pena de prestación de servicios a la comunidad, entramos de alguna manera en el ámbito de la justicia restaurativa en donde se pretende que el delincuente que ha infringido la ley penal, se resocialice en el medio libre, realizando trabajos gratuitos para la comunidad. Evidentemente

con esto se logra, evitarle la prisión, lo cual puede resultar más perjudicial en términos de resocialización, ya que queda claro que la prisión no cumple esta función. Es por ello que el juez, debe imponer la sanción de trabajo comunitario, teniendo en cuenta tal gravedad y consecuencia negativa del delito cometido, el interés de la sociedad, el comportamiento del sentenciado, al haber cancelado o no la reparación civil o al menos haber reparado el daño causado. Finalmente es el principio de proporcionalidad el que guiara al juez a aplicar determinadas horas de trabajo comunitario en atención a los parámetros establecidos.

La prestación de servicios a la comunidad, está dentro de los principios constitucionales (artículo 139º inciso 22º) dirigidos al derecho de los sentenciados a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del que ha delinquirido a la sociedad. La aplicación de este tipo de penas permite que se sancione al delincuente sin que se afecte la estabilidad social y familiar del condenado. Por lo tanto decimos que por un lado se da cumplimiento a la normatividad jurídica, evitando la impunidad de los ilícitos penales, y por otro lado brinda una sanción que permite a este tener la oportunidad de enmendar su error y con ello mantener su bienestar propio como de su familia, así como comprende una retribución del infractor a la sociedad (artículo 34º del Código Penal). En consecuencia, el servicio comunitario es un trabajo establecido en el ámbito penal, es por ello que no contradice ningún derecho constitucional relacionado con el trabajo.

El trabajo comunitario se constituye como una forma moderna de tratar al sentenciado en libertad a través de una política penitenciaria que busca el cumplimiento de la pena de manera ambulatoria, de tal forma que el sentenciado pueda realizar sus labores cotidianas y a la vez cumplir con el trabajo comunitario. Sin embargo, hoy en día se presente un problema social, debido a que la población no concibe que los sentenciados sean trabajadores, debido a que la sociedad espera que sufran la privación de su libertad, convirtiendo a la pena en una especie de venganza ante la justicia.

Sobre mi propuesta:

Por otro lado, la propuesta que planteo en la presente investigación, está referida a realizar trabajos comunitarios remunerados, teniendo en cuenta que

contribuirán para cubrir el pago de la reparación civil y liquidación. Es una propuesta sui generis, lo cual incluso implicaría crear esta nueva figura jurídica en el código penal. Sin embargo, el costo social- para el Estado sería satisfactorio, y más aún el de la víctima, a quien le importa sobre todo el cumplimiento de la obligación alimentaria.

Pensar en trabajos comunitarios remunerados, implica que el Estado deberá celebrar convenios con empresas públicas y privadas, que faciliten contratos laborales, y el pago que inexorablemente deberá hacerse al número de expediente del Juzgado que condeno al sentenciado. Con esto no solo logramos darle una utilidad al sentenciado, utilidad que sirve para la víctima, la sociedad y el Estado, sino que además creamos un nivel de conciencia en el condenado.

A lo largo del presente trabajo expondré las ideas claves de este trabajo, y sobre todo en la propuesta que anexo al presente, en la cual fundamento en la exposición de motivos las razones de ser, así como su utilidad social, que estoy seguro será de mucho beneficio para nuestra sociedad.

1.3.17. Revocatorias de la conversión de penas

Peña (2009), acota que, si el condenado incumple injustificadamente con las reglas de conducta impuestas, ya sea la suspensión de la ejecución de la pena, pago de días multa, reparación civil, trabajo comunitario, entonces el juez está facultado para revocar la conversión de pena otorgada, y de conformidad con lo establecido en el artículo 53 del código penal, se procedería a ejecutar la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia. Por otro lado, la revocatoria sería de manera inmediata, si el condenado comete un nuevo delito doloso sancionado con pena no menor de 3 años, según lo ordena el artículo 54 del código penal.

Debido a que el legislador utilizó las palabras “el juez podrá”, no existe uniformidad en la doctrina de si se debe aplicar correlativamente o no lo dispuesto en el artículo 59 del código penal. En ese sentido, se entiende que el incumplimiento de las reglas de conducta, no necesariamente implica la revocatoria automática de la pena, ya que el verbo rector “podrá” es una potestad del juez, entendida desde el punto de vista de un deber, y no una obligación imperante. Asimismo, se tiene la resolución Administrativa N° 321-

2011- PJ, del 08 de setiembre del 2011 en el cual se ha dejado establecido a través del quinto considerando que, que, en caso de incumplimiento de las reglas de conducta durante el periodo de prueba, el juez deberá aplicar de manera correlativa lo establecido en el artículo 59 del código penal, sin embargo, se exceptúa de estos alcances el artículo 60. Nos remitimos al artículo 59 del código penal, y entendemos que antes de revocar la pena, el juez deberá amonestar al infractor, fijando una prórroga del plazo hasta la mitad del fijado inicialmente, y en caso no cumpla con estas medidas, se procederá a la revocación de la suspensión de la pena. Como decía Villa Stein, estos institutos jurídicos resultan benevolentes, y simbólicos a la verdadera función de la pena y que en buena cuenta lo que hacen es brindar oportunidades al sentenciado aun después de la sentencia.

En la práctica la revocación de la suspensión de la ejecución de pena, opera a requerimiento propio del ministerio público, quien verificara si el condenado viene cumpliendo con las reglas de conductas impuestas, entre ellas el pago de la reparación civil, el control de firmas, entre otras. En audiencia pública y con la presencia obligatoria del representante del ministerio público y la defensa técnica del sentenciado, se decide sobre la revocatoria de la pena. Entre las excusas que más suelen argumentar algunos abogados a favor de sus clientes, suele ser la enfermedad o la falta de notificación, por lo que solicitan se amplié el periodo de prueba, y se le conceda una última oportunidad.

1.3.18. El delito de omisión de la asistencia familiar en la legislación comparada

En alguna u otra medida todos los países a nivel mundial, afrontamos problemas similares, de índole social, axiológica, cultural, ello nos conlleva a buscar soluciones muchas veces comunes y otras distintas.

El delito de omisión de la asistencia familiar, se ha impregnado más en los países como el nuestro, en donde existe una crisis de valores relacionados con la familia, y los principios de responsabilidad, han llevado al legislador a contemplar tipos penales que sancionan a quien, se evade de su

responsabilidad familiar, legítimamente atribuida. A continuación, presento algunos países que contemplan el delito de omisión de la asistencia familiar.

a) En Argentina

En la legislación argentina, dentro del ámbito penal encontramos la ley N° 13944 que establece el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, el cual dentro del marco punitivo establece una mínima de un mes y máxima de dos años, o con multa de 750 pesos a 25 000 pesos como máximo, para aquellos padres que omitan prestar los medios imprescindibles que garanticen una subsistencia y vida digna de sus hijos menores de 18 años o mayores de edad que se encuentren impedidos. Se precisa que esta norma, establece que no es necesario la existencia de una sentencia civil que exija el oportuno cumplimiento con el pago de una pensión alimenticia. Este último punto es importante dentro de la legislación argentina, ya que permite a la parte demandante y alimentista obtener tutela jurisdiccional más oportuna al abreviar el proceso civil, y pasar directamente al proceso penal, en el cual se deberá acreditar que existe un desentendimiento de los deberes alimentarios. (De la Cruz, 2008, p. 53).

b) En Chile

El Código Penal Chileno no establece una sanción penal por el delito de omisión a la asistencia familiar, debido a que el juzgador utilice de manera eficaz todos los mecanismos necesarios para garantizar el cumplimiento de la pensión alimenticia. Los delitos relacionados a esta materia, están dirigidos a garantizar una adecuada asignación alimentaria, y lo que básicamente se sanciona es el ocultamiento de ingresos con la finalidad de evadir responsabilidad alimentaria, el ocultamiento o desconocimiento de paradero del obligado, entre otros. (De la Cruz, 2008).

c) En Colombia

En la Legislación Colombiana el código penal en su artículo 233, tipifica los llamados delitos contra la familia, denominándolos delito de inasistencia familiar. Este tipo penal fue creado mediante ley 599 del año 2000, en el cual sanciona a aquella persona que teniendo la obligación legal de prestar alimentos omite de hacerlo. Esta ley sanciona a quien, teniendo la obligación legal de prestar alimentos, se sustraiga de tal obligación, entre ellos

se describen a los ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, conyugue, compañeros o compañera permanente. Las sanciones van desde 16 meses hasta 72 meses como máximo cuando se atente contra la asistencia familiar de un menor de edad. Asimismo, se fijan multas que oscilan hasta 37.2. Salarios legales mínimos. Esta ley considera como una circunstancia agravante cuando esta omisión de asistencia familiar se comete en contra del derecho de un menor de edad. (De la Cruz, 2008).

d) En México

El Código Penal para el Distrito Federal contempla un título denominado Los delitos que atentan contra el cumplimiento de la obligación alimentaria, así establece en su artículo 193 que aquel alimentante que no cumpla con su deber de prestar alimentos, se le sancionara con una pena no menor de 3 años ni mayor de 5 años, además de 100 a 400 días multa, así mismo se le podrá suspender o podría perder su derecho al goce de la patria potestad, el pago de una reparación civil. Asimismo, establece que si la deuda excede los 90 días, el juez puede ordenar que se registre al deudor sentenciado en el registro de deudores alimentarios morosos. El código penal mexicano, además establece que aunque el alimentista haya sido dejado al cuidado de un tercero o reciba el apoyo de este, el delito adquiere el grado de consumado, es decir, la obligación alimentaria adquiere un carácter personalísimo en la persona del deudor obligado. Asimismo, esta norma establece que cuando no sea posible comprobar los ingresos del acreedor, el juez podrá determinarlo en base a la calidad de vida, y la capacidad económica que haya llevado el acreedor y los deudores alimentarios en los últimos dos años. (De la Cruz, 2008).

1.3.19. Análisis jurisprudencial nacional y extranjera

Conforme hemos ido estudiando el delito de omisión de la asistencia familiar contemplado en nuestro código penal de 1991, podemos decir a manera de introducción en el presente apartado, que este se sanciona con una pena privativa de libertad no mayor a 3 años en su tipo base, conforme se lee del artículo 149 del código penal.

Asimismo, resulta importante hacer un análisis de la jurisprudencia nacional relacionada a este delito, que involucra sentencias, casaciones, acuerdos plenarios. En ese sentido he elegido una importante casación del distrito Judicial de La libertad, la cual se aplica como precedente vinculante en todas las cortes superiores del Justicia del país, la misma que ordena que el pago de la pensión alimenticia, no impide que el sentenciado cumpla con la condena de pena privativa de la libertad efectiva. Esto se da en un contexto, en el cual al sentenciado se le revoco la pena condicional. A continuación, paso a explicar a más detalle esta interesante jurisprudencia.

a) **Casación 251- 2017- La Libertad: El pago de alimentos no impide la prisión por omisión de la asistencia familiar**

Antecedentes:

Fue materia de la presente causa, el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Superior del distrito fiscal de la Libertad, contra la resolución emitida por la Segunda Sala penal de Apelaciones de la libertad, que declaro fundado el pedido de libertad anticipada solicitado por el apelante sentenciado Faustino Asencio Moya, quien fue sentenciado por el juez de primera instancia a tres años de pena privativa de la libertad, al habersele revocado la pena, por el incumplimiento de las reglas de conducta consistentes en pagar la liquidación alimenticia adeudada.

Fundamentos de la sala para declarar fundada la apelación, y ordenar la libertad:

Dentro de los fundamentos que se aprecia de la resolución emitida por la segunda sala de apelación, encontramos contundentemente el hecho de que el sentenciado Faustino Asencio Moya, ya cumplió con el pago de las pensiones adeudadas, y que por lo tanto era atendible el pedido de libertad anticipada, toda vez que las razones que motivaron la imposición de la pena ya habían desaparecido con la reparación del daño ocasionado a la parte agraviada.

Fundamentos de la Corte Suprema.

Dentro del fundamento tercero, esta Corte Suprema señala que, aunque se haya cancelado las pensiones devengadas puestas a cobro, no

procede el pedido de libertad anticipada mediante la vía de conversión de penas, toda vez que esta no se encuentra prevista en la ley.

En ese contexto la Corte Suprema, declaró Fundado el recurso de Casación interpuesto por el Fiscal Superior, conformaron la sentencia de primera instancia que declaró improcedente el pedido de libertad anticipada, y en consecuencia ordenaron la recaptura del sentenciado Faustino Asencio Moya.

Análisis del recurso de Casación:

En el presente caso, la corte suprema ha resultado que no existe la figura de la libertad anticipada en los casos del sentenciado que haya cumplido con pagar la liquidación, cuando contra él ya ha recaído una sentencia condenatoria, y más aún cuando esta ha sido materia de revocación, por no cumplir el mandato relacionado con las reglas de conducta impuestas al sentenciado.

Es preciso reconocer, lo que señala Peña (2014) sobre el delito de Omisión de la asistencia familiar, quien afirma que este delito es de comisión permanente, y se produce desde el momento que el demandado es notificado válidamente con la resolución civil que le requiere el pago de la liquidación bajo apercibimiento de remitir copias certificadas al ministerio público.

En el presente caso, al haber pagado la liquidación en su totalidad, era atendible que se otorgue la libertad anticipada, pese a que no se encuentra regulada procesalmente en nuestro código procesal penal, esta figura se justificaba en la medida que el sentenciado ya había cumplido con el pago. Esta alternativa, beneficia al menor alimentista y al sentenciado, quien obtiene su libertad, para poder seguir trabajando y acudir económicamente sus obligaciones alimentarias. Aunado a ello, nuestra Constitución recoge el principio de intereses superior del niño y adolescente, entendido en este caso desde la perspectiva del cumplimiento de las pensiones devengadas.

En los últimos meses, esta posición ha ido tomando fuerza, tal como lo sostiene García (2017), quien afirma que lo principal en el delito de omisión de la asistencia familiar, es proteger el interés superior del niño y adolescente, a su derecho de percibir su pensión alimenticia, dejando en segundo plano la pena privativa de la libertad, que solo se constituye como un mecanismo

represor que no soluciona el derecho alimentario del menor. Entonces se constituye como un modelo de justicia restaurativa, que lo pretende no es sancionar al agresor, sino satisfacer el derecho lesionado de la víctima, ya que el primero solo le sirva al Estado para generar intimidación en la población, y el segundo, estrictamente es benéfico para quien ha sido lesionado, es decir, la víctima.

En este contexto, es acertado lo señalado por García (2017), quien ha dado un plus de importancia al interés superior del niño y adolescente dentro del proceso penal del delito de emisión de la asistencia familiar. Resulta muy frecuente que los sentenciados a penas efectivas de cárcel por este delito, se desatienden totalmente de su obligación y pretenden cumplir su condena sin pagar la reparación, porque la ley les permite obtener su libertad al cumplimiento de la condena, aunque no hayan pagado la liquidación.

Esta apreciación tiene doble connotación, por un lado, existen quienes son sentenciados a penas mínimas, como 10 9 y meses días, es decir menos de año y aunque no paguen su liquidación, es evidente que saldrán en libertad. Sin embargo, el problema se arrastra para aquellos que reciben una condena mayor, como en el presente caso bajo análisis, y durante el tiempo de reclusión en el penal, se le van acumulando otras liquidaciones, y en consecuencia otros procesos penales, entonces aquí si es evidente, que el sentenciado, continuara recluido en el Penal, recibiendo la próxima condena. Aquí, resulta incuestionable, que por un lado el sentenciado recibe su condena, pero desde otro punto de vista, el menor alimentista se ve desprotegido y desamparado, no solo por represión del Estado, sino para la ausencia de su padre, quien, estando recluido en un penal, no tiene la mínima posibilidad de cumplir el pago de la pensión alimenticia.

En ese marco de ideas, el sentenciado, que permanece tres años en prisión, por lo menos se le van a acumular 3 liquidaciones anuales más, haciéndole imposible que pueda cancelarlas.

Ante este escenario resulta importante, aplicar medidas que pongan por encima el interés de la víctima, y más aún si se tratan de menores alimentistas, y que motiven al sentenciado a cancelar la liquidación, bajo la

recompensa de obtener la libertad. Entonces se piensa en un modelo de justicia restaurativa, en favor de la víctima, la sociedad y del propio Estado.

Algunos autores como Montoya (2016), señalan que esta medida resulta ajena al interés punitivo del derecho penal, ya que se estaría premiando al delincuente.

Sin embargo, se discrepa de esta posición, debido a que no toma en cuenta el derecho y el interés superior del niño y adolescente.

Para concluir, respecto a la Casación objeto de análisis, por un lado resulta acertada la posición que adopta la Corte Suprema respecto de que la libertad anticipada no se encuentra regulada procesalmente para los revocados que hayan cumplido con pagar la liquidación, sin embargo dado que el derecho cambia conforme a las conductas sociales, y a las necesidades de las mismas, esta debe ser atendible y declarar procedente, conforme actualmente existe ya en nuestra legislación la libertad de los sentenciados que cumplen con el pago total de la liquidación, conforme al D.S. 008- 2020, dado por el gobierno nacional dentro de un contexto muy complicado relacionado a la pandemia del Covid- 19.

b) Expediente 2945- 2016- 24- 0401- JR-PE-0 Tercer Sala Penal de Apelaciones- Sede Central. La capacidad económica, como elemento del tipo penal

Fue materia del presente caso, el recurso de Apelación que presento el Ministerio público contra la sentencia emitida por el Juzgado Penal de Arequipa, que absolvió al procesado Javier Paolo Valdivia Gonzales por el delito de omisión a la asistencia familiar, al considerar que no contaba con los recursos económicos para poder asumir obligación alimentaria, al haber sufrido un accidente que lo dejó con una discapacidad cognitiva permanente.

En el presente recurso de apelación, que fue de conocimiento de la Tercera Sala Penal – Sede Central. El Ministerio Público alegaba la vulneración al debido proceso, al haber infringido el deber de motivación y fundamentación de las resoluciones judiciales, conforme está establecido en el literal d) del artículo 150 del código procesal penal. Señalaba el Ministerio Público, que el Juez de primera Instancia no valoró la Constancia en Línea del

CONADIS, en el cual figura que el procesado sufre un nivel de gravedad leve, por lo que no estaba impedido de poder cumplir con la obligación alimentaria.

Por otro lado, la defensa técnica del acusado, logro demostrar que el procesado Jabier Paolo Valdivia Gonzales, se encontraba impedido de poder cumplir con la pensión alimenticia, ya que tiene una invalidez permanente de trastorno cognitivo, el mismo que fue acreditado a través de informes Médicos e información proporcionada por Prima AFP, en la cual se establece que no podía valerse por si mismo, a raíz de este accidente sufrido.

La sala Penal confirma la sentencia de primera instancia que absuelve al procesado, y acoge este importante aporte sobre la capacidad económica del demandado, y la posibilidad de poder cumplir con la obligación alimentaria. Por un lado, señala que, para la configuración del delito de omisión de la asistencia familiar, el sujeto activo debe realizar una conducta consistente en no querer cumplir la obligación. Mientras que cuando el agente, no pueda cumplir por determinados motivos, nos encontraremos ante una conducta atípica.

La capacidad económica del demandado, y sobre todo la posibilidad de poder cumplir con su obligación, tiene que ver con diversos factores, que van desde la poca estabilidad laboral, casos fortuitos, accidentes, enfermedad, entre otros, que deben ser valorados por el Juez al momento de emitir sentencia. Sin embargo, este problema que puede presentarse en muchos casos, no son debatidos, o ni siquiera son ofrecidos medios probatorios que permitan ejercer una debida defensa del imputado. Siendo en muchos casos condenados a pena privativa de la libertad efectiva.

Sobre el particular, Nagasaki (2018), resalta en sede penal se debe debatir sobre la capacidad económica del demandado, y la posibilidad de poder cumplir con las pensiones alimenticias, ya que las razones que motivaron la imposición de la sentencia en sede civil, pueden variar con el transcurso del tiempo.

En ese sentido Peña (2015) señala que la configuración del tipo penal, pasa por una verificación del cumplimiento de los elementos que requiere el delito, es decir, verificar la tipicidad, culpabilidad y antijuricidad de la conducta realizada, a fin de poder determinar la responsabilidad penal del procesado.

Por otro lado, las causas por las que la obligación alimentaria fijada puede aumentar o disminuir, es debido a que su cumplimiento está sujeta a diversas modificaciones, conforme cambien o varíen las necesidades del alimentista, o las posibilidad o ingresos económicos del obligado, el cual no ser algo estático, está sujeto a variaciones conforme aumento el nivel de la vida, por el transcurso del tiempo o por las nuevas cargas u obligaciones legales que pueda llegar a tener el demandado. (Morán 2003). En ese sentido, se puede establecer a manera de ejemplo, que durante la década de los años 90 la remuneración mínima vital no alcanzaba los 600 soles, por lo que una pensión alimenticia máxima que alcanza hasta el 60% de las remuneraciones del demandado, llegaba a lo sumo a 350 soles aproximadamente, sin embargo, por el incremento del costo y teniendo en cuenta el aumento de precios de los productos para su subsistencia de vida, el aumento de la remuneración mínima este monto ha sido superado.

Tal cual lo establece la Casación No.1371-96-Huánuco, en el sentido que expresa que por el transcurso del tiempo las necesidades del alimentista pueden variar, así como también las posibilidades económicas del demandado, y es por esta razón que nuestra legislación civil admite la posibilidad de la exoneración o prorrateo de la pensión alimenticia. Entonces podemos concluir que la sentencia civil que establece una monto de pensión alimenticia, no tiene el carácter de cosa juzgada, ya que este monto puede variar en el tiempo.

Con respecto a la sentencia emitida por el Juzgado de origen, y confirmada por la Tercera Sala Penal de Apelaciones, considero que está enmarcado en la ley, y existe una debida motivación de la misma, ya que el procesado se encontraba imposibilitado de poder cumplir con el pago de las obligaciones monetarias alimenticias.

Finalmente, la decisión adoptada por el juzgado de origen, guarda concordancia con los establecido en el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 02-2016/CIJ- 116, en cual establece en su fundamento 15, como doctrina legal, que lo que se condena en el delito de omisión de la asistencia familiar, es el omitir su responsabilidad , y no es el no poder cumplir, ya que es una

secuencia propia de los comportamiento omisivo, según la cual se comete un delito de dicha estructura, quien omite la conducta debía, pudiendo hacerlo. En ese sentido, cualquier error involuntario sea por desconocimiento, o causas ajenas al obligado que le impidan cumplir con su obligación alimentaria, deben ser calificadas estas conductas como atípicas al carecer el dolo como elemento constitutivo de este delito.

c) Sala de Derecho Constitucional y Social permanente – Consulta N° 13825-2015, del Santa.

Sumilla: control difuso: Aplican pena suspendida para que condenado habitual pueda cumplir con pensión de alimentos.

Antecedentes:

Tenemos en el presente caso, que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa, eleva en consulta mediante resolución número trece, de fecha cinco de agosto de dos mil quince, obrante a fojas doscientos catorce, que aplicando el control constitucional difuso previsto en el artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, inaplica al caso concreto el inciso 3 del artículo 57° del Código Penal, por incompatibilidad constitucional.

Sobre el caso en concreto el Juzgado penal, condeno a Roberto Vicente Pérez Diaz, como autor del delito de omisión de la asistencia familiar, en agravio de su hija, a tres años y seis meses de pena privativa de la libertad, con carácter de suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años.

Al respecto el juzgado penal, se aparta del establecido en el inciso 3 del artículo 57 del código penal, sobre la inaplicación de suspensión de la ejecución de la pena, en el caso de los habituales. El sentenciado Pérez Diaz, tenía la condición de habitual, al haber sido sentenciado anteriormente por el mismo delito, sin embargo el juez de primera instancia inaplico el artículo 57 inciso 3 del código penal, señalando que esta era contraria a los fines de la pena, y del interés superior de la menor alimentista que se protege en nuestra constitución, ya que al privársele de sus libertad al condenado, se vería afectada la menor agraviada al no poder percibir la pensión alimenticia, siendo que estando en libertad el condenado, si puede trabajar para seguir

cumpliendo con su obligación. En este sentido, aplica la figura del control difuso de constitucionalidad, apartándose de la norma legal, y acogiendo la norma constitucional.

Es necesario precisar, que, a la fecha de la sentencia, el condenado ya había cumplido con pagar la liquidación adeuda, asimismo en los anteriores procesos penales, también había cumplido con cancelar la deuda.

Análisis de la Corte Suprema:

Elevado a consulta la sentencia, la Corte Suprema APRUEBA la decisión adoptada por el Juzgado de origen, sobre el control difuso aplicado al artículo 57 inciso 3 del código penal. En ese sentido la señala la suprema Corte en su fundamento décimo quinto, que a efectos de determinar la correcta aplicación del control difuso por parte del juzgado que emitió la sentencia, es preciso considerar el test de proporcionalidad entre la norma aplicada y la implicada. Hace una especial relevancia a poner en buen recaudo el interés superior del niño a percibir sus alimentos, en el marco de la protección del interés superior del niño y adolescente. Y con respecto a la norma inaplicada, en el caso en concreto señala que se justifica en la medida que la privación de la libertad del sentenciado, no resulta conforme a los fines de la pena, debido a que en procesos anteriores ha demostrado el cumplimiento total de la obligación alimentaria, asimismo, no supone un peligro para la sociedad, o la seguridad ciudadana, que justifiquen la imposición de una pena efectiva. Por otro lado, se tiene la cuenta que la privación de la libertad si pondría en grave peligro el derecho de la menor alimentista a recibir sus alimentos, por lo que privarle de la libertad supone, impedirle que continúe cumpliendo con su deber legal y judicial de acudir a su hija con la manutención.

Asimismo, señala la Corte Suprema, que la sanción penal implica poner en riesgo la vida de la hija del condenado, ya que no permitirá con los medios económicos que le permitan su alimentación, ya que el sentenciado se encontraría limitado a seguir cumpliendo con su obligación.

En efecto, se justifica la inaplicación de la norma penal, ya que esta no fomentaría el cumplimiento del objetivo que se pretende tutelar, y por otro

lado si existen medidas menos gravosas que permitan lograr el cumplimiento de la obligación alimentaria.

Asimismo, concluye que del balance del costo – beneficio, resulta favorable la inaplicación del artículo 57 inciso 3 del código penal, ya que la pena privativa de la libertad efectiva, interviene de manera nociva en el derecho del niño y adolescente a percibir oportunamente sus alimentos.

Como podemos percibir en el presente caso, la Corte Suprema desarrolla detenidamente un análisis desde el punto de vista del Control difuso que aplico el Juzgado en el delito de Omisión de la Asistencia familiar, al inaplicar la pena efectiva al condenado habitual, y sustituirla por la suspensión de la ejecución de la pena, nos deja un claro criterio que maneja esta Suprema corte, sobre la importancia del interés superior del niños y adolescentes en lo referente al cumplimiento de la pensión alimenticia. Se aparta del criterio de aplicar la sanción penal como medio para reprimir la sentenciados, y considera que la pena, no satisface el interés de la víctima, y que por el contrario le puede resulta lesiva a su derecho alimentario.

Es por ello que la Corte Suprema, ha señalado en el presente caso, que es preferible que el condenado se mantenga en libertad, con la única finalidad de no perjudicar el derecho de su menor hija alimentista.

Si bien es cierto, resulta importante esta decisión adoptada por la corte Suprema, es preciso recalcar que este tipo de control Constitucional se aplica de manera excepcional, y en el presente caso se ha visto justificada, dado también que el sentenciado, si bien es cierto tenia la calidad de habitual, y por lo tanto era merecedor de una pena efectiva, el comportamiento que ha tenido en los anteriores procesos y en el presente, cumpliendo con el pago de las liquidaciones, ha servido al Juzgador y la Corte Suprema para determinar que este seguirá cumpliendo con su obligación, aunque fuere en el proceso judicial, y ello importan sobre todo a la víctima por su condición especial de menor alimentista, y que tiene protección constitucional relacionado al derecho de percibir alimentos por parte de su progenitor.

d) Argentina: Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal Correccional de 8a. Nominación de Rosario (2016/05)- Ley 13.944- condena por el delito de incumplimiento de los deberes alimentarios.

Antecedentes del caso:

En el presente caso la corte de instrucción de Argentina del Rosario, condeno a seis meses de prisión efectiva al procesado por incumplimiento de los deberes alimentarios, con respecto a su menor hija.

Con respecto a la autoría, quedo acreditado ser el progenitor obligado de la menor alimentista de iniciales C.S., pese a que el investigado argumentaba dudas sobre su paternidad; sin embargo, esta fue acreditada con la partida de nacimiento que la niña nació el 30 de septiembre de 1993; asimismo con el acta de matrimonio entre la denunciante y el denunciado de fecha 21 de febrero de 1992 se acredito el vínculo familiar. En ese sentido, de acuerdo a las normas del código civil, en el artículo 245, que establece que se presume que los hijos concebidos dentro del matrimonio se presume como progenitor al esposo ,en concordancia con el art. 246 que dice "Son hijos legítimos los nacidos después de ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes a su disolución, si no se probase que había sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento".

Haciendo un cotejo de las respectivas fechas de ambos elementos probatorios, no cabría duda de la legitimidad de la filiación de la menor; sin embargo, este fue cotejada para mayor fiabilidad con el resultado de histocompatibilidad en cual arrojó como resultado 99.99 % de probabilidad de que la menor sea hija del imputado. Dado el grado de certeza de estas pruebas genéticas no existía prueba en contrario que pueda desvirtuar la paternidad, por lo que en este extremo quedo acreditado el vinculo paterno-filial, en su condición de padre biológico de la menor.

El fallo o sentencia:

En el presente caso el órgano jurisdiccional de conformidad con el artículo 1 de la ley 13. 944, tomo la decisión de condenar al imputado a seis meses de prisión efectiva, el cual deberá cumplir dicha condena de manera

intermitente, mediante la permanencia en la sección policial más próxima a su domicilio desde las 6 de la tarde del día sábado, hasta las 6 de la mañana del día lunes, con la finalidad de que el condenado puede en el resto de días realizar sus actividades laborales y económicas que le permitan cumplir con su obligación alimentaria.

Análisis del caso:

Se trata del caso de una menor nacida dentro del matrimonio de doce años de edad, la cual nunca no tuvo contacto alguno nunca con su padre, por lo que este fue condenado a 6 meses de prisión y al pago de las costas que origino el proceso costas y costos, al haberse demostrado en juicio que cometió el delito de omisión de los deberes alimentarios que tipifica el código penal argentino. La sentencia judicial , ordeno una prisión discontinua, los fines de semana en la sección policial del domicilio del condenado, sin embargo también dejo la posibilidad que estos días puedan ser variados en caso el sentenciado tenga que trabajar los fines de semana (Art. 36. Ley 24.660). Se puede advertir que, por cuestión de política criminal, el legislador ha facultado al juzgador para que pueda imponer una prisión discontinua, incluso dando la posibilidad al sentenciado de elegir los días que debe cumplir su prisión. Se resalta esta norma, ya que por un lado permite el cumplimiento de la condena, y por tanto la respectiva rehabilitación del condenado, y por otro facilita que el obligado- condenado pueda laborar para cumplir con su obligación alimentaria.

Con respecto al análisis de este delito, resulta muy similar en la estructura típica, ya que implica una sustracción voluntaria del obligado con la finalidad de evadir responsabilidad alimentaria.

En las palabras de Soler, se trata de “una *omisión deliberada*”, ya que “*la figura contiene, pues, claramente un elemento subjetivo, consistente en una actitud relativa a la propia omisión*” y agrega que “*Los contenidos de esa actitud psíquica pueden variar desde positiva hostilidad hasta «indiferencia egoísta desmedida»*”.

Resulta importante destacar el quantum punitivo que establece la ley 13.944, en cual sanciona con una pena mínima de un mes y máxima de dos años.

Asimismo, rescatamos, que la ley argentina, no requiere de la existencia de una sentencia en la vía civil para acreditar la obligación alimentaria.

Sobre la responsabilidad penal que recayó en el procesado en este caso, resulta apropiada, ya que no cumplió con sus deberes alimentarios pese a tener conocimiento del embarazo de su conyugue, cuando aún estaban casados, lo cual prueba que tenía conocimiento de que iba a ser padre.

Por otro lado, la ley argentina, se muestra más accesible y cercana al interés superior del niño y adolescente, ya que el sentenciado puede tener días libres para que realice labores que permitan solventar la pensión alimenticia. Es así, que en este caso, se le condena a privación de la libertad por seis meses, y sin embargo solo será de sábados a lunes, y los demás días puede realizar trabajos.

Por otro lado, en comparación con la legislación peruana, existe una diferencia abismal en las penas planteadas, nuestro código penal en su artículo 149 establece una pena no mayor a 3 años, sin embargo, en la práctica se aplica una pena promedio de un año.

1.3.20. Análisis del Decreto Supremo 008- 2020

El nueve de enero del presente año 2020, el presidente de la Republica, emite el Decreto de Urgencia N° 008- 2020- Decreto de Urgencia que establece nuevos supuestos de conversión de pena en los casos de personas que están cumpliendo prisión efectiva por el Delito de Omisión de Asistencia familiar para con ello incentivar la cancelación dineraria de la reparación civil y deuda alimentaria.

a) Objeto de la ley- art. 1

La finalidad de este decreto de Urgencia, consiste en perfeccionar los criterios de egresos penitenciarios anticipados referente a casos de conversión de pena de personas que cumplen prisión efectiva en penales de todo el país por el delito de omisión de asistencia familiar, a fin de promover el pago de la reparación civil y la deuda alimenticia, así como ayudar al deshacinamiento de los establecimientos penitenciarios.

En la exposición de motivos de la presente ley, se aprecia que los legisladores han tenido en cuenta el problema de los establecimientos penitenciarios relacionados al hacinamiento y la poca capacidad del Estado para

proveer de recursos humanos, médicos, logísticos para poder proveer de una atención adecuada a las personas sentenciadas.

Ante esta situación se tiene como información que la situación penitenciaria, desde hace más de cinco años, ha ido pasando por una aguda crisis que se ha manifestado, en falta de capacidad de albergue, salud, tratamiento, seguridad, por lo que el INPE HA sido declarados en emergencia tres (03) veces en menos de quince (15) años. La primera ocasión en febrero de 2005 mediante el Decreto de Urgencia N° 04-2005; la segunda en febrero del 2012 mediante Decreto de Urgencia N° 007-2012; y la tercera en enero de 2017 mediante Decreto Legislativo N° 1325.

Por otro lado, podemos señalar que el componente más problemático de esta crisis es el hacinamiento y la sobrepoblación en las cárceles, que impide un buen funcionamiento, y que involucra aspectos administrativos, presupuestas, de recursos humanos y planeamiento, que permitan a esta población penitenciaria tener un adecuado tratamiento de rehabilitación y resocialización, conforme a sido establecidos en los fines de la pena.

b) Procedencia de conversión de penas- Art. 3

La pena relacionada con la prisión efectiva de una persona condenada por el delito de omisión de asistencia familiar se puede convertir automáticamente en una pena alternativa, si demuestra ante el juez el pago total de la reparación civil y de la deuda alimenticia acumulada hasta el momento en que solicita la conversión. Para este supuesto no es aplicable el literal b) del párrafo anterior.”

Al respecto Pacheco (2020), nos dice que el procedimiento de conversión de pena, ya se encuentra regulado en el Decreto Legislativo N°1300, en el cual se ha introducido algunos cambios, con esta D.S. 008-2020. En efecto señala que el proceso especial de conversión de penas privativas de libertad por penas alternativas, se aplican para condenas no mayores a 06 años, cuando se trate de delitos que revistan determinadas condiciones permitidas por la ley.

Es por ello, que este D. S. 008- 2020 se suma a esta finalidad, posibilitando no solo el pago de la reparación civil y la deuda alimentaria, sino también contribuyendo al deshacinamiento penitenciario.

Este decreto Supremo presenta varios aspectos positivos desde su implementación, por un lado, permite la satisfacción de la víctima con el cumplimiento de la deuda alimentaria, y por otro lado contribuye con el Estado en el deshacinamiento de los penales, y la reducción de recursos que se utilizan durante su reclusión.

Asimismo, desde una perspectiva más general, el impacto positivo de este decreto supremo, permite favorecer a otros alimentistas que también dependen del sentenciado, y que ha venido siendo debatido por mucho tiempo por especialistas que están a favor de la protección del interés superior del niño y adolescente.

Finalmente, en concordancia con el D. S. 008- 2020, se ha promulgado en el mes de abril del 2020 el Decreto legislativo 1459- 2020- que básicamente busca optimizar la aplicación de la conversión automática de la pena para los sentenciados por omisión de la asistencia familiar, con el propósito de reducir la sobrepoblación y hacinamiento dentro de los establecimientos penitenciarios y evitar el contagio de COVID- 19.

c) Incumplimiento y revocatoria de la conversión. Art. 11

La revocatoria de la conversión procede cuando el condenado incumple por dos meses consecutivos con la obligación de prestar impuesta por el juzgador y asumida por el conforme se dispuso en la sentencia civil del juzgado de paz letrado. En ese sentido se puede advertir que en caso el sentenciado- obligado quiera salir en libertad, no solo abarca a la deuda que mantiene en el proceso penal, sino también a la obligación mensual de pago que se ordenó en el proceso civil.

1.4. Formulación del problema

¿Qué sanciones o medidas evitarían el delito de omisión a la asistencia familiar y vulneración del interés superior del alimentista?

1.5. Justificación e importancia del estudio

La presente investigación es importante porque en la actualidad el delito de omisión de la asistencia familiar, es uno de los más frecuentes en nuestro país, sin embargo, la sanción punitiva que establece el artículo 149 del código penal, no resuelve el problema de fondo que es el pago de las pensiones devengadas,

ya que el sentenciado a pena efectiva de cárcel, una vez cumplida su condena obtiene su libertad sin pagar pensión alguna.

Es por ello, que la presente investigación se justificó para que los operadores del derecho y la comunidad jurídica encuentren una alternativa de solución a esta problemática, y que está basado en resolver el problema de fondo que es el cumplimiento de la obligación alimentaria, a través de la conversión de la pena efectiva a trabajo comunitario remunerado que debe realizar el sentenciado en el medio libre, a fin de que dicha remuneración sirva para el cumplimiento de la liquidación adeudada.

1.6. Hipótesis

Las medidas o sanciones que evitarían la comisión del delito de omisión a la asistencia familiar y lesionando el principio del interés superior del alimentista, son la inaplicación de la suspensión de la pena, y la sanción penal de trabajo comunitario remunerado.

1.7. Objetivos

1.7.1. Objetivo general

Establecer medidas alternativas en el artículo 149° del código penal frente al delito de omisión a la asistencia familiar que eviten la vulneración del interés superior del niño que contribuyan al cumplimiento de las obligaciones alimentarias.

1.7.2. Objetivos específicos

- a)** Identificar los factores que inciden en el delito de omisión a la asistencia familiar.
- b)** Analizar la jurisprudencia Nacional y Extranjera sobre el delito de Omisión a la Asistencia Familiar y las sanciones impuestas.
- c)** Proponer la variación de las sanciones para el delito de omisión a la asistencia familiar por medidas alternativas que eviten la vulneración del interés superior del niño.

II. MATERIAL Y METODOS

2.1. Tipo y diseño de investigación

2.1.1. Tipo de investigación

El presente trabajo de investigación es de naturaleza cuantitativa, de carácter descriptivo y explicativo, ya que tuvo como finalidad acercarse a la

realidad problemática y obtener resultados medibles y directos de la muestra a quienes se aplicó los instrumentos de recolección de información (encuesta).

2.1.2. Diseño de la investigación

Se utilizó el diseño causal – explicativo que relación: M X Y- donde:

M= es la muestra

X= es la observación a la variable independiente

Y= es la observación a la variable dependiente.

2.2. Población y muestra

2.2.1. Población

La población de la presente investigación, está constituida por la comunidad jurídica y los operadores del derecho del distrito judicial de Lambayeque, entre Magistrados (jueces y fiscales), y abogados penalistas, así como por la jurisprudencia nacional y extranjera.

2.2.2. Muestra

La muestra estuvo constituida por un subconjunto de la población restringida a un número de 40 informantes, debido al aislamiento social obligatorio decretado por el gobierno a raíz de la pandemia del Covid- 19, a quienes se les aplicó los instrumentos de recolección de datos (encuesta), distribuidos de la siguiente manera: 35 abogados, 3 fiscales 2 jueces.

Jueces	Fiscales	Abogados
2	3	35

2.3. Variables y Operacionalización

2.3.1. Variable independiente

Omisión de la Asistencia Familiar.

Definición. - El delito de omisión a la asistencia familiar, lo podemos encontrar tipificado en el artículo 149 del código penal, y un tipo penal netamente doloso por omisión, y en el cual se tiene como sujeto activo al obligado alimentista, y como agraviado, al beneficiario alimentario. Para su configuración

se requiere que el obligado incumpla con pasar la pensión alimenticia ordenada previamente por la autoridad jurisdiccional.

Referencia: artículo 149 del Código Penal.

2.3.2. Variable independiente

Clases de penas

Definición. - dentro del ámbito penal, las penas son entendidas como los mecanismos legales coercitivos que utiliza el estado para prevenir y sancionar aquellas conductas ilícitas previamente tipificadas como delitos en nuestro catálogo penal. En tal sentido, nuestro código penal, establece cuatro tipos de penas: pena privativa de la libertad, pena restrictiva de la libertad, pena limitativa de derecho, y pena de multa.

Referencia: artículo 28 del código penal.

2.3.3. Operacionalización de variables

Variable	Definición de variable	Indicador	Técnicas e instrumentos
independiente			
Omisión de la asistencia familiar	Delito tipificado en el artículo 149 del código penal, que se sanciona con una pena máxima 3 de años de PLL en su tipo básico.	<ul style="list-style-type: none"> - Pena privativa de libertad efectiva - Sentencias firmes - Liquidación de pensiones - Reparación civil 	<ul style="list-style-type: none"> - Encuesta - Entrevista - Análisis documental - Fichaje
Dependiente			

Clases de penas	Trabajo comunitario Trabajo forzoso Pago de días multa	Antecedentes del imputado Daño ocasionado Circunstancias personales del imputado	<ul style="list-style-type: none"> - Encuesta - Entrevista - Fichaje - Análisis documental
-----------------	--	--	--

2.4. Técnica e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad

2.4.1. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

En el presente trabajo de investigación he aplicado las siguientes técnicas e instrumentos de recolección de datos:

a) **La técnica del análisis documental;** para lo cual utilice fichas textuales, hojas resúmenes que fueron extraídas de fuentes bibliográficas y de internet, así como tesis, revistas y artículos jurídicos.

b) **Técnica del Fichaje:** Sirvió para recolectar datos importantes y relevantes para la presente investigación.

c) **Observación:** Se utilizó para describir los hechos de manera objetiva y que fueron apreciados del contexto social sobre el tema materia de investigación.

2.4.2. Instrumentos

a) **Se utilizó el cuestionario,** el mismo que fue aplicado a los magistrados (en Juzgados Especializados de Familia, juzgados penales, fiscales de familia y penal, así como abogados de familia y penalistas) para contrastar con la realidad y justificar la propuesta de modificación normativa. Asimismo, para la aplicación de este instrumento se utilizó la técnica del análisis documental, el cual tuvo como propósito verificar material bibliográfico, esto es, investigaciones previas, y contrastar con los resultados obtenidos de la aplicación del instrumento.

b) Fichas bibliográficas y textuales: Se utilizaron para anotar información obtenida de la variada y diversa fuente bibliográfica sobre el delito de omisión a la asistencia familiar y la justicia penal restaurativa.

2.4.3. Validez y confiabilidad

La presente investigación cumple con las exigencias de validez y confiabilidad debido a que se han aplicado instrumentos (encuesta) y realizado el procesamiento correspondiente de información de manera objetiva utilizando las tecnologías apropiadas. Asimismo, la muestra estudiada son profesionales conocedores de la problemática objeto de estudio.

2.5. Procedimiento y análisis de datos

En la presente investigación he utilizado el programa de Microsoft Excel para el procesamiento de datos, a través de tablas y figuras que sirvieron para obtener el resultado de las encuestas aplicadas a jueces, fiscales y abogados, a través de números y porcentajes, que me han permitido acercarme al problema de estudio y corroborar la hipótesis planteada.

Asimismo, los datos obtenidos han sido analizados en concordancia con otras investigaciones realizadas sobre la materia y que se encuentran consignadas en los antecedentes del presente informe, a fin de determinar si existe coherencia y respaldo de otros estudios realizados.

2.6. Criterios éticos

Se tuvieron en cuenta criterios éticos a lo largo de la elaboración del presente trabajo, entre los que resaltan principalmente los siguientes: veracidad, responsabilidad, probidad, e imparcialidad.

Para el recojo y aplicación de la información teórica, se evitó el plagio académico a través del parafraseo y la aplicación de las normas APA 6ta edición. En ese sentido se aplicaron los siguientes criterios éticos:

- a) Veracidad** el principio de veracidad está relacionado al verdadero uso de los instrumentos y técnicas de recolección de información señalados en una investigación. Por lo que la presente investigación se ha realizado teniendo en cuenta ineludible el proceso del marco metodológico señalado en este informe.

- b) **Responsabilidad.** - la presente investigación se realizó con la mayor diligencia posible, para obtener los resultados confiables.
- c) **Probidad.** - para la elaboración de la presente investigación, nos agenciaremos de toda la información teoría y práctica necesaria para poder emitir algún comentario, o llegar a hacer alguna recomendación, teniendo en cuenta estudios anteriores sobre el presente tema.
- d) **Imparcialidad.** - se deberá tener en cuenta, que en la presente investigación no existe un interés de carácter subjetivo que pueda suponer la alteración de los resultados obtenidos, por lo tanto, se desarrollará de acuerdo a la información que nos proporcionen la población de informante.

2.7. Criterios de rigor científico

En el presente informe de investigación he utilizado las normas APA 6ta edición, así como el parafraseo de los textos extraídos de otras fuentes, por lo que cuenta con originalidad por parte del autor.

Asimismo, he utilizado los siguientes criterios científicos:

- a) **Aplicabilidad.** - la investigación busca que sea de aplicación a corto- mediano o largo plazo en el contexto investigado.
- b) **Consistencia.** – ya que los resultados obtenidos en esta investigación pueden ser repetidos en otras investigaciones realizadas con los mismos sujetos y en el mismo contexto. Es decir, si otra investigación decide realizar un estudio sobre nuestro mismo campo, obtendrá resultados muy similares.
- c) **Fiabilidad.** – la presente investigación permite que los instrumentos utilizados repitan las mismas medidas en iguales circunstancias.
- d) **Objetividad.** – como investigador me he apartado de cualquier concepción personal que me permita adelantar opinión o parcializarme con los resultados, es decir, mi investigación se encuentra exenta o libre de cualquier tipo de influencia, por lo que los resultados se muestran tal cual resultan del estudio de la realidad.

- e) Neutralidad. – los resultados de mi investigación no han sido motivados por intereses personales o perspectivas externas.
- f) Transferibilidad. – la finalidad es proporcionar el conocimiento sobre el contexto que permitirán transferir las conclusiones a contextos similares. Mi investigación puede ser aplicada en otros contextos similares, obteniendo resultados semejantes.
- g) Comprobación. - este principio supone, que toda investigación puede ser corroborada por otra que se realice bajo el mismo contexto. Es por ello que este informe, puede ser comprobado por investigaciones futuras que se realicen sobre el mismo contexto.

III. RESULTADOS

3.1. Resultados en Tablas y Figuras.

Tabla 1

El alto índice de comisión del delito de Omisión de la Asistencia Familiar

ITEMS	N°	%
Totalmente en Desacuerdo	3	8%
En Desacuerdo	9	23%
No Opina	0	0%
De acuerdo	5	12%
Totalmente de Acuerdo	23	57%
TOTAL	40	100%

Nota: Encuesta aplicada a abogados, jueces y fiscales en el Distrito Judicial de Lambayeque, 2020.

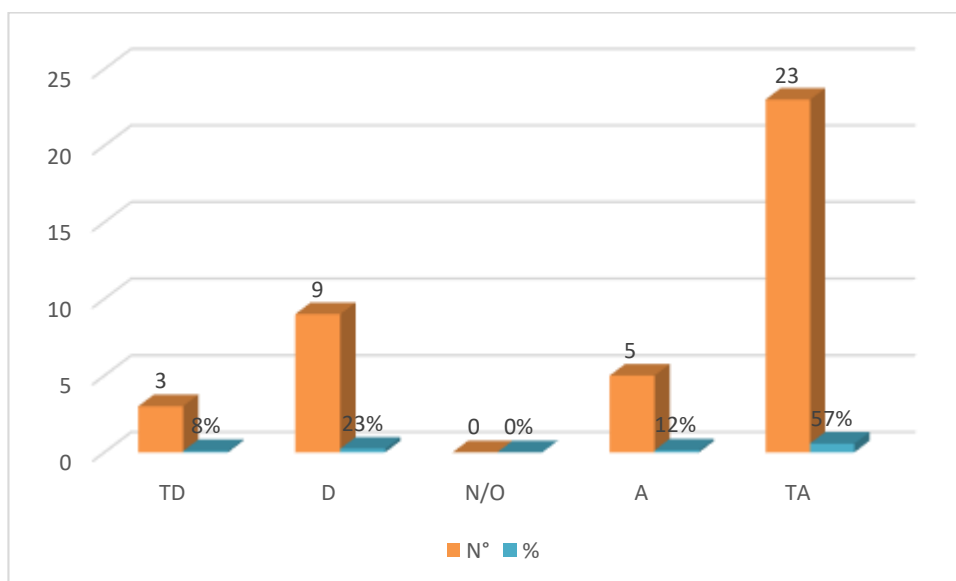


Figura 1. El alto índice de comisión del delito de Omisión de la Asistencia Familiar.

Nota: El 57% de la población encuestada se mostró en total acuerdo en que el delito de omisión de la asistencia familiar presenta un alto índice de comisión delictiva en nuestro país. Asimismo, el 12% se mostró en acuerdo con esta afirmación. Por otro lado, el 13% señaló estar en Desacuerdo en que este delito se cometa en un alto índice en nuestro país, y finalmente señalaron estar el total desacuerdo el 8% de la población encuestada.

Tabla 2

El delito de omisión de asistencia familiar y su relación con el principio de paternidad responsable.

ITEMS	N°	%
Totalmente en Desacuerdo	0	0%
En Desacuerdo	6	15%
No Opina	0	0%
De acuerdo	8	20%
Totalmente de Acuerdo	26	65%
TOTAL	40	100%

Nota: Encuesta aplicada a abogados, jueces y fiscales en el Distrito Judicial de Lambayeque, 2020.

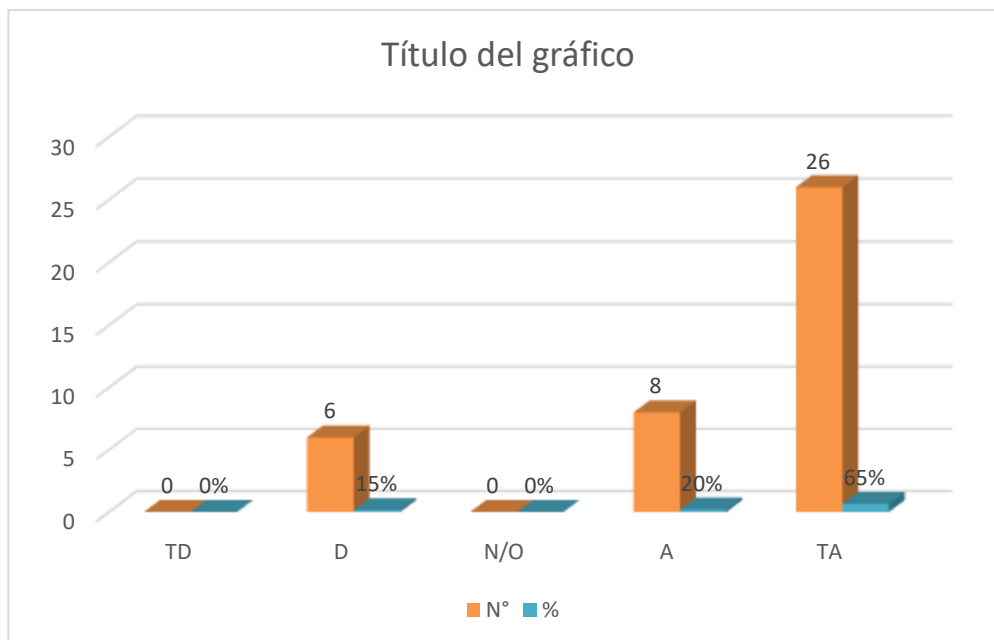


Figura 2. El delito de omisión de asistencia familiar y su relación con el principio de paternidad responsable.

Nota: El 65% de la población encuestada señaló estar totalmente de acuerdo que existe una relación entre el delito de omisión de la asistencia familiar y el principio de paternidad responsable; mientras que por otro lado el 20% de esta población se mostró de acuerdo, y finalmente el 15% señaló estar en desacuerdo.

Tabla 3

El cumplimiento del pago de la deuda alimentaria de los sentenciados a pena privativa de la libertad efectiva.

ITEMS	N°	%
-------	----	---

Nota: Encuesta aplicada a abogados, jueces y fiscales en el Distrito Judicial de Lambayeque, 2020.

Totalmente en Desacuerdo	16	40%
En Desacuerdo	7	18%
No Opina	0	0%
De acuerdo	4	10%
Totalmente de Acuerdo	13	32%
TOTAL	40	100%

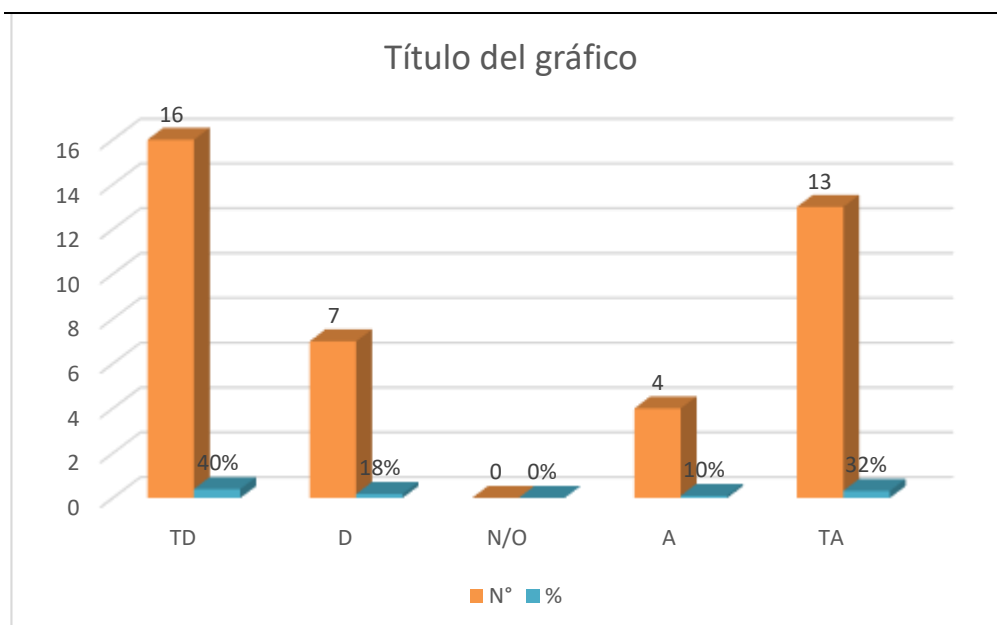


Figura 3. El cumplimiento del pago de la deuda alimentaria de los sentenciados a pena privativa de la libertad efectiva

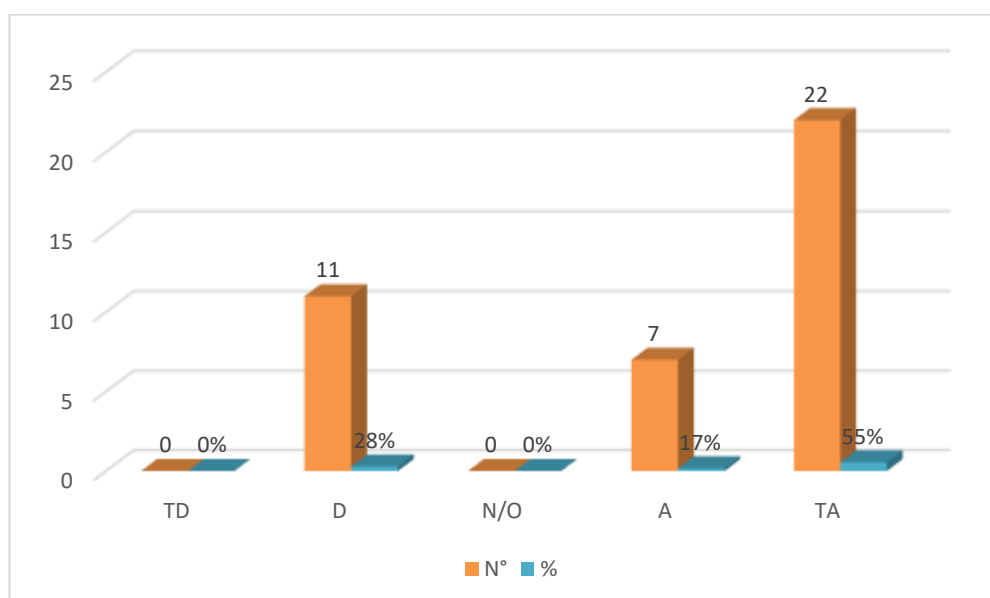
Nota: El 40% de los informantes se ha mostrado totalmente en desacuerdo en que los sentenciados a pena privativa de la libertad con carácter de efectiva por el delito de omisión de la asistencia familiar cumplan con el pago de la deuda alimenticia (liquidación). Por otro lado, el 18% se mostró en desacuerdo señalando que no cumplen con pagar la liquidación. Asimismo, tenemos al 32% de la población encuestada que señalo estar totalmente de acuerdo en el cumplimiento de pago por parte de los sentenciados a prisión, y finalmente el 10% señalo estar de acuerdo.

Tabla 4

La pena efectiva y el trabajo forzoso remunerado para el cumplimiento de la deuda alimentaria.

ITEMS	N°	%
Totalmente en Desacuerdo	0	0%
En Desacuerdo	11	28%
No Opina	0	0%
De acuerdo	7	17%
Totalmente de Acuerdo	22	55%
TOTAL	40	100%

Nota: Encuesta aplicada a abogados, jueces y fiscales en el Distrito Judicial de Lambayeque, 2020.



. Figura 4. La pena efectiva y el trabajo forzoso remunerado para el cumplimiento de la deuda alimentaria.

Nota: el 55% de los encuestados ha señalado estar totalmente de acuerdo en que los sentenciados a pena privativa de la libertad con carácter de efectiva realicen trabajos remunerados que sirvan para el pago de la deuda alimentaria. Asimismo, el 17% también se mostró de acuerdo con esta medida. Mientras que, por otro lado, el 28% de los encuestados señalo estar en desacuerdo con esta propuesta.

Tabla 5

La aplicación de penas alternativas a la suspensión de la ejecución de la pena en el delito de OAF.

ITEMS	N°	%
Totalmente en Desacuerdo	3	8 %
En Desacuerdo	5	12%
No Opina	2	5%
De acuerdo	8	20%
Totalmente de Acuerdo	22	55%
TOTAL	40	100%

Nota: Encuesta aplicada a abogados, jueces y fiscales en el Distrito Judicial de Lambayeque, 2020.

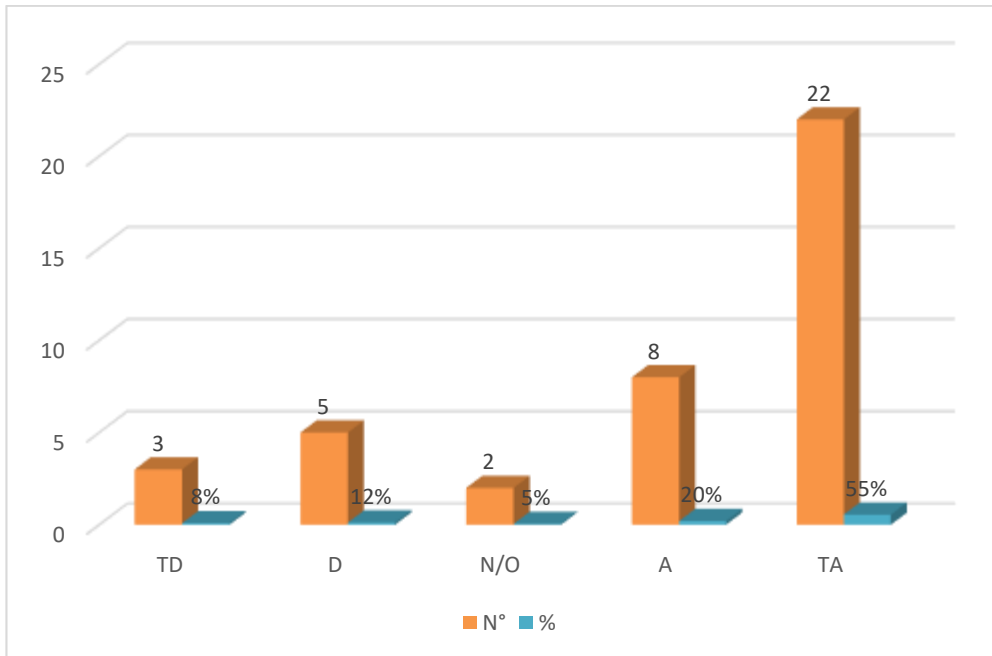


Figura 5. La aplicación de penas alternativas a la suspensión de la ejecución de la pena en el delito de OAF.

Nota: El 55% de los encuestados se mostró totalmente de acuerdo en la aplicación de penas alternativas a la suspensión de la ejecución de la pena en el delito de omisión de la asistencia familiar, por otro lado, el 20% señaló estar de acuerdo con esta medida. De diferente criterio fueron el 12% de la población encuestada quienes se mostraron en desacuerdo, asimismo, 8% señaló también señaló estar totalmente en desacuerdo. Finalmente, el 5% de los encuestados contestaron que no sabe y no opina.

Tabla 6

La efectividad del trabajo comunitario remunerado para impulsar el cumplimiento de pago de la liquidación.

ITEMS	N°	%
Totalmente en Desacuerdo	0	0 %
En Desacuerdo	12	30%
No Opina	0	0%
De acuerdo	18	45%
Totalmente de Acuerdo	10	25%
TOTAL	40	100%

Nota: Encuesta aplicada a abogados, jueces y fiscales en el Distrito Judicial de Lambayeque, 2020.

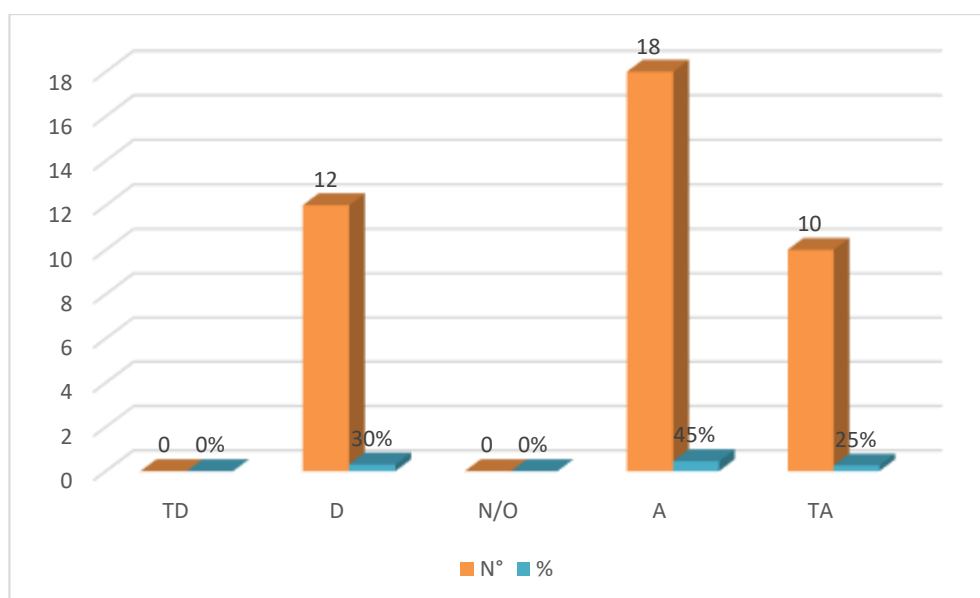


Figura 6. La efectividad del trabajo comunitario remunerado para impulsar el cumplimiento de pago de la liquidación.

Nota: con respecto ítems número 6, el 45% de los encuestados se ha mostrado de acuerdo con que la sanción penal del trabajo comunitario

remunerado servirá para impulsar el cumplimiento del pago de la liquidación adeudada al alimentista. Asimismo, el otro 25% también se ha mostrado totalmente de acuerdo con esta propuesta. Sin embargo, el 30% de los encuestados discrepo de esta medida al señalar que se encuentra en desacuerdo.

Tabla 7

La inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena para el delito de omisión de la asistencia familiar.

ITEMS	N°	%
Totalmente en Desacuerdo	7	18%
En Desacuerdo	5	12%
No Opina	0	0%
De acuerdo	20	50%
Totalmente de Acuerdo	8	20%
TOTAL	40	100%

Nota: Encuesta aplicada a abogados, jueces y fiscales en el Distrito Judicial de Lambayeque, 2020.

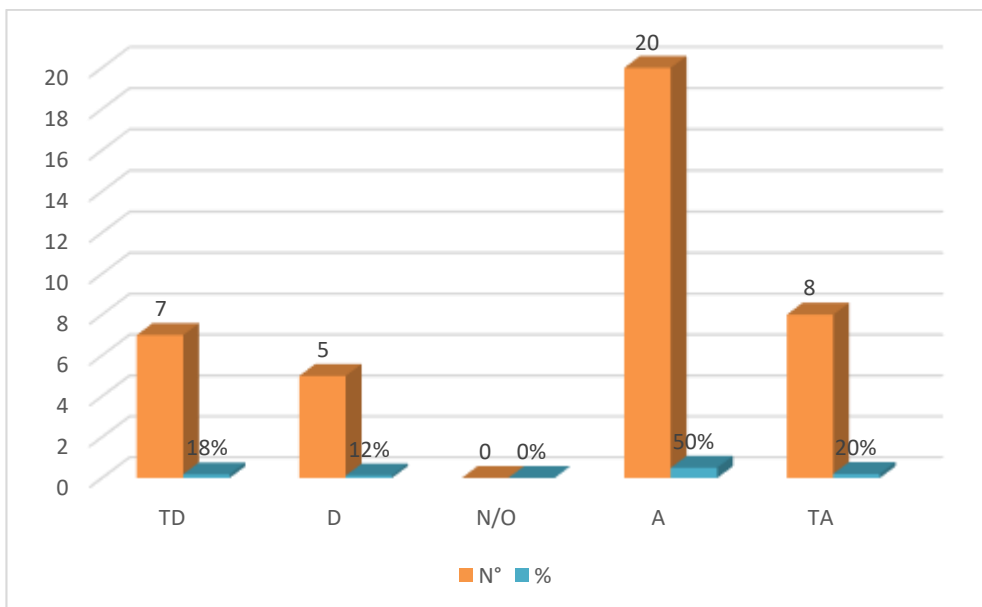


Figura 7. La inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena para el delito de omisión de la asistencia familiar.

Nota: con respecto al ítem consultado, tenemos que el 50% de los encuestados se mostró de acuerdo con la incorporación al artículo 57 del código penal la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena para el delito de Omisión de la asistencia familiar. En ese mismo sentido se pronunció el 20% de los encuestados quienes se mostraron totalmente de acuerdo. Por otro lado, el 18% de la población encuestada discrepo de esta posición mostrándose totalmente en desacuerdo con esta propuesta. Finalmente, el 12% señaló estar en desacuerdo con la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena.

Tabla 8

La vulneración del derecho a la libertad del trabajo con la pena de trabajo comunitario remunerado

ITEMS	N°	%
Totalmente en Desacuerdo	24	60%
En Desacuerdo	12	30%
No Opina	0	0%
De acuerdo	4	10%
Totalmente de Acuerdo	0	0%
TOTAL	40	100%

Nota: Encuesta aplicada a abogados, jueces y fiscales en el Distrito Judicial de Lambayeque, 2020.

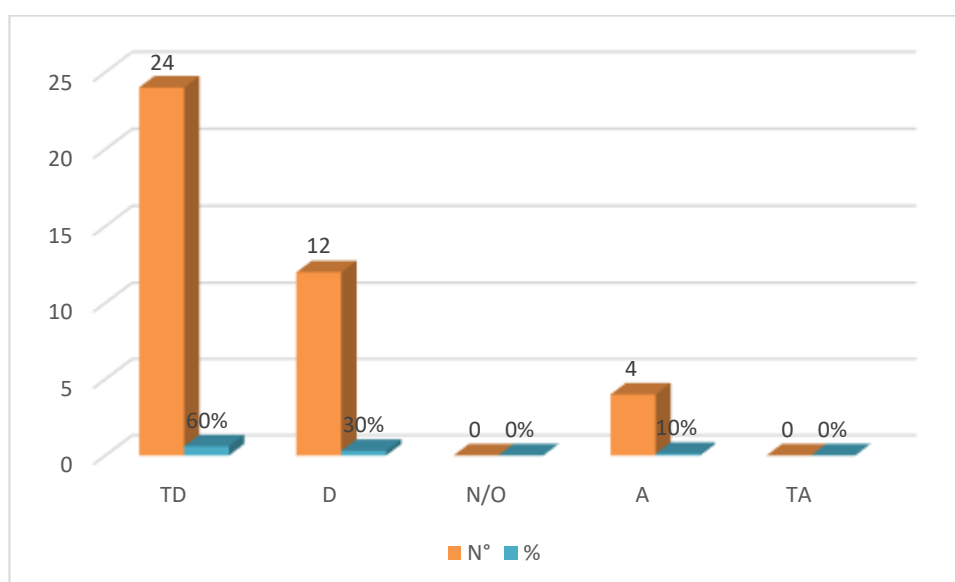


Figura 8. La vulneración del derecho a la libertad del trabajo con la pena de trabajo comunitario remunerado

Nota: de acuerdo al presente ítem consultado, tenemos que el 60% de los encuestados se mostraron totalmente en desacuerdo en que se afectaría el derecho constitucional a la libertad del trabajo del sentenciado por omisión de la asistencia familiar, al condenarle a realizar trabajos comunitarios remunerados. Asimismo, el otro 30% señaló estar en desacuerdo con la vulneración a este derecho constitucional. Y finalmente el 10% de los encuestados se mostró de acuerdo con que se vulneraría el derecho a la libertad del trabajo del sentenciado.

Tabla 9

La privación de la libertad como mecanismo punitivo más efectivo en el delito de omisión de la asistencia familiar

ITEMS	N°	%
Totalmente en Desacuerdo	15	38%
En Desacuerdo	10	25%
No Opina	0	0%
De acuerdo	8	20%
Totalmente de Acuerdo	7	17%
TOTAL	40	100%

Nota: Encuesta aplicada a abogados, jueces y fiscales en el Distrito Judicial de Lambayeque, 2020.

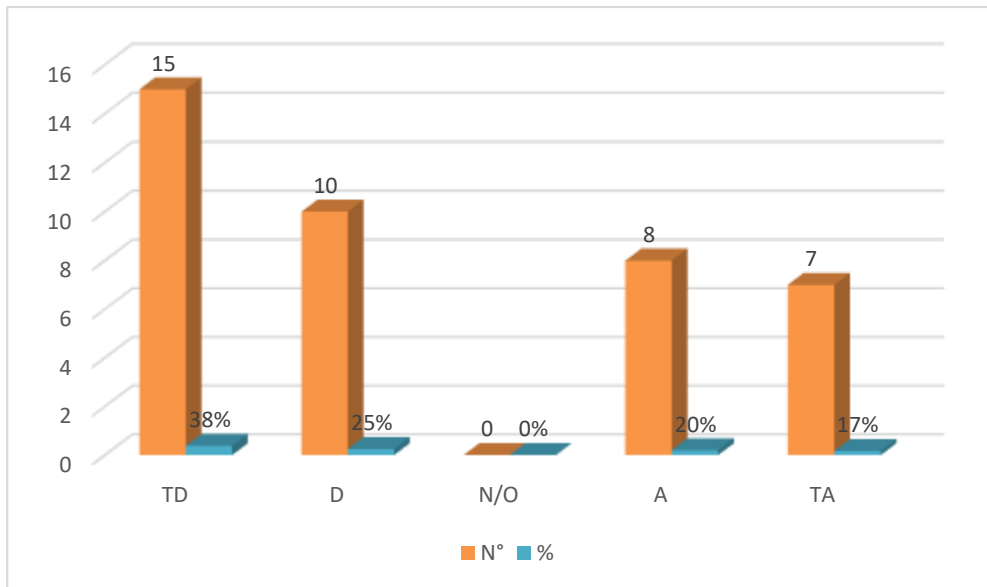


Figura 9. La privación de la libertad como mecanismo punitivo más efectivo en el delito de omisión de la asistencia familiar

Nota: de acuerdo al ítem consultado, tenemos que el 38% de los encuestado ha señalado estar totalmente en desacuerdo en que la privación de la libertad resulte ser el mecanismo punitivo más efectivo para reprimir o sancionar el delito de omisión de la asistencia familiar. En ese mismo sentido tenemos al otro 25% quien se mostró en desacuerdo con la efectividad de esta pena. Asimismo, discrepó de esta posición el 20% de los encuestados quienes señalaron estar de acuerdo en la pena privativa de la libertad es la más eficaz para este delito. Y finalmente el 17% se mostró totalmente de acuerdo con la efectividad de esta sanción penal.

Tabla 10

La afectación al principio de proporcionalidad con la aplicación de la pena de prestación de servicios a la comunidad.

ITEMS	N°	%
Totalmente en Desacuerdo	17	43%
En Desacuerdo	7	17%
No Opina	0	0%
De acuerdo	11	27%
Totalmente de Acuerdo	5	13%
TOTAL	40	100%

Nota: Encuesta aplicada a abogados, jueces y fiscales en el Distrito Judicial de Lambayeque, 2020.

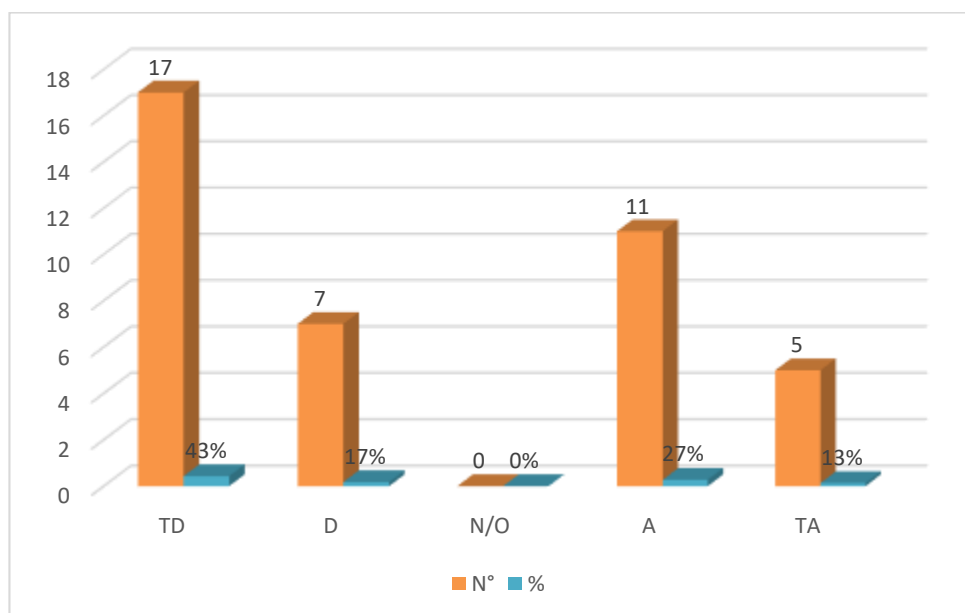


Figura 10. La afectación al principio de proporcionalidad con la aplicación de la pena de prestación de servicios a la comunidad.

Nota: de acuerdo al presente ítem, el 43% de los encuestados se mostró totalmente en desacuerdo en que la aplicación de la pena alternativa de prestación de servicios a la comunidad, llegue a afectar al principio de proporcionalidad de las penas a aplicarse en el delito de omisión de la

asistencia familiar. Asimismo, un 17% señaló estar en desacuerdo en que pudiera existir una afectación al principio de proporcionalidad. Por otro lado, discreparon de esta opinión el 27% de los encuestados quienes señalaron estar de acuerdo en que pudiera afectarse el principio de proporcionalidad de las penas con la sanción penal de realización de trabajo comunitario. Y finalmente el 13% señaló en ese mismo sentido estar totalmente de acuerdo con la probabilidad de afectación al principio en mención.

Tabla 11

El interés superior del niño y adolescente frente a la inaplicación de la suspensión de ejecución de la pena.

ITEMS	N°	%
Totalmente en Desacuerdo	5	13%
En Desacuerdo	7	17%
No Opina	0	0%
De acuerdo	8	20%
Totalmente de Acuerdo	20	50%
TOTAL	40	100%

Nota: Encuesta aplicada a abogados, jueces y fiscales en el Distrito Judicial de Lambayeque, 2020.

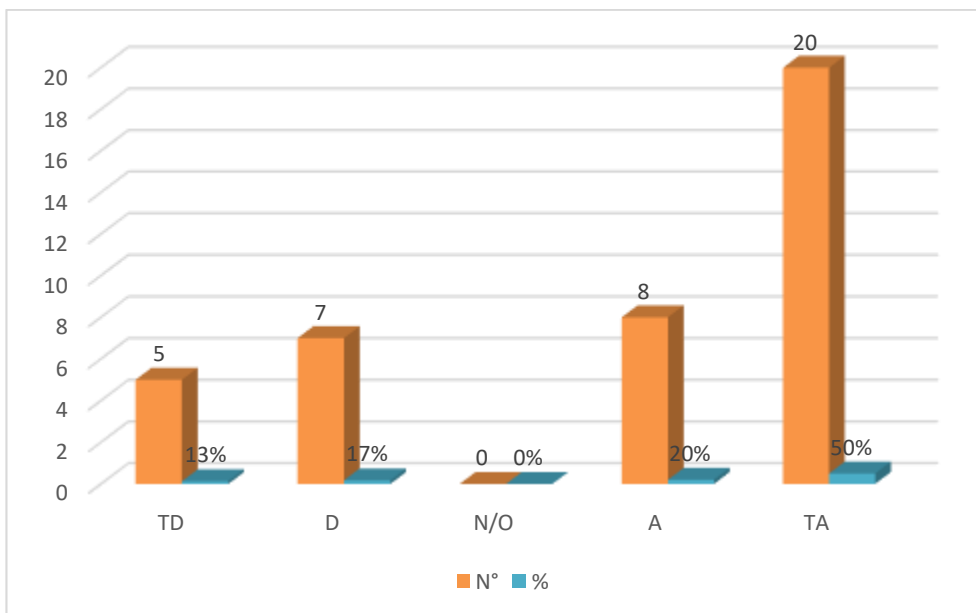


Figura 11. El interés superior del niño y adolescente frente a la inaplicación de la suspensión de ejecución de la pena.

Nota: de acuerdo al ítem consultado, el 50% de los encuestados se ha mostrado totalmente de acuerdo que debe tenerse en cuenta el principio de interés superior del niño y adolescente o del alimentista para incorporar la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena en el delito de omisión de la asistencia familiar. Asimismo, tenemos al otro 20% que también señaló estar de acuerdo con el principio postulado. De distinta opinión fueron el 17% de los encuestados quienes se mostraron en desacuerdo sobre el postulado del interés superior del niño, adolescente o alimentista para inaplicar la suspensión de la pena. Y finalmente 13% se mostró en total desacuerdo sobre la pregunta formulada en el presente ítem.

Tabla 12

Prestación de servicios remunerado a la comunidad y la satisfacción de la pretensión del alimentista.

ITEMS	N°	%
Totalmente en Desacuerdo	8	20%
En Desacuerdo	4	10%
No Opina	0	0%
De acuerdo	10	25%
Totalmente de Acuerdo	18	45%
TOTAL	40	100%

Nota: Encuesta aplicada a abogados, jueces y fiscales en el Distrito Judicial de Lambayeque, 2020.

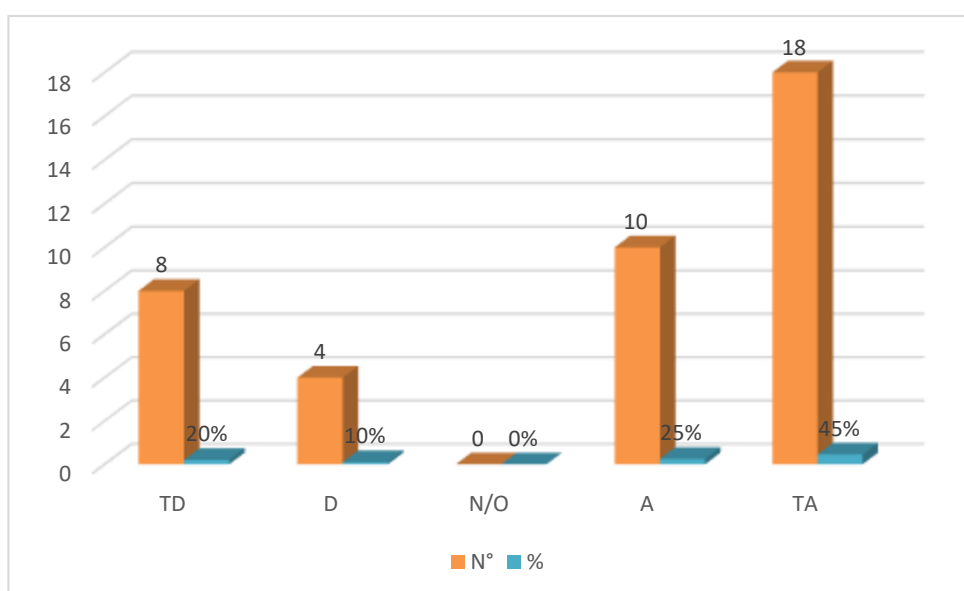


Figura 12. Prestación de servicios remunerado a la comunidad y la satisfacción de la pretensión del alimentista.

Nota: de acuerdo al presente ítem, el 45% de los encuestados se ha mostrado totalmente de acuerdo sobre la satisfacción de la pretensión del alimentista con la pena de prestación de servicios a la comunidad que se le imponga al sentenciado. Asimismo, el 25% ha señalado estar de acuerdo con la satisfacción por parte de la víctima sobre su pretensión alimentaria. Por otro lado, el 20% de los encuestado se mostró totalmente desacuerdo, y el otro 10% señalo estar en desacuerdo con la satisfacción de la pretensión del alimentista,

Tabla 13

La voluntad del legislador en la privación de la libertad del sentenciado y el interés resarcitorio de la víctima.

ITEMS	N°	%
Totalmente en Desacuerdo	17	42%
En Desacuerdo	11	28%
No Opina	2	5%
De acuerdo	7	17%
Totalmente de Acuerdo	3	8%
TOTAL	40	100%

Nota: Encuesta aplicada a abogados, jueces y fiscales en el Distrito Judicial de Lambayeque, 2020.

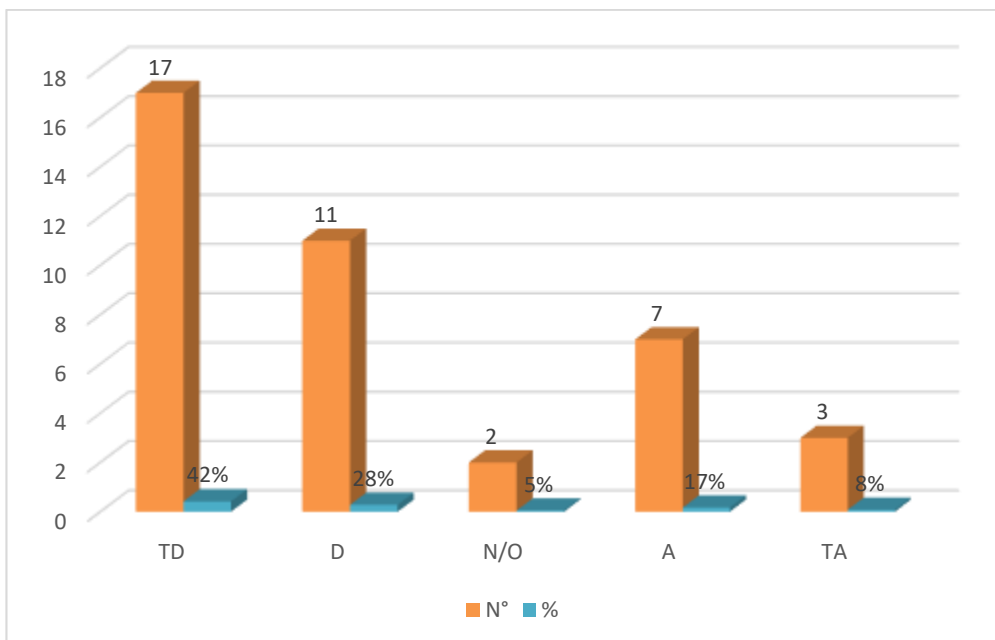


Figura 13. La voluntad del legislador en la privación de la libertad del sentenciado y el interés resarcitorio de la víctima.

Nota: de acuerdo al ítem consultado, el 42% de la población encuestada se ha mostrado en total desacuerdo en que el legislador haya tomado en cuenta el interés resarcitorio de la víctima en el delito de omisión de la asistencia familiar, al sancionar este delito con pena privativa de la libertad. Por otro lado, el 28% de los encuestados, señalo encontrarse en desacuerdo. De opinión distinta fueron el 17%, quienes se mostraron de acuerdo sobre la voluntad del legislador al tener en cuenta el interés del alimentista sobre la privación de la libertad del condenado. Asimismo, el 8% señalo estar totalmente de acuerdo con esta pregunta. Finalmente, el 5% de los encuestados marcos que no sabe/ no opina al respecto.

Tabla 14

La eficacia del tipo penal de omisión de la asistencia familiar desde la perspectiva de la víctima.

ITEMS	N°	%
Totalmente en Desacuerdo	14	35%
En Desacuerdo	16	40%
No Opina	0	0%
De acuerdo	8	20%
Totalmente de Acuerdo	2	5%
TOTAL	40	100%

Nota: Encuesta aplicada a abogados, jueces y fiscales en el Distrito Judicial de Lambayeque, 2020.

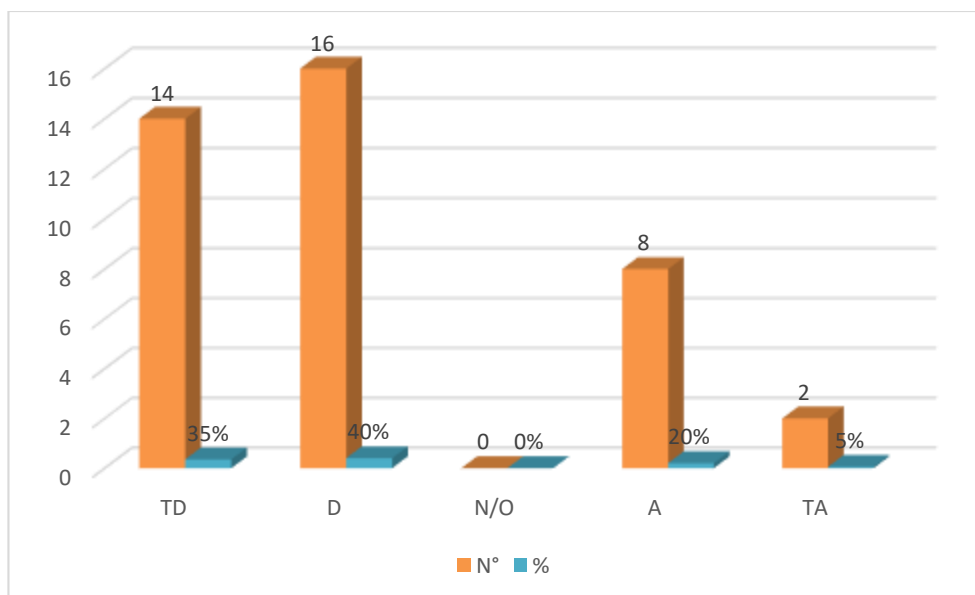


Figura 14. La eficacia del tipo penal de omisión de la asistencia familiar desde la perspectiva de la víctima.

Nota: de acuerdo al ítem consultado, el 40% de los encuestados se mostró en desacuerdo que la actual regulación del tipo penal del delito de omisión de la asistencia familiar resulte eficaz para la víctima. Por otro lado, el 35%

señalo estar en total desacuerdo. Asimismo, encontramos la opinión del 20% de encuestado quienes se mostraron de acuerdo con la eficacia para la víctima de este tipo penal. Y finalmente el 5% que afirmo estar totalmente de acuerdo.

Tabla 15

Dejar sin efecto la condena cuando el sentenciado haya cumplido con el pago total de la liquidación

ITEMS	N°	%
Totalmente en Desacuerdo	0	0%
En Desacuerdo	7	18%
No Opina	0	0%
De acuerdo	5	12%
Totalmente de Acuerdo	28	70%
TOTAL	40	100%

Nota: Encuesta aplicada a abogados, jueces y fiscales en el Distrito Judicial de Lambayeque, 2020.

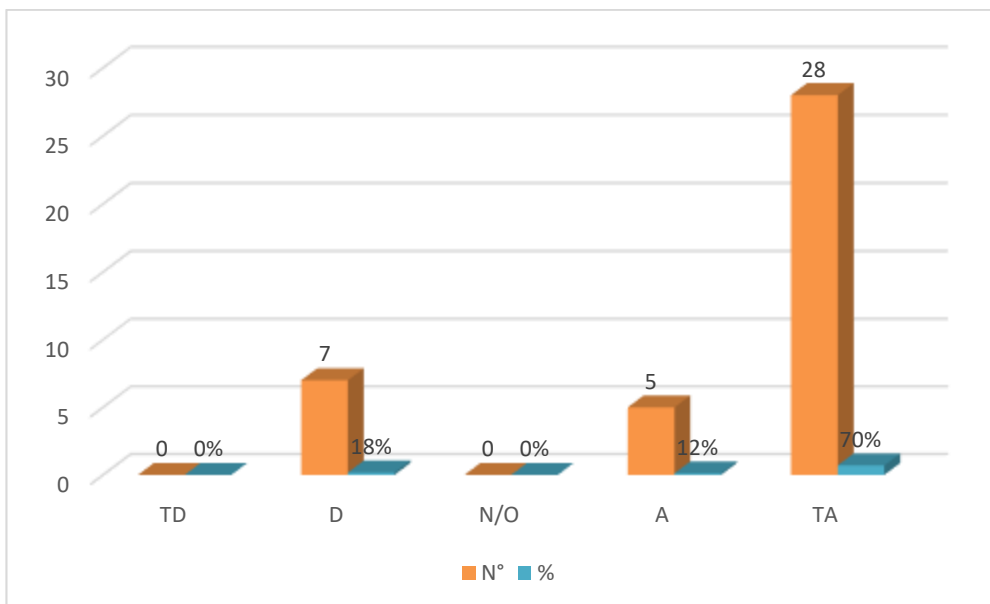


Figura 15. Dejar sin efecto la condena cuando el sentenciado haya cumplido con el pago total de la liquidación

Nota: el 70% de los encuestados señalo estar totalmente de acuerdo en dejar sin efecto la condena impuesta al sentenciado por omisión de la asistencia familiar, cuando haya cumplido con pagar la totalidad de la liquidación adeudada. Asimismo, el otro 12% se mostró totalmente de acuerdo con esta medida. Por otro lado, tenemos al 18% de los encuestados, quienes se mostraron en desacuerdo con dejar sin efecto la condena impuesta.

Tabla 16

La posibilidad de aplicar mecanismos que impulsen el cumplimiento de la deuda alimentaria.

ITEMS	N°	%
Totalmente en Desacuerdo	0	0%
En Desacuerdo	5	13%
No Opina	0	0%
De acuerdo	10	25%
Totalmente de Acuerdo	25	62%
TOTAL	40	100%

Nota: Encuesta aplicada a abogados, jueces y fiscales en el Distrito Judicial de Lambayeque, 2020.

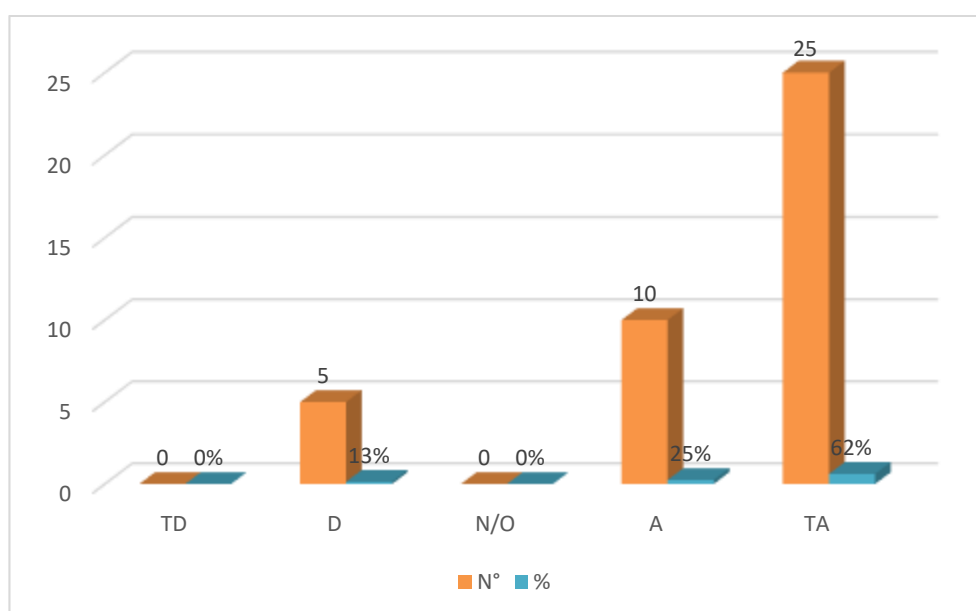


Figura 16. La posibilidad de aplicar mecanismos que impulsen el cumplimiento de la deuda alimentaria.

Nota: el 62% de los encuestados se han mostrado totalmente de acuerdo en que se debería impulsar mecanismos que permitan al imputado dar cumplimiento a la deuda alimentaria. El otro 25% también se ha mostrado a favor de esta postura señalando estar de acuerdo. Por otro lado, tenemos al 13% de los encuestados quienes en opinión distinta señalaron estar en desacuerdo con las medidas de impulsar mecanismos de pago para el cumplimiento de la deuda alimentaria.

Tabla 17

La privación de la libertad del sentenciado y la afectación de otros alimentistas que dependen económicamente de este.

ITEMS	N°	%
Totalmente en Desacuerdo	0	0%
En Desacuerdo	4	10%
No Opina	0	0%
De acuerdo	20	50%
Totalmente de Acuerdo	16	40%
TOTAL	40	100%

Nota: Encuesta aplicada a abogados, jueces y fiscales en el Distrito Judicial de Lambayeque, 2020.

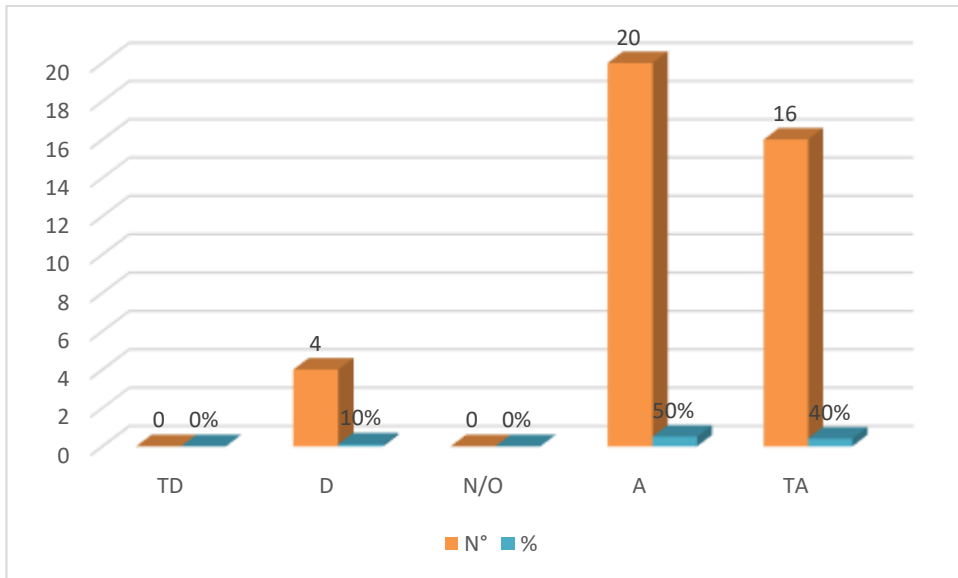


Figura 17. La privación de la libertad del sentenciado y la afectación de otros alimentistas que dependen económicamente de este.

Nota: el 50% de los encuestados se mostró de acuerdo en que la privación de la libertad del sentenciado por omisión de la asistencia familiar, vulnera el derecho alimentario de otros alimentistas que también dependan económicamente del imputado. En ese mismo sentido el otro 40% señaló estar totalmente de acuerdo. Por otro lado, de opinión distinta fueron el 10% de los encuestados, quienes señalaron estar en desacuerdo en que los otros alimentistas se vean afectados con la privación de la libertad del sentenciado.

Tabla 18

El trabajo comunitario remunerado y el deshacinamiento de los penales.

ITEMS	N°	%
Totalmente en Desacuerdo	3	7%
En Desacuerdo	8	20%
No Opina	0	0%
De acuerdo	14	35%
Totalmente de Acuerdo	15	38%
TOTAL	40	100%

Nota: Encuesta aplicada a abogados, jueces y fiscales en el Distrito Judicial de Lambayeque, 2020.

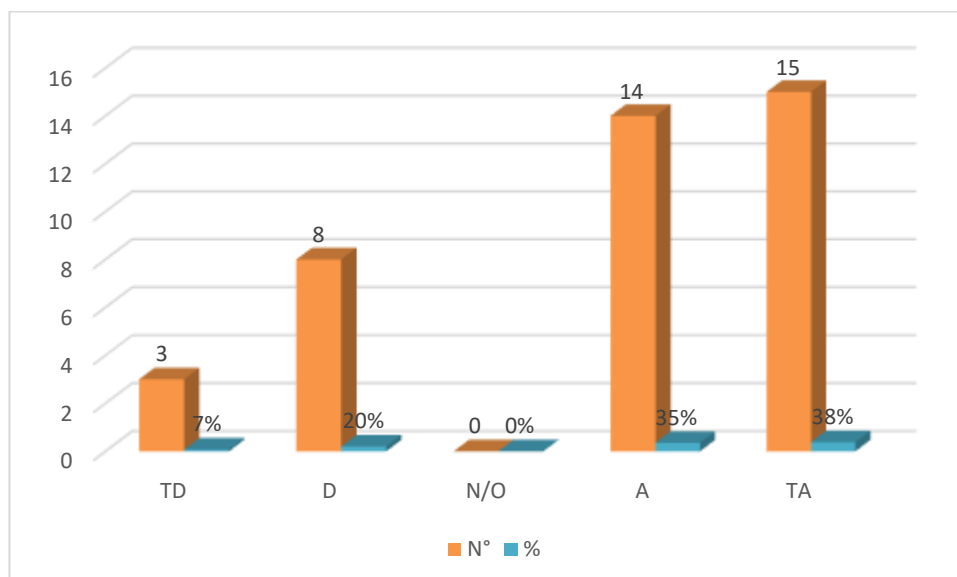


Figura 18. El trabajo comunitario remunerado y el deshacinamiento de los penales.

Nota: el 38% de los encuestados se mostraron totalmente de acuerdo en que impulsa el trabajo comunitario remunerado evitaría el hacinamiento en

los penales, de sentenciados por el delito de omisión de la asistencia familiar. Asimismo, el otro 35% señaló estar de acuerdo. Por otro lado, el 20% de los encuestados se mostró en desacuerdo en que la aplicación de la medida de trabajo comunitario remunerado servirá para reducir el hacinamiento en los penales. Y finalmente el 7% se mostró totalmente en desacuerdo.

Tabla 19

La reducción de costos en el INPE con la pena de trabajo comunitario remunerado

ITEMS	N°	%
Totalmente en Desacuerdo	6	15%
En Desacuerdo	4	10%
No Opina	0	0%
De acuerdo	8	20%
Totalmente de Acuerdo	22	55%
TOTAL	40	100%

Nota: Encuesta aplicada a abogados, jueces y fiscales en el Distrito Judicial de Lambayeque, 2020.

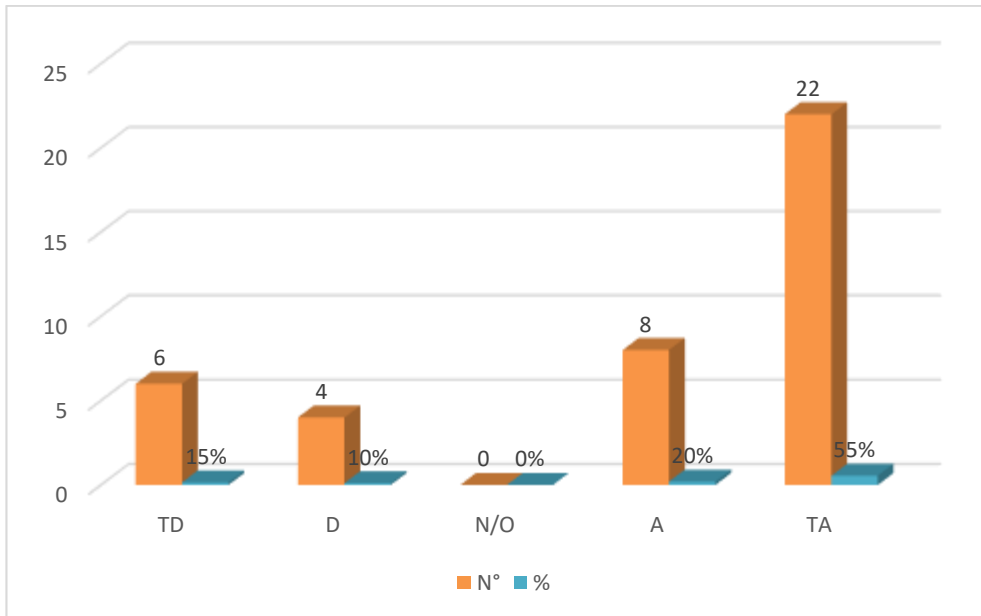


Figura 19. La reducción de costos en el INPE con la pena de trabajo comunitario remunerado

Nota: el 55% de los encuestados se mostró totalmente de acuerdo en que la realización de trabajo comunitario remunerado en el medio libre del INPE, contribuirá a reducir los costos de mantenimiento en los sentenciados a pena efectiva de cárcel. Por otro lado, el 20% también se mostró de acuerdo con esta reducción de costos. De distinta opinión fueron el 10%, quienes se mostraron en desacuerdo en la reducción de costos para el INPE en caso se aplique el trabajo comunitario remunerado. Y finalmente el 15% señalo estar totalmente en desacuerdo

Tabla 20

El 100% de la remuneración obtenida por el trabajo comunitario remunerado debe ser destinado a cubrir el pago de la deuda alimentaria.

ITEMS	N°	%
Totalmente en Desacuerdo	5	13%
En Desacuerdo	7	17%
No Opina	0	0%
De acuerdo	10	25%
Totalmente de Acuerdo	18	45%
TOTAL	40	100%

Nota: Encuesta aplicada a abogados, jueces y fiscales en el Distrito Judicial de Lambayeque, 2020.

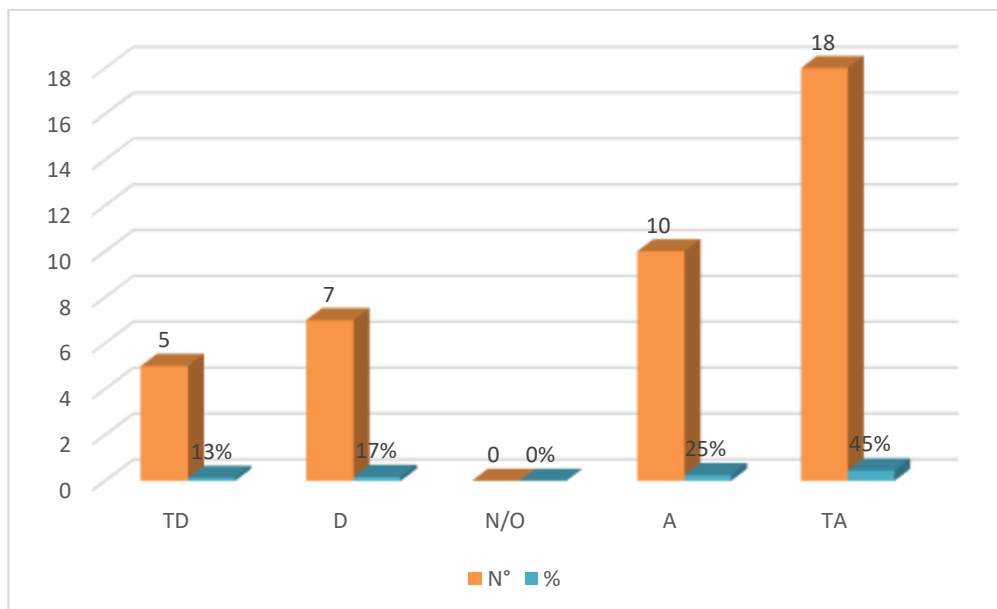


Figura 20. La reducción de costos en el INPE con la pena de trabajo comunitario remunerado

Nota: el 45% de los encuestados se mostró totalmente de acuerdo en que la remuneración que perciba el sentenciado por realizar el trabajo comunitario, sea destinado en un 100% a cubrir la deuda alimentaria. Asimismo, el 25% señaló estar de acuerdo con que la totalidad de la remuneración sea destinada al pago de la liquidación. Por otro lado, de distinta opinión fueron el 17% de los encuestados quienes se mostraron en desacuerdo en que el 100% de la remuneración del sentenciado cubra el pago de la deuda alimentaria. Lo cual es reforzado por el otro 13% quienes señalaron estar totalmente en desacuerdo.

3.2. Discusión de resultados

De la aplicación de las encuestas a los abogados, jueces y fiscales del distrito judicial de Lambayeque se pudo verificar que:

En cuanto al cumplimiento del pago de la liquidación adeudada por parte de los sentenciados a pena de prisión efectiva por el delito de omisión de la asistencia familiar, podemos establecer que de la recolección de información a través de la encuesta realizada de manera virtual a abogados, jueces y fiscales del distrito judicial de Lambayeque, en la tabla N° 3 se puede apreciar el 40% de los encuestados se mostraron totalmente en desacuerdo en que los

sentenciados a pena privativa de la libertad con carácter de efectiva, cumplan con realizar el pago de la deuda alimentaria; de igual forma el 18% se mostraron en desacuerdo, lo cual nos lleva a verificar que la mayoría de la población encuestada considera que los sentenciados a pena privativa de la libertad efectiva por este delito, no cumplen con pagar la liquidación adeudada. Estos resultados guardan relación con lo establecido por Ponte (2017) en su tesis titulada Omisión de la asistencia familiar y la prisión efectiva en el distrito Judicial del Callao, año 2012- 2014, quien concluyo que la prisión no es el mecanismo más efectivo para alcanzar el cumplimiento de la pensión alimenticia, salvo que se aplique el trabajo forzado remunerado para cubrir la pensión del alimentista. Además este resultado guarda coherencia con la investigación desarrollada por Jara (2019), quien en su tesis titulada La despenalización del delito de omisión de la asistencia familiar desde una visión crítica de la participación de las fiscalías del Ministerio público, llego a concluir que el proceso penal no atiende las necesidades y derecho de la víctima en el delito de omisión de la asistencia familiar, debido a que esto ya ha sido atendido en la vía civil, en consecuencia el modelo penal no está diseñado para sancionar conductas que son más de carácter moral, relacionadas a la paternidad responsable. Asimismo, esto guarda relación con lo afirmado por Peña (2017), quien sostiene que las cárceles en el Perú no cumplen con fin resocializador del interno, y por el contrario se han convertido en verdaderos centros corruptores de agentes primarios. Esto, nos indica que los sentenciados por omisión de la asistencia familiar, lejos de resocializarse e internalizar el error cometido con el delito, y dar cumplimiento a la obligación alimentaria, se desatienden aún más, esperando solo el cumplimiento de su condena para obtener su libertad, sin haber pagado la liquidación alimentaria. Por otro lado, es preciso mencionar al tratadista Ramírez (2004), quien ha señalado que la prisión de por si resulta perniciosa ya que le impide al sentenciado poder cumplir con el pago de las futuras pensiones alimenticias que se generan en el juzgado civil, debido a la imposibilidad de poder generar ingresos estando en prisión.

Por otro lado, en cuanto a la efectividad para el pago de la deuda alimentaria a través de la conversión de la pena privativa de la libertad efectiva

por trabajo forzoso remunerado, se puede establecer que de la recolección de información a través de la encuesta realizada de manera virtual a abogados, jueces y fiscales en el distrito judicial de Lambayeque, según la Tabla N° 4 que el 55% de los encuestados se mostraron totalmente de acuerdo en que los sentenciados a pena privativa de la libertad con carácter de efectiva por el delito de omisión de la asistencia familiar, realicen trabajos comunitarios remunerados, que sirvan para cubrir el pago de la pensión alimenticia adeudada en el proceso penal. Asimismo, el 17% se mostró de acuerdo con esta medida. Lo cual nos lleva a verificar que el 72% de los encuestados se encuentra conforme con que la realización de trabajo comunitario remunerado, resulta más efectiva que la prisión para el cumplimiento de la deuda alimentaria. Estos resultados guardan relación con lo señalado por Padilla (2018), en su tesis titulada La incorporación del trabajo forzado como pena accesoria para el delincuente reincidente, en donde afirma que con el trabajo forzado se puede controlar al delincuente reincidente, y se puede convertir al reo en una persona de bien y útil no solo para la familia si no para el Estado. También se relacionan con lo señalado por Arenas (2016) en su tesis titulada Propuesta normativa que permita a los sentenciados a pena privativa de la libertad efectiva realizar trabajos forzosos remunerados, donde afirma que existe conformidad entre los sentenciados para realizar trabajos forzados remunerados, que sean destinados a sus familiares y para pagar la deuda alimentaria. Mientras que los profesionales y personal de INPE, además consideraron que la remuneración debe estar destinada a cubrir los costos de mantenimiento del recluso. Lo cual nos indica que existe una probabilidad fáctica de la efectividad del trabajo forzado, teniendo en cuenta que hay aceptación por parte de los mismos reclusos. Esto concuerda con lo afirmado por Chávez (2017) en su tesis titulada El trabajo comunitario como alternativa para la conversión de las penas en el delito de omisión de la Asistencia familiar para los fines de resocialización del imputado, en donde señala que el trabajo comunitario es una alternativa adecuada y mas efectiva que la aplicación de penas suspendidas, ya que facilita la resocialización del procesado en libertad, lo cual resulta coherente con lo concluido por Alban (2018), en su tesis titulada la Justicia restaurativa en medio de la crisis del sistema penal de la justicia retributiva, en donde señala que es viable la

aplicación de la justicia restaurativa en los delitos sancionados con penas menores, o llamados delitos de bagatela, en donde el sentenciado cumpla con realizar labor social o comunitaria, no privativa de la libertad, que sirvan a la satisfacción del interés resarcitorio de la víctima, y a la rehabilitación del propio sentenciado. Esto concuerda con lo acotado por Peña (2017) quien afirma que el trabajo comunitario puede ser aplicado a determinados delitos, para lograr la verdadera rehabilitación del condenado, y la satisfacción de la víctima, debido a que las normas penitenciarias permiten al condenado acogerse a los beneficios penitenciarios y egresar de la prisión en pocos meses, sin haber resarcido el interés de la víctima.

En cuanto a la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena para el delito de omisión de la asistencia familiar se puede visualizar de la recolección de información a través de la encuesta realizada de manera virtual a abogados, jueces y fiscales en el distrito judicial de Lambayeque, según la Tabla N° 7 el 50% de los encuestados se mostraron de acuerdo con la incorporación en el artículo 57 del código penal la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena para el delito de omisión de la asistencia familiar. Asimismo, el otro 20% se mostró totalmente de acuerdo. Lo cual nos lleva a verificar que el 70% de los encuestados se ha mostrado conforme en cuanto a no suspensión de la pena. Esto guarda relación con lo señalado por De la Cruz (2015), quien en su tesis titulada La no suspensión de la pena en el delito de omisión de asistencia familiar, afirma que la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena en el delito de omisión de la asistencia familiar, no resulta conveniente ya que contribuye a retrasar la cancelación de la liquidación o a efectuarlas de manera parcial. La misma que se relaciona con la investigación desarrollada por Cárdenas (2016), en su tesis La aplicación y cumplimiento de la pena suspendida en su ejecución, en los juzgados penales de Maynas del Distrito Judicial de Loreto, en la afirma que la carga laboral y la falta de capacitación, conllevan a que los jueces no realicen un control de las reglas conductas ordenadas en sentencia, por lo que la suspensión de la ejecución de la pena, no garantiza la reinserción del sentenciado a la sociedad. Esto guarda relación con lo afirmado por Calderón (2010), quien ha señalado que las reglas conductas dictadas en una sentencia suspendida, con libertad ambulatoria, no contribuye a la

resocialización del imputado, ya que percibe la benevolencia del sistema penal, llegando incluso a reincidir en la comisión del mismo delito. Además, lo señalado por Prado (2009), resulta importante ya que afirma que la política criminal del estado en materia penal, debe ser absoluta y no relativa, es decir, no dejar espacios abiertos para la impunidad reiteración delictiva. Estos hallazgos permiten concebir a la no suspensión de la ejecución de la pena, como un mecanismo intimidatorio, propio del fin general y especial de la pena, dirigido hacia la ciudadanía en general, y en especial a aquellos que han delinquido, con un claro mensaje, de que si cometen el ilícito penal serán sancionados severamente. En consecuencia, esto es propio de la función que debe cumplir la pena en el delito de omisión de la asistencia familiar, que garantiza por un lado la intimidación real y efectiva del ciudadano, y, por otro lado, que contribuya a la resocialización o rehabilitación del infractor.

Por otro lado, en referencia a la oportuna aplicación de penas alternativas a la suspensión de la ejecución de la pena en el delito de omisión de la asistencia familiar, se puede establecer que de la recolección de información a través de la encuesta realizada a través de la modalidad virtual a abogados, jueces y fiscales del distrito judicial de Lambayeque, según la tabla N° 5 se puede apreciar que el 55% de los encuestado estuvieron totalmente de acuerdo en la aplicación de penas alternativas para el delito de omisión de la asistencia familiar tipificado en el artículo 149 del código penal. Asimismo, el otro 20% se mostraron de acuerdo con esta propuesta, lo cual evidencia que el 75% está en desacuerdo con la aplicación de penas alternativas para este delito, representando más del 50% de la población encuestada. Esto guarda relación con la investigación realiza por Chávez (2017) en su tesis El trabajo comunitario como alternativa a la conversión de las penas en el delito de omisión de la asistencia familiar para los fines de resocialización del imputado, donde señala que el Trabajo Comunitario constituye una alternativa en la Conversión de Penas, como lo establece el Artículo 52° del Código Penal, donde se le faculta al Juez a convertir la pena privativa de libertad en los casos que no fuera procedente la condena condicional a la reserva del fallo condenatorio, cuando la pena es no mayor de cuatro años, siendo en esos supuestos cuando el Juez puede imponer la pena de prestación

de servicios a la comunidad. Evidentemente el trabajo comunitario representa una alternativa positiva y más efectiva que la aplicación de penas suspendidas ya que facilita la resocialización del procesado en libertad. Asimismo, esta investigación concuerda con lo señalado por Bouchon (2017), quien en su tesis titulada La conversión de la pena en el delito de Omisión de la Asistencia Familiar en el establecimiento del penal del Callao 2016, encontró que el impacto de la conversión de la pena es adecuado y propicio, ya que con ello evitamos el abandono inminente de la protección en la familia, aplicando medidas alternativas que no perjudiquen al obligado ni a su conjunto como la realización de trabajos a cargo del estado, y que lo recaudado sirva para el beneficio del alimentista. Es por ello que la aplicación de penas, distintas a la suspensión de la ejecución, o la misma privación de la libertad, debe ser sustituida por sanciones penales basados en la justicia restaurativa que procure el bienestar y la resocialización del sentenciado. En ese mismo sentido, encontramos a lo señalado por Carranza (2017), en su tesis La Justicia restaurativa en el modelo penal actual: la importancia de las conversiones de penas, quien afirma que la pena de prestación de servicios a la comunidad en delitos de bagatela, satisfacen el interés resarcitorio de la víctima, y por otro lado cumplen con la función resocializadora del victimario a través de trabajos a la comunidad. Esto también guarda relación por lo señalado por Benites (2009), quien afirma que el trabajo dignifica al hombre, y lo convierte en una persona productiva para la sociedad. Especialmente tratando de delincuentes, el trabajo como terapia resulta ser muy prometedora para las futuras generaciones.

Finalmente, la legislación argentina en la Ley 13.944- condena por el delito de incumplimiento de los deberes alimentarios a la privación de la libertad los días sábado y domingos, en carceletas policiales, mientras que el resto de días de la semana el sentenciado puede salir a realizar sus actividades laborales para que no se desatienda de otras obligaciones que mantenga. Este aporte de la legislación argentina, además, no muestra que no se requiere de la existencia de una sentencia civil de alimentos que deba ser incumplida, para que se configure el delito de incumplimiento de obligaciones alimentarias, sino que basta con probar con las respectivas actas de nacimiento y demás documentos que acrediten que el obligado, no presto la asistencia económica al alimentista.

En consecuencia, de la encuesta aplicada a los informantes representado por Jueces, abogados y Fiscales del Distrito judicial de Lambayeque, debidamente contrastada con otras investigaciones anteriores, y el marco teórico, puedo concluir que se ha confirmado mi hipótesis planteada, consistente en si se varían las sanciones en el código penal como medidas alternativas en el delito de omisión de la asistencia familiar, entonces existirá un cumplimiento oportuno de la pensión de alimentos, y no se vulnerara el interés superior del niños.

3.3. Aporte practico.

PROYECTO DE LEY N°

Sumilla: Ley que propone la incorporación del trabajo comunitario remunerado para los sentenciados a pena efectiva y suspendida, por el delito de omisión de la asistencia familiar, a fin de contribuir con el cumplimiento de la pensión alimenticia y la resocialización del sentenciado.

El bachiller Wilfredo Pérez Pereyra de la Facultad de Derecho de la Universidad Señor de Sipán, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, y conforme a lo establecido en el artículo 75 y 76 del reglamento del Congreso de la Republica presente la siguiente propuesta legislativa:

LEY QUE PROPONE LA INCORPORACIÓN DEL TRABAJO COMUNITARIO REMUNERADO PARA LOS SENTENCIADOS A PENA EFECTIVA Y SUSPENDIDA, POR EL DELITO DE OMISIÓN DE LA ASISTENCIA FAMILIAR, A FIN DE CONTRIBUIR CON EL CUMPLIMIENTO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA Y LA RESOCIALIZACIÓN DEL SENTENCIADO.

Artículo 1. Objeto de la ley.

La presente ley tiene por objeto incorporar el trabajo comunitario remunerado para los sentenciados a pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución y pena privativa de libertad efectiva, por el delito de omisión de la asistencia familiar, a fin de contribuir con el cumplimiento del pago de las pensiones alimenticias devengadas, y con la resocialización del sentenciado.

Artículo 2. Alcances.

La presente ley es de aplicación para las personas procesadas por el delito de omisión de la asistencia familiar y que están pendientes de recibir una sentencia, así como para los sentenciados a pena privativa de la libertad efectiva que se encuentren reclusos en un establecimiento penitenciario. Asimismo, será de aplicación para aquellos internos insolventes que no puedan acogerse al beneficio decretado en el D.S. 008- 2020 que dispone la libertad de los sentenciados por omisión de la asistencia familiar que cumplan con el pago total de la deuda alimenticia.

Artículo 3.- incorpórese al artículo 57 del código penal la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena

Para efectos de la aplicación de la presente ley, se deberá incorporar en el artículo 57 último párrafo del código penal, la inaplicación de la suspensión de la ejecución pena para los sentenciados por el delito de omisión de la asistencia familiar, estableciéndose como sanción el trabajo comunitario remunerado.

Artículo 4. Incorpórese al artículo 31 del código penal

Incorpórese al artículo 31 del código penal, la pena limitativa de derechos de prestación de servicios a la comunidad remunerado.

Artículo 5.- incorpórese al artículo 46 del código de ejecución penal.

Incorpórese al artículo 46 del código de ejecución penal el beneficio penitenciario de redención de la pena por el trabajo forzoso remunerado.

Artículo 6.- Incorpórese en el decreto legislativo 1343, decreto Legislativo para la promoción e implementación de cárceles productivas.

Incorporación del artículo 39.- a la autoridad penitenciaria al momento de la clasificación del interno, y previa evaluación de sus capacidades establecerá las actividades laborales productivas con carácter de obligatorias que desempeñará el interno, salvo excepciones justificadas por ley, que le impidan realizar algún tipo de labor.

Artículo 7. Vigencia.

La presente ley entrara en vigencia a partir del siguiente día de su publicación en el diario oficial el peruano, y se aplicara para los procesos vigentes en curso, y para aquellos que se encuentren sentenciados cumpliendo condena en los establecimientos penitenciarios a nivel nacional.

Artículo 8. Deróguese las normas que se opongan a la presente ley.

Para la aplicación de la presente norma, se dispone la derogación de todas las leyes que se opongan a la presente.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones

De acuerdo al análisis de los resultados obtenidos en la presente investigación, y su contrastación con investigaciones relacionadas al tema, me permite arribar a las siguientes conclusiones:

4.1.1 Se deben establecer como medidas alternativas en el delito de omisión de la asistencia familiar tipificado en el artículo 149 del código penal, la realización de trabajo comunitario remunerado, como una nueva figura jurídica, que deberá realizar el sentenciado en el medio libre, el mismo que servirá para hacer prevalecer el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, y con ello evitar la vulneración del interés superior del alimentista. Asimismo, se deberá establecer la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, a fin de que el sentenciado, cumpla con realizar trabajos comunitarios, y no el tradicional cumplimiento de reglas de conductas que ha sido calificado como ineficaz para rehabilitar al sentenciado.

4.1.2 Los factores que influyen en el delito de omisión de la asistencia familiar, se encuentra el factor moral, vinculado al principio de paternidad responsable que consagra nuestra constitución política, y por otro lado, la ineficacia de la sanción penal que contiene el artículo 149 del código penal, al sancionar este delito con penas privativas de la libertad suspendidas en su ejecución, lo cual contribuye a retrasar el cumplimiento del pago de la liquidación alimenticia, y con ello la afectación al derecho del alimentista.

4.1.3 El artículo 149 del código penal que tipifica el delito de omisión de la asistencia familiar, sanciona esta conducta con un máximo de tres años de pena privativa de la libertad, la misma que puede ser suspendida en su ejecución o aplicarse una reserva del fallo condenatorio a través del cumplimiento de reglas de conducta de que fija el Juez durante el periodo de prueba, el mismo que no resulta satisfactorio para el interés indemnizatorio de la víctima, debido a que se prolonga el pago de la deuda alimentaria en partes fraccionadas durante el tiempo que dura el periodo de prueba. Asimismo, actualmente el decreto Supremo 008- 2020, permite a los sentenciados a pena privativa de la libertad efectiva por este delito, obtener su libertad pagando la totalidad de la deuda alimentaria. Es un avance que se logró ya que se protege y salvaguarda el

derecho del alimentista a percibir su pensión, más allá del interés punitivo del Estado por reprimir este delito mediante la prisión. Con referencia a la legislación extranjera en el delito de omisión de la asistencia familiar, he podido rescatar el código Penal argentino, que mediante la Ley N° 13944, establece como sanción para este delito la aplicación de la pena de un mes a dos años de prisión, o el pago de multas entre setecientos cincuenta pesos como mínima y veinticinco mil pesos como máximo. Asimismo, esta legislación contempla el cumplimiento parcial de la prisión los fines de semana para que el sentenciado pueda laborar los días de semana y seguir cumpliendo con sus obligaciones.

4.1.4. La realización del trabajo comunitario remunerado, resulta ser la sanción penal más apropiada para castigar el delito de omisión de la asistencia familiar, teniendo como base los lineamientos de la justicia penal restaurativa, en el cual se pretende la satisfacción de la víctima, y al mismo tiempo la rehabilitación del sentenciado. Con esta sanción podemos evitar que se continúe vulnerado el interés superior del niño y adolescente en los delitos de omisión de la asistencia familiar, en el cual los sentenciados a pena privativa de la libertad con carácter de efectiva, no cumplen con pagar la reparación civil. Por lo tanto, es necesario que se incorpore esta figura jurídica en el proceso penal.

4.2. Recomendaciones

1. Se recomienda al Congreso de la Republica y Poder ejecutivo en el ámbito de sus funciones, implementar normas legales que permitan la modificación de la sanción penal en el delito de omisión de la asistencia familiar tipificado en el artículo 149 del código penal, incorporando como sanción penal la realización de trabajo comunitario remunerado, para lo cual se deberá incorporar en el artículo 57 del código penal, la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena para este delito. Esta recomendación es con respecto a los procesados por este delito, que se encuentren en estado de insolvencia para pagar la deuda alimentaria.

2. Con respecto a los sentenciados a pena privativa de la libertad con carácter de efectiva, se recomienda que el congreso de la Republica o el Poder ejecutivo en el marco de sus atribuciones, legislen incorporando el trabajo forzoso remunerado que deberán realizar los sentenciados por el delito de omisión de la asistencia familiar, con la finalidad de que el dinero recaudado por

este trabajo sea depositado directamente a la parte agraviada (alimentista), a través del expediente penal que origino la deuda alimentaria. Asimismo, conforme a la legislación laboral, la jornada de trabajo no deberá exceder de 8 horas diarias. Asimismo, se aclara que esta propuesta debe ser aplicado para los presos insolventes, ya que de acuerdo al D. S. 008- 2020, aquellos que cumplan con el pago integro de la liquidación pueden obtener su libertad.

3. Se recomienda que, para la aplicación del trabajo comunitario remunerado, en el medio libre o al interior del INPE, el Estado realice convenios laborales con instituciones publicas o privadas que requieran la contratación de personal, para lo cual se deberá tener en cuenta la capacidad física, y salud del sentenciado, así como el oficio, arte u otra ocupación que haya desarrollado el interno. De deberá desarrollar un protocolo de seguridad que permita el control y vigilancia por parte del INPE, sobre el cumplimiento de las labores realizadas por el interno, así como el control por peligro de fuga cuando se desarrollen las actividades en el medio libre.

4. Finalmente se recomienda que el trabajo forzado remunerado, en el caso de los internos del penal, sea considerado para organizar su expediente de beneficio penitenciario de redención de la pena por el trabajo, conforme a lo normado en el código de ejecución penal.

REFERENCIAS

- Alban G. (2018) tesis: La justicia restaurativa en medio de la crisis del sistema penal de la justicia retributiva: enfoque desde la perspectiva de los delitos leves. Trujillo- Perú.
- Angeludis, T. (2013). La omisión a la asistencia familiar y la sanción en la legislación peruana (tesis doctoral). Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, Perú.
- Baigun, D. (2004). El delito del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar a través de la teoría del delito en pensamiento penal. Editorial Dipalma. Quinta edición. Buenos Aires Argentina.
- Benites J. (2009). Delito de Omisión a la asistencia Familiar. Perú: Juristas Editores.

- Bouchon M. (2017), tesis "La conversión de pen en el delito de Omisión de asistencia familiar en el establecimiento penitenciario del penal del Callao 2016, Lima- Perú p. 203
- Bramont, A. (1994). Ley de Abandono de Familia. Revista de Jurisprudencia
- Bramont A- (2005). Los principios rectores del nuevo código penal. Título preliminar en Derecho. Lima, Perú. Publicación de la PUCP.
- Brenes C. (2009) Justicia Restaurativa: Una Herramienta para la Solución al Fenómeno de la Criminalidad Costarricense, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho, Carrera de Derecho, Universidad Fidélitas, San José, Costa Rica.
- Calderón A. (2010), "El ABC del Derecho Penal" Editorial Egacal, Lima, Perú.
- Cancado A. (2016), El principio de Humanidad y la Salvaguardia de la Persona Humana, Costa Rica- Pág. 23-24.
- Cárdenas M. (2019). Las teorías de la pena y su aplicación en el código penal. Lima- Perú, p. 3.
- Cárdenas, J. (2016), Tesis "La aplicación y cumplimiento de la pena suspendida en su ejecución en los Juzgados penales de Maynas del distrito Judicial de Loreto, periodo 2011- 2013. San Juan- Perú, p. 275.
- Carhuayano J. (2017) Tesis: "El Delito De Incumplimiento De Obligación Alimentaria Y Su Influencia En La Aplicación Del Principio De Oportunidad", Lima- Perú.
- Chávez J. (2017), Tesis "El Trabajo Comunitario Como Alternativa Para La Conversión De Las Penas En El Delito De Omisión De Asistencia Familiar Para Los Fines De Resocialización Del Imputado", Cuzco –Perú.
- Chávez R. (2015), en su tesis: "La necesidad de aplicar penas alternativas en los delitos de Omisión de la Asistencia Familiar para evitar el hacinamiento penitenciario en el centro carcelario de Picsi, periodo 2011, Pimentel- Perú.
- Chávez D. (2017), Tesis: El trabajo comunitario como alternativa para la conversión de las penas en el delito de Omisión de asistencia familiar para los fines de resocialización del imputado. Cuzco- Perú, p. 127.
- Corella J. (2017), tesis "Alternativas a las penas privativas de libertad de corta duración: Especial referencia a la suspensión y sustitución de la pena". Valencia- España, p. 588.

- Cuello C. (1953), El derecho penal conforme al código penal, texto refundido de 1944. Tomo I- Barcelona- España, p. 795.
- De la Cruz K. (2015), Tesis “La no suspensión de la pena en los delitos de Omisión de la Asistencia familiar, Trujillo- Perú, p. 128.
- García C. (2012), Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición. Lima- Perú, p. 33.
- Hilares E. (2016), El delito de omisión a la asistencia familiar y la violencia familiar en el pueblo joven “Hogar Policial”. Villa María del Triunfo – 2016 recuperado en [http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/24464/Alvarado_CYD M.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/24464/Alvarado_CYD_M.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Hernández J. (2016) El modelo de justicia restaurativa en el proceso de infracción penal Juvenil en el departamento de Lambayeque y el nivel de rehabilitación de los menores infractores. Chiclayo- Perú.
- Hurtado J. (2011) *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomos I y II, Editorial Idemsa, 4° Edición, Lima -Perú.
- Itas, (2010). La prisión del alimentario por falta de pago en pensiones alimenticias, su regulación, prevención, sanción y propuesta de reforma.
- Jara J. (2019), tesis: La despenalización del delito de omisión de asistencia familiar desde una visión crítica de la participación de las Fiscalías del Ministerio Publico. Piura- Perú.
- Luzón D. (1999), Curso de Derecho Penal Parte General. Tomo I, Editorial Universitas. España- Madrid, p. 39.
- Moline J. (2009). La elección del Castigo de la pena o probation versus prisión. Barcelona- España, p. 51.
- Padilla E. (2018), Tesis: Incorporación del trabajo forzado como pena accesoria al delincuente reincidente. Pimentel- Perú, p. 70.
- Palacios F. (2018), La justicia restaurativa como alternativa de solución de conflictos al proceso penal en el Perú. Lima- Perú.
- Pardo M. (2017), “La afectación del derecho alimentario en el proceso penal colombiano”. Medellín- Colombia.

- Peña R. (2017), tratado de Derecho penal- parte especial. Tomo II. Editorial Grijely. Lima- Perú.
- Ponte D. (2017), tesis Omisión a la asistencia familiar y la prisión efectiva, distrito judicial del Callao, años 2012-2014, Lima – Perú, p. 156.
- Ramírez, (2004). Incremento del delito de omisión de asistencia familiar, p. 23.
- Recurso de Nulidad N° 4665-2009-Lima, fundamento 07, in fine.
- Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Consulta 13825-2015, Del Santa.
- Sánchez (2016), tesis “Análisis del cumplimiento de las sentencias por el delito de Omisión a la asistencia familiar en el segundo Juzgado de investigación preparatoria de Chiclayo”.
- Sifuentes S. (2017), tesis “Las facultades del juez de paz para imponer medidas coercitivas personales en los procesos alimentarios”. Chiclayo- Peru.
- Zaffaroni E. (1982). Política criminal en Latinoamérica, perspectivas- disyuntivas. Buenos Aires- Argentina.

ANEXOS

ANEXO N°1



CUESTIONARIO

Dirigido a:

Abogados, Jueces y Fiscales penales.

Le agradeceremos responder a este breve y sencillo cuestionario que, tiene como propósito obtener datos para la investigación titulada: **LA VARIACION DE SANCIONES COMO MEDIDAS ALTERNATIVAS EN EL DELITO DE OMISION DE LA ASISTENCIA FAMILIAR EN LA PROVINCIA DE FERREÑAFE**

Asimismo, para su comprensible y razonable tranquilidad, es preciso aclarar que, el presente instrumento es totalmente anónimo.

NOTA: Para cada pregunta se considera la escala de 1 a 5 donde:

1	2	3	4	5
TOTALMENTE EN DESACUERDO	EN DESACUERDO	NO OPINA	DE ACUERDO	TOTALMENTE DE ACUERDO

ITEM	TD	D	NO	A	TA
1.- ¿Cree usted que el delito de Omisión de la Asistencia Familiar regulado en el artículo 149 del CP, es uno de los más frecuentes en nuestro país?					
2.- ¿Crees Ud. que el delito de OAF está relacionado al principio de paternidad responsable?					

3.- ¿Cree usted que los sentenciados a pena privativa de la libertad efectiva por el delito de Omisión de la Asistencia Familiar, cumplen con el pago de las liquidaciones devengadas?					
4.- ¿Cree Ud. que los sentenciados a pena privativa de la libertad por el delito de OAF se les debería obligar a realizar trabajos remunerados que sirvan para el pago de las pensiones devengadas?					
5.- ¿Cree Ud. que sería conveniente aplicar una pena alternativa a la suspensión de la ejecución de la pena que establece el artículo 149 del código penal?					
6.- ¿Cree usted que la pena de prestación de servicios a la comunidad remunerado en el medio libre del INPE, sirva para impulsar el cumplimiento de pago de la liquidación devengada?					
7.- ¿Considera que sería aplicable la incorporación en el artículo 57 del código penal, sobre la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena para el delito de OAF?					
8.- ¿Considera Ud. que se vulneraría el derecho a la libertad de trabajo al obligar al sentenciado a realizar trabajos comunitarios remunerado?					
9.- ¿Cree usted que la privación de la libertad es el mecanismo punitivo más apropiado para reprimir el ilícito penal del artículo 149 del CP.?					
10.- ¿Cree usted que se afectaría el principio de proporcionalidad de las penas al sancionar el delito de OAF, con prestación de servicios a la comunidad?					
11.- ¿Considera Ud. que se debe tener en cuenta el principio de intereses superior del niños y adolescentes, o del alimentista para incorporar la inaplicación de la suspensión de la pena al delito de OAF?					
12.- ¿Cree usted que, con la pena de prestación de servicios a la comunidad remunerado, la alimentista vera satisfecho su pretensión alimenticia?					
13.-¿Considera Ud. que el legislador ha tomado en cuenta el interés resarcitorio de la víctima en el delito de OAF, al privar de libertad al sentenciado?					

14.- ¿Crees Ud. que desde la perspectiva de la víctima, la actual regulación penal del delito de OAF es eficaz?					
15.- ¿cree Ud. que sería viable dejar sin efecto la condena impuesta al sentenciado por OAF, una vez que pague la totalidad de la liquidación adeudada?					
16.- ¿Considera Ud. que al tener un origen pecuniario el delito de OAF, se debería de impulsar mecanismos que permitan al imputado al cumplimiento de la deuda alimentaria?					
17.-¿Cree Ud. que al privarle de libertad al sentenciado por OAF, se estaría vulnerando el derecho alimentario de otros alimentistas que también dependen económicamente de este?					
18. ¿Considera Ud. que, al impulsar la realización de trabajo comunitario remunerado, se evitaría el hacinamiento en los penales de sentenciados por OAF?					
19- ¿Considera Ud. que al permitirle realizar al sentenciado trabajo comunitario en el medio libre a cargo del INPE, se contribuye a reducir los costos de mantenimiento de un sentenciado en los penales?					
20.- ¿Cree Ud. que sería apropiado que la remuneración que perciba el sentenciado, deba ser destinado en un 100% para cubrir la deuda alimentaria?					

ANEXO 2

ANEXO 2

VALIDACION DE INSTRUMENTO: CUESTIONARIO

CONSTANCIA DE VALIDACION DE INSTRUMENTO

Quien suscribe, Ronal Humberto Soberon Santacruz, con documento de identidad 46821672, de profesión abogado, ejerciendo desde agosto del 2015 hasta la actualidad como abogado litigante en el Estudio Jurídico Soberon & Asociados, con RUC N° 10468216723.

Por medio de la presente hago constar que he revisado con fines de validación el cuestionario de la tesis titulada: "La variación de sanciones como medidas alternativas en el delito de omisión de la asistencia familiar en la provincia de Ferreñafe", a efectos de aplicación en la muestra de los encuestados.

Luego de hacer las observaciones pertinentes puedo hacer las siguientes apreciaciones:

I- INDICADORES DE EVALUACION	CRITERIOS SOBRE LAS PREGUNTAS O ITEM	Muy Malo (1)	Malo (2)	Regular (3)	Bueno (4)	Muy Bueno (5)
1- Claridad	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión					X
2- Objetividad	Están expresados en conductas observables, medibles					X
3- Consistencia	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría					X
4- Coherencia	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable					X
5- Pertinencia	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados					X

6- Suficiencia	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento				X	
SUMATORIA PARCIAL		00	00	00	4	25
SUMATORIA TOTAL		29				

Observaciones: _____

Conclusiones:

- A) FAVORABLE
- B) DESFAVORABLE

Chiclayo, setiembre del 2020.



 Ronald Humberto Salazar Santolucena
 ABOGADO
 Registro ICAL N° 6888

ANEXO N° 3

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título	Objetivos	Hipótesis	Variables	Tipo y Dise. Inv.	Población Y Muestra
<p>La Variación de sanciones como medidas alternativas en el delito de omisión a la asistencia familiar en la provincia de Ferreñafe.</p> <p>.</p>	<p>General: Establecer medidas alternativas en el artículo 149° del código penal frente al delito de omisión a la asistencia familiar que eviten la vulneración del interés superior del niño que contribuyan al cumplimiento de las obligaciones alimentarias</p>	<p>Si se lleva a cabo una variación de las sanciones en el código penal como medida alternativa en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, entonces existirá un cumplimiento oportuno de la pensión de alimentos y no se vulnerará el interés superior del niño.</p>	<p>Independiente:</p>	<p>Tipo de investigación: Cuantitativo.</p> <p>Diseño de la investigación: No experimental- Descriptivo Simple.</p>	<p>Población. Estuvo constituida por la totalidad de Jueces, abogados y Fiscales del Distrito Judicial de Lambayeque.</p> <p>Muestra. Estuvo constituida por 40 informantes 2 jueces 3 fiscales 35 abogados.</p>
	<p>Específicos:</p> <p>Identificar los factores que inciden en el delito de omisión a la asistencia familiar.</p> <p>Analizar la jurisprudencia Nacional y Extranjera sobre el delito de Omisión a la Asistencia Familiar y las sanciones impuestas.</p> <p>Proponer la variación de las sanciones para el delito de omisión a la asistencia familiar por medidas alternativas que eviten la vulneración del interés superior del niño.</p>		<p>OMISION A LA ASISTENCIA FAMILIAR</p>		

ANEXO N° 4

ANEXO N° 4

CARTA DE ACEPTACION PARA APLICACIÓN DE INSTRUMENTOS

Chiclayo, 17 de setiembre del 2020.

Quien suscribe:

Genaro Soberon Aguilar.

Miembro responsable del Estudio Jurídico Soberon & Asociados.

AUTORIZA: Para recojo de información con fines académicos del informe de investigación titulado la Variación de sanciones como medidas alternativas en el delito de omisión a la asistencia familiar en la provincia de Ferreñafe.

Por la presente carta de aceptación, el que suscribe **AUTORIZA al Alumno Wilfredo Pérez Pereyra, identificado con DNI N° 27263838, estudiante de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Privada Señor de Sipan, y autor del trabajo de investigación denominado la Variación de sanciones como medidas alternativas en el delito de omisión a la asistencia familiar en la provincia de Ferreñafe,** al uso de dicha información que conforma parte del instrumento y fichas textuales para efectos exclusivamente académicos en la elaboración de la referida tesis con el propósito de obtener su grado de bachiller en Derecho, por lo cual **se le solicita garantice la absoluta confidencialidad en la información proporcionada por miembros encuestados de mi representada.**

Atte.


Genaro Soberon Aguilar
ABOADO
REG. ICAL. N° 5676

ANEXO N° 5
JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EXTRANJERA
CASACION N° 251- 2012

CASACIÓN Nro. 251 – 2012

LA LIBERTAD

Sumilla: La libertad anticipada constituye una institución de naturaleza procesal solo citada en la norma y no desarrollada por el legislador, no siendo correcto inferir del inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal su estructura, presupuestos, operatividad y efectos que permitan la aplicación de esta medida. En el caso, planteada, se utilizó el pedido de libertad anticipada como argumento para impugnar la revocatoria de la suspensión de la ejecución de la pena que quedó consentida por haber sido decretada.

SENTENCIA CASATORIA

Lima, veintiséis de septiembre de dos mil trece.-

VISTOS: en audiencia pública; el recurso de casación por la causal excepcional referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial -y no como erróneamente se consignó la causal de errónea aplicación de la ley, toda vez que si bien en la parte resolutive del auto de calificación de recurso de casación del cinco de octubre del dos mil doce, obrante a fojas ocho, se declaró bien concedido por dicha causal; en la parte considerativa se indicó que debe desestimarse dicha causal; Interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra el auto de vista del once de mayo de dos mil doce, de fojas ochenta y cinco, que revocó el auto que declaró infundada la solicitud de libertad anticipada del sentenciado Faustino Asencia Moya, contenida en la resolución del número cinco, del veintidós de marzo de dos mil doce, y reformándola declararon por mayoría fundada la solicitud de libertad anticipada, bajo reglas de conducta que debe cumplir el sentenciado hasta que se dé cumplimiento al término de la suspensión de la ejecución de la pena, disponiendo su excarcelación derivado del proceso -en ejecución de sentencia- que se le siguió al precitado por el delito contra la Familia -Omisión a la Asistencia Familiar-, en agravio de Esther Eliza Ibáñez Villalva y el menor Kevin Smith Asencia Ibáñez.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I.- ITINERARIO DEL PROCESO

Primero: Que, mediante sentencia del veintuno de diciembre de dos mil nueve, se condenó a Faustino Asencia Moya, por el delito contra la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nro. 251 - 2012
LA LIBERTAD

Familia - Omisión a la Asistencia Familiar, en agravio del menor Kevin Smith Asencia Ibañez y Esther Eliza Ibañez Villalva, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el mismo plazo, imponiéndose determinadas reglas de conducta -dentro de las cuales se consignó el cumplimiento del pago de los devengados (obligaciones alimentarias)-.

Ante el incumplimiento del pago de las pensiones alimentarias, el representante del Ministerio Público, solicitó revocar la suspensión de la pena. En mérito a ello, el órgano jurisdiccional competente decidió mediante resolución del tres de enero del dos mil doce, declarar infundada dicha solicitud. Ante tal situación, el sentenciado Asencio Moya -privado de su libertad-, mediante escrito de fecha quince de marzo de dos mil doce, obrante a fojas veintiocho, presentó su pedido de libertad anticipada, aduciendo que ya había cumplido con el pago de las pensiones devengadas y la reparación civil.

Que, a fojas treinta y cuatro obra el Acta de Registro de Audiencia de Libertad Anticipada, llevada a cabo por el Juez de Investigación Preparatoria de Ascope de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, con fecha veintidós de marzo de dos mil doce, quien declaró infundada la solicitud de libertad anticipada.

II. DEL TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Segundo: Que, contra dicha decisión judicial, el sentenciado Faustino Asencio Moya, interpuso recurso de apelación, fundamentándolo a fojas treinta y siete, siendo elevadas los actuados a la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, la misma que en la audiencia de apelación del once de mayo de dos mil doce, cuyo acta obra a fojas sesenta y seis, declaró por mayoría fundado el recurso de apelación; en consecuencia, revocaron la resolución de primera instancia que declaró infundada la solicitud de

libertad anticipada y reformándola declararon fundada dicha solicitud de libertad anticipada a favor de Faustino Asencio Moya, al considerar que la libertad anticipada es posible cuando se ha dado cumplimiento al pago correspondiente en los casos relacionados al delito de Omisión a la Asistencia Familiar, toda vez que la razón de la prisión preventiva habría desaparecido.

III. DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL MINISTERIO PÚBLICO

~~Tercero: Que, leído al auto Superior, el señor Fiscal Superior interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas setenta, siendo concedido su recurso por auto de fecha veintiocho de mayo de dos mil doce, obrante a fojas setenta y siete, por el supuesto excepcional de desarrollo de la doctrina jurisprudencial previsto en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal; elevándose la causa a este Supremo Tribunal con fecha cinco de julio de dos mil doce, como se advierte del oficio obrante a fojas uno del cuadernillo respectivo.~~

y **Cuarto:** Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria del cinco de octubre de dos mil doce, obrante en el cuadernillo de casación, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación por el motivo previsto en el inciso cuatro, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, a efectos que: *1)* la Corte Suprema delimite cuales son los presupuestos por los que debe concederse la libertad anticipada, en que delitos se debe conceder y cuáles son los requisitos esenciales que deben cumplirse para su concesión; y que *2)* la Corte Suprema uniformice los criterios y alcances

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nro. 251 – 2012
LA LIBERTAD

respecto de los diversos pronunciamientos que existen al respecto y fije una línea jurisprudencial.

Quinto: Instruido el expediente en Secretaría, señalada la audiencia de casación para el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acto que antecede, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

Sexto: Deliberada la causa en secreto y votada el día veintiseis de septiembre de dos mil trece, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar ~~la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública con los partes que asisten se realizará por la Secretaría de Sala el día diecisiete de octubre de dos mil trece.~~

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN:

Conforme se ha señalado líneas arriba, mediante Ejecutoria Suprema del cinco de octubre de dos mil doce (véase fojas ocho, del cuadernillo de casación), admitió a trámite el recurso de casación únicamente por la causal excepcional referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial, contenida en el artículo cuatrocientos veintisiete, inciso cuarta del Código Procesal Penal y no como erróneamente se consignó la causal de errónea aplicación de la ley, toda vez que si bien en la parte resolutive del auto de calificación de recurso de casación del cinco de octubre del dos mil doce, obrante a fojas ocho, se declaró bien concedido por dicha causal, en la parte considerativa se indicó que debe desestimarse dicha causal. Sobre el particular, el representante del Ministerio Público, fundamentó su recurso de casación a fojas setenta, amparándose en el inciso cuarto, del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal (desarrollo de doctrina jurisprudencial), indicando que la libertad anticipada se regula en el artículo

cuatrocientos noventa y uno, inciso tres del Código Procesal Penal, el cual consiste en que el sentenciado a pena privativa de libertad efectiva, accede a su libertad antes del cumplimiento total de la pena; diferenciándolo de los beneficios penitenciarios; no obstante, los supuestos de procedencia, no se encuentran establecidos en el Código Procesal Penal; pero, los Jueces lo están aplicando en virtud del principio de no dejar de aplicar una norma ante vacío o deficiencia de la ley, incurriendo en una errónea interpretación de la norma procesal, pues la desnaturalizan y dan un mensaje negativo a aquellos que cumplen con los preceptos normativos; motivo por el cual, solicita se declare nula la resolución recurrida y además, se uniformicen los criterios de interpretación de la libertad anticipada.

2. DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA SALA DE APELACIÓN:

El Tribunal Superior, mediante resolución del once de mayo de dos mil doce, revocó la resolución de primera instancia que declaró improcedente la solicitud de libertad anticipada; y reformándola, declararon por mayoría fundada la solicitud de libertad anticipada, bajo reglas de conducta que debe cumplir el sentenciado hasta que se dé cumplimiento al término de la suspensión de la ejecución de la pena, cuya transcripción obrante a fojas ochenta y cinco, precisa que:

"Al considerar la libertad anticipada, reconoce que en el artículo cuatrocientos noventa y uno, inciso tres del Código Procesal Penal, no señala específicamente los presupuestos o parámetros sobre los cuales debe disponerse la libertad anticipada; sin embargo, sostiene que al realizarse una interpretación sistemática conforme a la Constitución Política del Estado, la cual ha previsto que la ejecución penal tiene por objeto la reeducación, la rehabilitación y la reincorporación del penado en la sociedad; así como los presupuestos frente a la inexistencia de mantenerlo en el penal, toda vez que, la única regla de conducta impuesta que motivó la revocatoria fue el incumplimiento en el pago de la reparación civil, la misma que ha sido cumplida y no se evidencia reincidencia en la comisión de estos hechos, además, es necesario tener

en cuenta que en el establecimiento penitenciario no tendrá mejores condiciones de agenciar de las posibilidades de cumplir con las pensiones alimenticias que se vienen generando y la necesidad que tiene el organismo jurisdiccional de no dejar de administrar justicia por vicios y deficiencia de la norma, considerari por mayoría declarar fundada la solicitud de libertad anticipada".

3. DEL MOTIVO CASACIONAL PARA EL DESARROLLO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

Que, el recurso de casación por su naturaleza extraordinaria tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la Ley, a efectos de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistemática con el ordenamiento jurídico.

Que, como se ha dejado anotado en los considerandos precedentes, el objeto de análisis para esta Sala Suprema es la necesidad de desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto a la libertad anticipada, regulada en el inciso tres, del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal; debiendo efectuar algunas precisiones de carácter aplicativo, a fin de uniformizar los criterios divergentes de los Magistrados que conforman los órganos jurisdiccionales encargados de la aplicación del Código Procesal Penal.

3.1. LA LIBERTAD ANTICIPADA:

Que, el artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal regula lo concerniente a los incidentes de modificación de la sentencia, y en su inciso tres señala: "...Los incidentes relativos a la libertad anticipada, fuera de los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional y de la medida de seguridad privativa de libertad, y aquellos en los cuales, por su importancia, el Juez de la Investigación Preparatoria lo estime necesario, serán resueltos en audiencia oral, por los órganos de prueba que debe informar durante el debate...". La misma norma, invoca la figura de la libertad anticipada como una institución cuyo cauce procedimental se realizará vía incidental y, de otro lado, la distingue de los beneficios penitenciarios; sin embargo, no existe un tratamiento o desarrollo legal que regule en

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nro. 251 - 2012
LA LIBERTAD

qué delitos procede, ni cuáles son los presupuestos y requisitos que permitan al órgano jurisdiccional competente aplicar tal figura jurídica (tampoco se encuentra regulado en el Código Penal, ni en el Código de Ejecución Penal).

Sin embargo, la Sala Penal Permanente de Apelación de Huaura, Expediente número cero doscientos quince mil dos mil nueve quince y tres y el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, Expediente número cinco mil trescientos treinta y nueve quince mil siete quince mil siete, han declarado procedente la solicitud de libertad

anticipada en los siguientes supuestos: **a)** cuando el condenado se encuentra próximo a fallecer o con una enfermedad muy grave debidamente acreditada; **b)** cuando ha sido revocada la suspensión de la ejecución de la pena de un condenado por delito de Omisión a la Asistencia Familiar, por incumplimiento del pago de las pensiones devengadas y de la reparación civil, el cual tras la revocación de la suspensión de la pena efectuara el pago de las pensiones devengadas y de la reparación civil, como se advierte en el presente caso; y, **c)** como consecuencia de la conversión de la pena.

Siendo así, el desarrollo de la libertad anticipada debe ser realizada por el Poder Legislativo, pues se desprende del tenor de la norma analizada (inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal), que no existe desarrollo normativo al respecto, toda vez que el Legislador no ha regulado los presupuestos materiales, ni ha fijado los parámetros, reglas ni requisitos bajo los cuales el sentenciado deba acceder a la libertad anticipada, limitándose a mencionar tal denominación, sin que en la escueta exposición de motivos del Código Procesal Penal, haya alguna mención a ello, no existiendo antecedentes en nuestra legislación al respecto. Asimismo, el artículo ciento dos de la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nro. 251 – 2012
LA LIBERTAD

Constitución Política del Estado establece como una atribución del Poder Legislativo: "...Dar Leyes y resoluciones legislativas...", en tal virtud, las disposiciones legales de obligatorio cumplimiento, que deben servir como reglas de juego para el desarrollo de un proceso judicial o en ejecución de la sentencia dictada, deben estar claramente establecidas vía la norma jurídica habilitante, siendo labor del órgano judicial efectuar la debida interpretación y aplicación de esta a cada caso concreto; por tanto, si bien el inciso ocho, del artículo ciento treinta y nueve de nuestra Carta Magna, señala: "...El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la Ley..."; sin embargo, dicha actuación judicial complementaria y de alcance jurídico para las denominadas "lagunas del derecho" se podrían superar en tanto, sea factible: **a)** la aplicación supletoria de otra norma jurídica o rama del derecho, **b)** la interpretación extensiva, **c)** la analogía, y/o **d)** acudir a otras fuentes del derecho, como lo es la costumbre o los principios generales del derecho; empero en el caso concreto, la figura de la libertad anticipada, tal como está planteada en el inciso tres, del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, como instituto diferente a los beneficios penitenciarios, no solo carece de correlación legislativa con otras legislaciones internacionales, sino que tampoco lo tiene con otras normas del derecho específicas; asimismo, realizar una interpretación extensiva o por analogía de dicha figura conllevaría a colisionar con otros mecanismos debidamente normados y regulados (como vendría a ser la conversión de la pena, beneficios penitenciarios e inclusive el indulto humanitario) y, finalmente, estando a la naturaleza y consecuencia que acarrearía su aplicación sería riesgoso que se limite a la costumbre o a otros principios generales del derecho su vigencia, dada que ella podría desnaturalizar y desbordar

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nro. 251 – 2012
LA LIBERTAD

los alcances que el legislador ha querido estipular para su aplicación: en tales condiciones no es factible -ni tarea del juzgador- crear procedimientos legales ni realizar una aplicación subjetiva de normas inexistentes, cuando ello colisiona con la interpretación sistemática que de un cuerpo normativo se deba realizar, generando un desorden y confusión de índole jurídico aplicativo, que pondría en serio riesgo la uniformidad y congruencia de un cuerpo normativo, generando decisiones judiciales de libertad anticipada en forma no regulada, abierta e indiscriminada; vulnerándose así el principio de legalidad previsto en el artículo dos del Título Preliminar del Código Penal. De igual forma, implica un impacto social negativo, pues desnaturaliza su finalidad -en efecto, no podría construirse jurídicamente su afirmación, en los casos en que su incoación, se encuentre antecedida del cumplimiento tardío de una obligación, pues con ello se estaría fomentando una cultura de cumplimiento de la obligación (básicamente alimentaria) solo como última solución para el condenado, a fin que recupere en ese modo su libertad ambulatoria; ya que el Juzgador en virtud a una interpretación eminentemente subjetiva y amplia, desconoce la cosa juzgada, la seguridad jurídica y la tutela jurisdiccional efectiva.

En tal sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se ha pronunciado en la sentencia casatoria número ciento ochenta y nueve guión dos mil once, que estableció: "...*af no estar reglada la libertad anticipada en nuestro ordenamiento jurídico procesal, existe impedimento normativo para que el Juez la otorgue, por tanto, si bien existe la necesidad de desarrollar respuestas jurídicas a los casos de petición de libertad anticipada, consideramos que esto debe ser realizado por el Poder Legislativo, por lo que, no procede su aplicación, en tanto no exista regulación específica motivada con fundamentos constitucionales al respecto, que no colisionen con los derechos constitucionales, referidos al principio de legalidad, de cosa juzgada y de tutela jurisdiccional efectiva, previstos en el artículo dos, acápite veinticuatro, inciso d) y el*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nro. 251 - 2012
LA LIBERTAD

artículo ciento treinta y nueve, incisos dos y tres de la Constitución Política del Estado, respectivamente"; por consiguiente, no se puede pretender distinguir ahí donde la ley no distingue.

4. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:

Bajo este marco jurídico, se analiza la materia controvertida, en la cual se advierte que al condenado Asencio Moya, se le revocó la suspensión de ejecución de la pena por incumplimiento de las reglas de conducta, disponiéndose su internamiento en el establecimiento penal correspondiente, razón por la cual el sentenciado presentó su solicitud de libertad anticipada, indicando que posterior a la revocatoria de la suspensión de la pena cumplió con cancelar el monto total de la liquidación de pensiones alimenticias devengadas, invocando el artículo cuatrocientos noventa y uno, inciso tres del Código Procesal Penal, siendo que el Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Ascope, declaró improcedente el requerimiento de libertad anticipada. Apelado el auto, el Superior Colegiado, por mayoría revocó dicha resolución y declaró fundada la solicitud de libertad anticipada del encausado.

Que, conforme a lo regulado en los artículos cincuenta y siete 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; es decir, la imposición de la condena, la suspensión de la pena y el señalamiento de un régimen de prueba bajo reglas de conducta.

De allí, que conforme a lo regulado en el artículo cincuenta y nueve del Código Penal, la suspensión de la pena debe ser revocada si durante su vigencia, no se cumple con las reglas de conducta impuestas. En este

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nro. 251 - 2012
LA LIBERTAD

contexto, el Juez procede a condenar al agente y a determinar la aplicación de la pena que corresponde al delito, la misma que debe ejecutarse en sus propios términos.

En consecuencia, la revocatoria de la suspensión de ejecución de la pena, que da lugar a una sanción privativa de libertad efectiva, no puede convertirse en otra pena no privativa de libertad, tal supuesto no está previsto en el Código Penal, pues no existe la revocatoria de la revocatoria, que llevaría a que la pena efectiva impuesta a consecuencia de la revocatoria de la suspensión de ejecución de pena, nuevamente se convierta en una medida para obtener la recuperación de la libertad.

En efecto, como ha quedado detallado, el condenado incumplió las reglas de conducta impuestas, y por lo tanto, se le revocó la libertad suspendida, imponiéndole una pena privativa de libertad efectiva, que debió ejecutarse hasta su culminación. Sin embargo, la Sala Superior le concedió la libertad anticipada, a pesar de que la sanción firme de condena no ha sido ejecutada en su totalidad.

En definitiva, a pesar de la cancelación de las pensiones devengadas, no cabe pedido de libertad anticipada -via conversión de penas-, ya que no se puede otorgar conversión alguna hacia una medida que de nuevo le otorgue libertad ambulatoria, al no estar prevista en la ley. En ese sentido, la Sala Penal Superior desconoció que no cabe la revocatoria de la revocatoria de la suspensión de ejecución de la pena, a través de la aplicación de la figura procesal no regulada de libertad anticipada, contraviniendo con ello el principio de legalidad, la seguridad jurídica y la tutela jurisdiccional efectiva.

5. De otro lado, cabe precisar que el señor ponente Juez Supremo, a partir de la fecha se adhiera a la presente interpretación, apartándose

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nro. 251 - 2012
LA LIBERTAD

de pronunciamientos anteriores (véase la sentencia casatoria número ciento ochenta y nueve guión dos mil once), dado el consenso asumido por los Jueces Supremos con fecha veinticuatro de enero de dos mil trece, en el VIII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, próximo a publicarse,

6. Que, por tales consideraciones se debe corregir el pronunciamiento realizado por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad -materia de recurso-.

~~7. Que, en la sucesiva, los Cortes Superiores de Justicia deben en forma ineludible tomar en consideración los alcances y precisiones que se hace en la presente Ejecutoria -cuarto considerando- para los casos referidos a la solicitud de libertad anticipada, regulada en el inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal.~~

DECISIÓN

Por estos fundamentos, **POR MAYORÍA** declararon:

I. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Superior Titular de la Cuarta Fiscalía Superior Penal de La Libertad, por la causal excepcional referido al desarrollo de la doctrina jurisprudencial, en consecuencia **CASARON** el auto de vista de fecha once de octubre de dos mil doce, de fojas ochenta y cinco, que revocó el auto apelado de fecha veintidós de marzo de dos mil doce, de fojas treinta y cinco, que declaró infundada la solicitud de libertad anticipada, promovida por el condenado Faustino Asencio Moya; y reformándola declaró fundada la solicitud de libertad anticipada, bajo reglas de conducta que debe cumplir el sentenciado hasta que se dé cumplimiento al término de la suspensión de la ejecución de la pena, disponiendo su excarcelación; derivado del proceso -en ejecución de sentencia- que se le siguió al precitado por el delito contra la Familia -Omisión a la Asistencia Familiar

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nro. 251 - 2012
LA LIBERTAD

-, en agravio de Esther Eliza Ibáñez Villalba y el menor Kevin Smith Asencio Ibáñez.

II. Actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo: **CONFIRMARON** la resolución de primera instancia de fecha veintidós de marzo de dos mil doce, de fojas treinta y cinco, que declaró infundada la solicitud de libertad anticipada, promovida por el condenado Faustino Asencio Moya; **ORDENARON** la recaptura del sentenciado Faustino Asencio Moya, y posteriormente, su reingreso al penal correspondiente para que cumpla con la pena impuesta en la sentencia.

III. MANDARON Que, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad y las demás Cortes Superiores de los Distritos Judiciales que aplican el Código Procesal Penal, consideren ineludiblemente como doctrina jurisprudencial vinculante la señalada en el tercer considerando (DEL MOTIVO CASACIONAL: PARA EL DESARROLLO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL) de la presente Ejecutoria Suprema, de conformidad con el inciso cuatro, del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal; y se publique en el diario oficial "El Peruano".

IV. ORDENARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano de origen; y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S.S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

TELLO GILARDI

NEYRA FLORES

SECRETARÍA

SE PUBLICO CONFORME A LEY

EXPEDIENTE: 02945-2016

3° SALA PENAL DE APELACIONES – SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE: 02945-2016-24-0401-JR-PE-01

ESPECIALISTA: GIOVANA CANO VALENCIA

IMPUTADO: JAVIER PAOLO VALDIVIA GONZALES

DELITO: OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

AGRAVIADO: RENATO PAOLO VALDIVIA PONCE Y OTRO.

Resolución N° 08

Arequipa, veintitrés de agosto de dos mil diecisiete.-

I. ATENDIENDO:

Al recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público, en contra de la Sentencia N° 91-2017-3JUP-CSJA, de fecha 03 de mayo del 2017, que resuelve absolver del delito de Omisión a la Asistencia familiar a Javier Paolo Valdivia Gonzales, a efecto de que se declare **nula** la misma y se ordene nuevo juicio oral, por los siguientes fundamentos:

1. Que la sentencia apelada vulnera el debido proceso, puesto que se ha infringido el deber de motivación y fundamentación de las resoluciones judiciales, configurándose así la causal de nulidad absoluta establecida en el literal d) del artículo 150. Tal vulneración se dio en los siguientes aspectos:
2. No se valoró del informe emitido por la línea de consulta CONADIS respecto a la discapacidad leve del imputado, ya que la información que allí aparece es corroborada mediante un procedimiento *–conforme lo establece la Resolución Ministerial N° 013-2015/MINSA-*, que asegura la veracidad de la misma. Además, no se contrastó la impresión de consulta en línea de CONADIS ofrecido por el Ministerio Público, con el Dictamen de Evaluación y calificación de invalidez N° 1173-2010, ofrecido por el imputado.
3. El delito de Omisión a la asistencia familiar se configura con la sentencia de alimentos (obligación), el requerimiento de pago (conocimiento de la obligación), y el incumplimiento de pago. No siendo necesario para este delito analizar la capacidad de pago, pues esta ya se recogió en la sentencia civil, sin perjuicio de ser postulada como causa de justificación.

II. CONSIDERANDO que:

PRIMERO: Objeto de Juzgamiento

1.1. La imputación concreta por delito de omisión a la asistencia familiar en contra de Javier Paolo Valdivia Gonzales; en síntesis es la siguiente:

El Segundo Juzgado de Paz Letrado de Arequipa en la resolución N° 07-2005, del 10 de octubre del 2007, declara fundada la demanda de alimentos a favor de Renato Paolo y María Fernanda Valdivia Ponce, y Karla Juana Ponce Zúñiga, disponiendo que el demandado, Javier Paolo Valdivia Gonzales, cumpla con acudir de manera mensual y adelantada la suma de S/. 600.00 nuevos soles. Dicho fallo fue confirmado mediante la sentencia de vista N° 024-2008, del 08 de junio del 2013.

El demandado incumplió con su obligación alimentaria desde el 01 de julio del 2009 al 31 de marzo del 2011, de lo que se tiene como monto liquidado y adeudado la suma de S/. 12,776.93 soles, la cual fue establecida mediante la Resolución de Liquidación de Pensiones Devengadas de Alimentos N° 81-2014, de fecha 01 de diciembre del 2014, la misma que fue puesta en conocimiento del imputado con **fecha 17 de diciembre del 2014**, por lo que, ante el incumplimiento en el término establecido, se hizo efectivo el apercibimiento, remitiéndose copias al Ministerio Público el 16 de enero del 2016.

SEGUNDO: Análisis fáctico jurídico

1. Sobre la indebida valoración probatoria.

1.1. El derecho de las partes procesales dentro de un proceso penal, no solo está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios; sino también, a que estos sean admitidos, adecuadamente *actuados*, que se asegure la producción o conservación de la prueba, y que estos sean **valorados de manera adecuada y con la motivación debida**, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que las partes puedan comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado

1.2. El juzgado consideró, en su fundamento 6.4 de la sentencia que:

(...) Se ha **oralizado el Dictamen de Evaluación y calificación de invalidez N° 1173-2010 emitido por AFP PRIMA de fecha 08 de abril del 2010**, donde se señala que: “la persona de Javier Paolo Valdivia Gonzales sufre de Trastorno cognitivo y secuela de trauma encéfalo craneano siendo que en el rubro de calificación de invalidez se ha señalado que es de naturaleza permanente, fecha de inicio 28 de mayo del 2010, igualmente en el fundamento del Dictamen N° 1173-2010 señala que sufre alteración de las funciones complejas e integradas del cerebro, no puede valerse por sí mismo, asigna 70%MGP, firmado por Luis Otoy y Fernando Ruiz”, con lo cual se encuentra acreditado que el acusado tiene una invalidez permanente por la cual se ha determinado que no puede valerse por sí mismo y no podría realizar una labor en forma normal y teniendo en cuenta que el periodo de las pensiones devengadas data del 01 de julio del 2009 al 31 de marzo del 2011, periodo dentro del cual se ha acreditado dicho estado, por lo que se tiene que durante dicho periodo el acusado no se encontraba en las posibilidades de cumplir con dicha obligación; que si bien el Ministerio Público ha ofrecido y oralizado la impresión de consulta de CONADIS de fecha 30 de setiembre del 2016 donde se señala que: “la persona de JAVIER PAOLO VALDIVIA GONZALES identificado con DNI N° 29419990 sufre un nivel de gravedad leve”, se debe tener en cuenta que dicho documento se trata tan sólo de una consulta en Línea, no habiéndose presentado ningún documento tendiente a desvirtuar el resultado de un dictamen médico; (...).

1.3. La Sala considera que, conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional, que uno de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba está constituido por la valoración de los medios probatorios aturados en el proceso y con la motivación debida al respecto. Se presenta entonces una doble exigencia. En **primer lugar**, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en **segundo lugar**, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables.

El deber de la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público, quien tiene que acreditar probatoriamente cada uno de sus fácticos imputados; la parte imputada puede ejercer una defensa activa, postulando nuevos hechos que enerven la imputación de la fiscalía, ello configura la esencia del contradictorio; en ambos casos la prueba debe ser capaz de producir un conocimiento cierto en la conciencia del juez.

1.4. En el caso concreto, la defensa ha propuesto que el imputado tiene imposibilidad de cumplir con la obligación alimentaria en atención a un incapacidad física cognitiva, precisa que lo ha acreditado con el Dictamen de Evaluación y calificación de invalidez N° 1173-2010 emitido por AFP PRIMA de **fecha 08 de abril del 2010**, mismo que señala que: *“Javier Paolo Valdivia Gonzales sufre de Trastorno cognitivo y secuela de trauma encéfalo craneano, en el rubro de calificación de invalidez se ha señalado que es de naturaleza permanente, sufre alteración de las funciones complejas e integradas del cerebro, no puede valerse por sí mismo, asigna 70%MGP, firmado por Luis Otoy y Fernando Ruiz”*; el Juzgado consideró que el Ministerio Público, no desvirtuó tal dictamen, pues solo presentó una consulta en línea de Conadis de fecha 30 de setiembre del 2016 (de fecha posterior al requerimiento de pago) donde se señala que: *“la persona de Javier Paolo Valdivia Gonzales identificado con DNI N° 29419990 sufre un nivel de gravedad leve”*, este documento no ha generado convicción en el Juzgado, ya que no ha desvirtuado el dictamen presentado por la defensa, pues no es aceptable considerar que la entidad privada “PRIMA AFP” emita sus dictámenes en contra de sus propios intereses, más aún que la fecha es posterior al requerimiento de pago.

La Sala considera que los fundamentos dados por el Juzgado sustentan su decisión, pues ha dado fuerza acreditativa – eficacia probatoria- al Dictamen presentado por la defensa; y a su vez se evidencia que si ha valorado la poca fuerza acreditativa del documento en línea de CONADIS. Por lo que este extremo de la resolución cuestionada por la representante del Ministerio Público debe ser confirmado.

2. Sobre la configuración del delito de Omisión a la Asistencia Familiar:

2.1. El Juzgado consideró que,

“(…) se tiene que en el caso concreto la defensa está acreditando que las circunstancias que se merituaron en la sentencia civil habrían variado y que se cuenta con un dictamen médico que establece una invalidez permanente, máxime que ante dicho medio probatorio y defensa positiva el Ministerio Público no ha presentado ningún elemento probatorio que acredite además que el acusado cuente con un patrimonio o posibilidades para poder cumplir con su obligación alimentaria, (...) por lo que al no haberse acreditado la capacidad económica del imputado durante el tiempo en que se incumplió la obligación alimentaria, al sufrir una discapacidad de forma permanente lo cual se ha impedido actuar conforme al mandato legal, conforme lo ha establecido el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 02-2016/CIJ-116, ha establecido como

doctrina legal, el fundamento 15 en relación al delito de omisión a la asistencia familiar que:

“El delito de omisión a la asistencia familiar, **por su propia configuración típica**, exige la previa decisión de la justicia civil, que se pronuncie acerca del derecho del alimentista y de la obligación legal del imputado, de la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Es claro que tales elementos, no son los únicos para fundar el juicio de culpabilidad, ni necesariamente determinan la imposición de una sentencia condenatoria – la posibilidad de actuar es esencial, pues lo que se pena no es el “no poder cumplir”, sino el “no querer cumplir”; es la consecuencia de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, según la cual se comete un delito de dicha estructura, quien omite la conducta debía, pudiendo hacerlo”, por lo que en merito a dicho argumentos, debe absolverse al acusado”.

2.2. La Sala Considera en atención al principio de exhaustividad[3], respecto al cuestionamiento que realiza el representante del Ministerio Público, que el *A quo* ha motivado debidamente la sentencia venida en grado citando al profesor Queralt Jiménez[4] y sustentando sus argumentos en el **Acuerdo Plenario N° 02-2016/CIJ-116**[5], mismo que expresamente describe que el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, **por su propia configuración típica**[6] exige no solo la obligación legal del imputado, la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Sino también, necesariamente **la posibilidad de actuar**, pues lo que se pena no es el “no poder cumplir”, sino el “no querer cumplir”; es la consecuencia de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, según la cual se comete un delito de dicha estructura.

La estructura típica del delito de omisión propia[7] [Omisión a la Asistencia familiar] tiene un aspecto objetivo (tipo objetivo) y un aspecto subjetivo (tipo subjetivo). En el aspecto objetivo del tipo de omisión propia se establecen tres elementos distintivos:

- i) Situación típica generadora del deber,
- ii) No realización de la conducta ordenada,
- iii) Posibilidad psico-física del individuo para ejecutar la acción ordenada[8].

La tipicidad en el delito omisivo es una operación inversa a la del delito de comisión. En el de comisión debe subsumirse la conducta realizada en la descrita por el tipo. En el delito de omisión, la tipicidad se comprueba demostrando que la conducta realizada no se subsume en la descripción de la acción ordenada».

2.3. Entonces, debe verificarse la capacidad de pago (Posibilidad psico-física del individuo para ejecutar la acción ordenada). Si bien está acreditada objetivamente:

i) el mandato de un pago de alimentos [sentencia civil de alimentos de fecha diez de octubre del dos mil siete],

ii) el requerimiento de pago [resolución N° 81-2014, de fecha 01 de diciembre del 2014],

iii) el no cumplimiento del requerimiento [remisión de copias al Ministerio Público con fecha 16 de enero del 2016]; sin embargo, la defensa precisa que la incapacidad adquirida por su representado viene ya desde el **quince de julio del dos mil cuatro**, pues sufrió un accidente generándole una discapacidad del 70% de carácter permanente, producto de un desbarranco que sufrió en el puente de Fierro, en el que tuvo fractura expuesta de base de cráneo, desgarró de hígado, fracturas intercostales, entre otras fracturas graves, además de un trastorno cognitivo con un menoscabo del 70%; por lo que a la fecha del requerimiento de pago el 01 de diciembre del dos mil catorce, su patrocinado ya se encontraba en la imposibilidad de ejecutar la acción ordenada. Fundamentos por los que concordamos con el razonamiento del *A quo*.

TERCERO: Costas de la instancia

No corresponde la imposición de costas en esta instancia de conformidad con el artículo 497° numeral 5^[9] del Código Procesal Penal.

Por lo que;

III. RESOLVEMOS:

1. **DECLARAR, INFUNDADA** la apelación de la Sentencia N° 91-2017-3JUP-CSJA, de fecha 03 de mayo del 2017, que resuelve absolver a **Javier Paolo Valdivia Gonzales** del delito de Omisión a la Asistencia familiar previsto en el artículo 149 del Código Penal, en agravio de **RENATO PAOLO y MARIA FERNANDA VALDIVIA PONCE**,

- representada por su madre KARLA JUANA PONCE DE ZÚÑIGA y en agravio de KARLA JUANA PONCE ZUÑIGA. En consecuencia,
2. **CONFIRMAMOS** la Sentencia N° 91-2017-3JUP-CSJA, de fecha 03 de mayo del 2017. Sin Costas de Instancia.

REGÍSTRESE Y HÁGASE SABER.

Juez Superior Ponente: Luis Alberto Rodríguez Pantigoso.

SS.

CORNEJO PALOMINO

CACERES VALENCIA

RODRIGUEZ PANTIGOSO

EXP. 13825- 2015



CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA

Lima, veintitrés de marzo
de dos mil dieciséis.-

VISTOS; y con el acompañado, CONSIDERANDO:

PRIMERO: Es materia de consulta la sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa, mediante resolución número trece, de fecha cinco de agosto de dos mil quince, obrante a fojas doscientos catorce, que aplicando el control constitucional difuso previsto en el artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, inaplica al caso concreto el inciso 3 del artículo 57° del Código Penal, por incompatibilidad constitucional.

SEGUNDO: Debe entenderse por control constitucional a aquel mecanismo que verificará si las leyes contradicen a la Constitución en la forma o el fondo; y hablamos de control de legalidad, cuando se verificará si las normas de menor jerarquía contravienen a normas con rango de ley. Sin embargo, tanto el control de constitucionalidad y de legalidad de las normas jurídicas comprenden la protección de los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Carta Magna, en el marco de un régimen democrático de gobierno.

TERCERO: Siendo esto así, en la doctrina y en la legislación comparada existen dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas; uno de ellos originario del sistema *Common law* norteamericano, conocido como *Judicial Review*, y que en nuestro medio se le identifica como *control difuso*; este modelo se remota en sus inicios a lo resuelto por el Juez Marshall en el Caso *Marbury vs Madison*¹ en Estados Unidos de Norteamérica en el año mil ochocientos tres; en este caso se señala que todos los jueces y todos los tribunales deben decidir en los casos concretos que le sean sometidos de conformidad con la Constitución, inaplicando la ley que contraviene a ella. El otro, de origen europeo continental, conocido como el sistema de *Control*

¹ALEJANDRO AMAYA, Jorge; "Marbury Vs Madison" – Sobre el Origen del Control Judicial de Constitucionalidad, 1ª Edición, Rosario Ediciones AVI SRL, 2013, pág. 113

(...) "De tal modo, la terminología especial de la Constitución de los EE.UU., confirma y enfatiza el principio, que se supone esencial para toda constitución escrita, de que la ley reservada a la Constitución es superior a la ley ordinaria."

CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA

Concentrado; doctrina autorizada atribuye su creación a las ideas, vinculadas a la famosa pirámide jurídica, promovidas desde mil novecientos veinte por Hans Kelsen, con la Constitución de Austria, perfeccionada con la Constitución de mil novecientos veintinueve; la característica relevante de este sistema es que deja el control de la constitucionalidad de las leyes en manos de un solo órgano o tribunal ad hoc, con facultad de expulsar del ordenamiento jurídico a éstas cuando contravienen la Constitución, por el fondo o la forma; en este modelo dicho órgano constitucional actúa como legislador negativo.

CUARTO: La Constitución peruana -vigente desde mil novecientos noventa y cuatro- ha adoptado el sistema mixto de control constitucional; ello significa que existe instalado en nuestra estructura jurídica constitucional no solo el control en abstracto de la constitucionalidad de las normas con rango de ley, el que se ejerce a través de un órgano constitucional autónomo -Tribunal Constitucional²- con el poder de decidir cuándo una ley o norma con rango de ley es incompatible en todo o en parte con la Constitución, sea por la forma o por el fondo; sino que además se ha autorizado a los jueces ordinarios -del Poder Judicial- a efecto que ejerzan el control sobre la constitucionalidad de las normas legales en las causas que de manera específica se ventilan ante sus despachos.

Bajo este contexto, debemos entender que el *Control Difuso* de la constitucionalidad de las leyes, es competencia de cualquier órgano jurisdiccional del Poder Judicial, sin importar la especialidad; siendo que la ley no dejará de estar vigente, y solo se inaplicará al caso litigioso. Pudiéndose entender que este modelo, solo se aplicará en una controversia específica, real y concreta, es decir, se aplica a un proceso instaurado, y cuya decisión judicial de inconstitucionalidad, no puede ni va más allá de los límites del proceso mismo; es por ello que se puede asegurar que los efectos de la aplicación de este control solo afectará y/o traerá consecuencias jurídicas a las partes vinculadas al proceso, por ende no es *erga omnes*.

**CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA**

QUINTO: De la misma manera, corresponde entender que la *Consulta* es una institución procesal de orden público, que viene impuesta por la ley, que no es en esencia un recurso sino un mecanismo procesal a través del cual se impone al órgano jurisdiccional el deber de elevar el expediente al superior y a éste el de efectuar el control de la constitucionalidad de la resolución dictada en la instancia inferior.

SEXTO: En tal sentido, tratándose de una consulta por incompatibilidad de una disposición constitucional y otra norma de inferior jerarquía, el artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial³ ha establecido que cuando los Jueces de cualquier especialidad, al momento de resolver, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; previéndose que respecto de las resoluciones en las que se haya efectuado el control constitucional las mismas deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas.

SÉPTIMO: Sin embargo, este control constitucional debe ejercerse como *última ratio*, dado que no puede soslayarse la función legislativa que le asigna la Constitución al Congreso de la República, pues por tal hecho las leyes promulgadas se presumen constitucionales, y se entiende que deben guardar estrecha armonía entre sí, así como con la Carta Magna; tal presunción acompaña de igual modo a los demás procedimientos de creación legislativa reconocidos por la Carta Política.

OCTAVO: Bajo este contexto, una de las manifestaciones del carácter eminentemente excepcional que distingue a la prerrogativa del control difuso se

³Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.

Artículo 14.- De conformidad con el Art. 136 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional para el caso concreto, sin efectos en general, lo que es contrario a lo establecido en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA

encuentra prevista en el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual declara: "Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución" (subrayado agregado).

NOVENO: En virtud a lo dispuesto por este precepto constitucional, la decisión de optar por la inaplicación de una disposición legal solo puede ser adoptada por el órgano jurisdiccional –en la solución de una controversia– cuando no sea posible desprender de ella una interpretación que para el caso concreto guarde armonía con el texto constitucional o, como lo denomina la doctrina, una interpretación conforme a la Constitución; puesto que, de ser posible para el órgano jurisdiccional desprender del texto legal objeto de análisis una interpretación de este tipo, deberá limitarse únicamente a optar por ella – descartando las interpretaciones que resulten contrarias a los valores constitucionales–, sin afectar para el caso concreto la eficacia de la ley.

DÉCIMO: Al respecto, es preciso tener en cuenta que la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última ratio, razón por la cual no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario, en atención a la trascendencia que esta decisión implica, el juzgador deberá tener en cuenta que, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el solo hecho de haber sido expedidas por el Órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa, siguiendo para el efecto, todo un proceso de formación de la ley, que es conocido en la doctrina como el "*iter legislativo*", están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto, a priori se presume que todas las leyes son constitucionales y que éstas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental; por esta razón, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha previsto que la inaplicación de una norma legal, solo

CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA

puede ser viable cuando no sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

UNDÉCIMO: En el caso de autos, se aprecia de sus antecedentes que al condenado Roberto Vicente Pérez Díaz se le siguió un proceso de alimentos; en dicho proceso mediante resolución número cinco, obrante en copias certificadas a fojas treinta y nueve -que contiene la sentencia de fecha treinta de enero de mil novecientos noventa y ocho-, se ordena al citado Pérez Díaz cumpla con pagar mensualmente a favor de su menor hija la suma de ciento veinte Nuevos Soles (S/.120.00) y a favor de su cónyuge la suma de ochenta Nuevos Soles (S/.80.00); el mencionado obligado incumplió con efectuar los pagos oportunamente, pese a estar debidamente notificado en su domicilio real y procesal; tal hecho dio lugar a que el órgano jurisdiccional a cargo del citado proceso, expida la resolución número sesenta y cuatro, obrante en copias certificadas a fojas cuarenta y cuatro, de fecha nueve de julio de dos mil trece; mediante dicha resolución se aprueba la liquidación de pensiones alimenticias devengadas en la suma de tres mil seiscientos cincuenta y tres Nuevos Soles con sesenta y dos céntimos (S/.3,653.62), correspondiente al periodo que va de enero del dos mil doce a junio del dos mil trece; dicha liquidación debidamente aprobada, le fue válidamente notificada, en su domicilio real como en el procesal; pese a ello, el obligado -ahora condenado-, mantuvo su incumplimiento, absteniéndose de abonar las respectivas pensiones mensuales, como la suma aprobada por devengados; tal actitud, renuente al pago de las pensiones alimenticias adeudadas, constituye delito de Omisión a la Asistencia Familiar, previsto en el artículo 149°, primer párrafo, del Código Penal; dicha norma sanciona la conducta del sujeto agente que no cumple con pagar su obligación de prestar alimentos establecidas mediante una resolución judicial firme, imponiendo dicho dispositivo legal una pena privativa de libertad no mayor de tres (3) años.

DUODÉCIMO: La sentencia objeto de consulta considera que el supuesto previsto en el inciso 3 del artículo 57° del Código Penal que señala: *El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos*

siguientes: (...) 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.", debe ser inaplicable en tanto que la pena privativa de libertad efectiva para el presente caso no asegura que pueda generar una verdadera prevención en el futuro; siendo que para los alimentistas puede generarse el riesgo de que se limiten las posibilidades de que el imputado pueda continuar cumpliendo con sus pensiones alimentarias; al respecto, se acota que el imputado ya cumplió con la obligación alimentaria por lo cual no habría objeto que asegurar por lo que el medio (la pena privativa de libertad efectiva) no resulta idóneo para cumplir los objetivos ni finalidad que pretende sino que puede resultar todo lo contrario, pues encontrándose privado de libertad impedirían al obligado a agenciarse de recursos económicos que le permita cumplir con sus obligaciones alimenticias, por las que precisamente sería condenado; con lo cual la aplicación de dicha norma al caso concreto no supera el subprincipio de idoneidad del conocido test de proporcionalidad; se indica que tampoco satisface el de necesidad, en tanto que existe una medida igualmente satisfactoria menos gravosa como es la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena; menos el test de proporcionalidad en sentido estricto, por cuanto no supera el perjuicio que puede causarse al mismo bien jurídico que se pretende tutelar.

DÉCIMO TERCERO: Atendiendo a los fundamentos de la sentencia materia de consulta, esta Sala Suprema conviene precisar que según el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad importa tres subprincipios o elementos: "1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada. 2. Subprincipio de necesidad. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se

CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA

analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental. 3. Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental" (Sentencia N° 0048-2004-PI/TC, fundamento sesenta y cinco).

DÉCIMO CUARTO: Ahora bien, de lo actuado en estos autos tenemos que, conforme a los alcances del artículo 149° del Código Penal, el imputado Roberto Pérez Díaz fue condenado a tres (3) años y seis (6) meses de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres (3) años bajo reglas de conducta por delito de incumplimiento de obligación alimentaria; al respecto, corresponde mencionar que, como se precisa en la sentencia materia de consulta, el imputado ha cumplido con la obligación alimentaria que fue objeto del proceso de alimentos y por el que fue procesado, conforme puede apreciarse de los pagos presentados en el juicio oral; asimismo se tiene que si bien el imputado cometió el mismo ilícito anteriormente, sin embargo en dichos procesos también ha cumplido con su obligación conforme a los depósitos presentados en autos; esto es, que sobre los hechos por los que ha sido procesado el imputado pone de manifiesto proseguir a dar cumplimiento con su deber de prestar alimentos a favor de los agraviados; no obstante ello, la medida adoptada por los órganos jurisdiccionales de mérito –Juzgado y Sala Superior Penales- de intervenir en la estructura legal vigente en materia penal a efecto de declarar en la sentencia condenatoria materia de consulta la suspensión de la ejecución de la pena, pese a la expresa prohibición legal contenida en el artículo 57° inciso 3 del Código Penal dada la condición de habitual del condenado, conforme lo prevé el artículo 46-C de la misma norma penal –conforme queda establecido en el fundamento diez de la sentencia de vista-, se considera justificada en aplicación de la norma constitucional de proporcionalidad.

CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA

DÉCIMO QUINTO: ¿Se justifica constitucionalmente, en el caso de autos, la intervención del órgano jurisdiccional de inaplicar el artículo 57° inciso 3 del Código Penal? En ese escenario, examinando los hechos acontecidos y el derecho aplicado por la instancia superior, resulta menester efectuar el respectivo estudio del test de proporcionalidad, a efecto de establecer si la intervención de los órganos jurisdiccionales se ajusta a los requerimientos de proporcionalidad, que exige la última parte del artículo 200° de nuestra Norma Constitucional, así como la de poner a buen recaudo los derechos del niño a percibir sus alimentos, en el marco de la protección del interés superior del niño y el adolescente, conforme se expone en la sentencia materia de consulta; al respecto, se tiene que la norma penal inaplicada, en virtud de la cual se restringe el derecho del condenado a obtener una suspensión de la pena impuesta, tiene como finalidad la de impedir que quienes son reincidentes o habituales, por su peligrosidad y riesgo a la seguridad ciudadana, circulen por las calles o entre las personas poniendo en riesgo la seguridad e integridad física o moral, o el patrimonio de éstas; por lo que al privársele de su libertad se aseguraría tranquilidad ciudadana, y se permitiría –en abstracto- una resocialización del condenado; sin embargo tal finalidad no resulta aplicable en el presente caso particular, pues la privación de la libertad impediría al condenado la oportunidad de agenciarse de medios económicos necesarios para cumplir con el deber legal y judicial de acudir con sumas de dinero a su menor hija para su manutención; resultaría contrario al propósito de la propia sanción penal impuesta; por el contrario se pondría en riesgo la integridad de la menor hija del condenado, quien se vería privada de la posibilidad de contar con medios que le permitan su alimentación; es notorio que la pena privativa de libertad efectiva de por sí conllevaría en autos a que el imputado se encuentre limitado de seguir con el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de los agraviados, lo que conduce a que el medio o la pena citada como efectiva no fomentaría el cumplimiento del objetivo o lo que se pretende tutelar, de lo que se colige que –como lo ha determinado el *Ad quem*- la ejecución de la pena privativa de libertad efectiva no satisface el sub principio de idoneidad; con la citada conclusión arribada sería suficiente para que quede plenamente

CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA

justificada la inaplicación de la norma penal sub análisis; no obstante el análisis de los otros sub principios corroboran lo expuesto líneas arriba; efectivamente se observa que la aplicación de la norma penal citada no supera el test de necesidad, en el presente caso en particular, por cuanto existe otras medidas que pueden lograr lo que en abstracto se pretende con ella, esto es, que pueda seguir cumpliendo con su obligación alimentaria, ya que para alcanzar el objetivo que se pretende existen otras medidas que no resultan limitativas, como lo es la suspensión de la ejecución de la pena efectiva por la de reglas de conducta por un periodo de prueba; por último, tenemos que la norma en estudio –inciso 3 del artículo 57° del Código Penal- tampoco satisface –para el presente caso- el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, pues en el balance del costo y beneficio que resulta de aplicar la citada norma restrictiva, el daño sería mayor en este caso particular, que el beneficio que se pretende lograr; pues la pena privativa de libertad efectiva interviene de manera grave en el derecho del niño y adolescente a percibir alimentos; pues de la comparación de la medida efectiva y el derecho fundamental que se compromete con el medio (pena) resulta afectado el interés superior del niño que propugna la Constitución.

DÉCIMO SEXTO: En consecuencia, al no satisfacer la aplicación de la norma bajo análisis el test de proporcionalidad en este caso particular, esta Sala Suprema considera que en el caso de autos se ha presentado un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables al caso *sub litis*, de un lado, la norma constitucional que reconoce como un derecho fundamental de la persona el interés superior del niño –artículo 3° de la Constitución Política del Estado-, que las medidas restrictivas del derecho fundamental guarden razonabilidad y proporcionalidad y, de otro, la norma contenida en el inciso 3 del artículo 57° del Código Penal, sin que sea posible obtener una interpretación de esta última norma que guarde armonía con el texto constitucional.

DÉCIMO SÉPTIMO: En tal sentido, al advertirse que la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe

**CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA**

inaplicarse la primera y preferirse esta última, corresponde aprobar la consulta formulada.

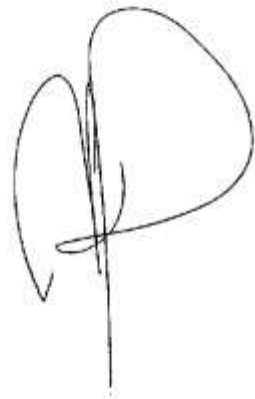
Por estas consideraciones: **APROBARON** la sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa, mediante resolución número trece, de fecha cinco de agosto de dos mil quince, obrante a fojas doscientos catorce, que **INAPLICA** al caso concreto el inciso 3 del artículo 57° del Código Penal; en los seguidos por Gianella Arline Pérez Vilchez y otra contra Roberto Vicente Pérez Díaz, sobre Omisión a la Asistencia Familiar; y los devolvieron. **Juez Supremo Ponente: Lama More.-**

S.S.

WALDE JÁUREGUI



LAMA MORE



VINATEA MEDINA



RUEDA FERNÁNDEZ



TOLEDO TORIBIO



Pta/Oaa

Dr. PABLO FRANCIA JULLCA
DECANO
Sala de Decanos Constitucional y Social
Palma Soriano Calle 5, Sur 1000

JUZGADO DE 1ERA INSTANCIA DEL DISTRITO EN LO PENAL CORRECCIONAL DE 8VA NOMINACION DEL ROSARIO

Juzgado de 1a Instancia de Distrito en lo Penal Correccional de
8a Nominación de Rosario (JPenalCorrecRosario)(8aNom)
Fecha:

02/05/2005

Partes: G. O. M.

HECHOS:

El padre de un hijo matrimonial fue condenado como autor del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar a la pena de prisión de seis meses de efectivo cumplimiento.

SUMARIOS:

1. En un proceso seguido por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar consignado en el art. 1° de la ley 13.944 (Adla, X-A, 86), corresponde condenar al imputado a seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, debiendo dicha pena ejecutarse en la modalidad de prisión discontinua -en el caso, mediante la permanencia en la seccional policial más próxima a su domicilio desde la 18 hs. del día sábado hasta las 6 hs. del lunes siguiente- a efectos de permitir al condenado desarrollar sus tareas laborales y de esta manera ganarse el sustento que le permitirá cumplimentar la cuota alimentaria fijada.

2. La obligación alimentaria hacia un hijo nacido dentro del matrimonio no queda condicionada a su reconocimiento biológico, pues resultaría muy cómodo para una persona casada negar la paternidad y luego estar a los resultados de un análisis de histocompatibilidad, siendo que mientras tanto ese hijo carece de lo más elemental para procurar su supervivencia.

TEXTO COMPLETO:

1ª Instancia. - Rosario, mayo 2 de 2005.

Considerando: 1. Que a juicio del Suscripto, en autos se encuentra debidamente acreditada la materialidad del ilícito investigado en cabeza del justiciable.

En efecto, con la Denuncia formulada ante la Fiscalía N° 10 de fs. 2, su posterior ratificación mediante declaración Testimonial de fs. 5, Indagatoria de G. O. M. de fs. 9; Testimonial de S. N. S de fs. 48, Testimonial de M. G. M. de fs. 49, Testimonial de S. R. M. de fs 50, Testimonial de D. N. S. de fs. 54, Testimonial de S. E. G. B. de fs. 57, Fotocopias de la causa N° 267/96 caratulada (S. S. N. C/ M. O. S/ Alimentos) en la cual se encuentra a fs. 2 y 93 Certificado y Acta de nacimiento respectivamente de la menor C. S. S. de fecha de septiembre de 1993; Certificado de Matrimonio entre la denunciante y G. O. M. en febrero de 1992 de fs. 3, escrito de promoción de acción por alimentos de fs. 5/7, acuerdo homologado en sede judicial en 1996 de fs. 10,

nuevo acuerdo homologado con fecha de julio de 1997 a fs. 34, informe a fs. 42, acuerdo homologado en fecha de septiembre de 2001, estudio de Histocompatibilidad de fs. 71/73, Resolución Judicial de fs. 77; amén del resto de los elementos obrantes en el expediente que conforman el acervo probatorio; de todo ello podemos decir sin lugar a dudas que el día 8 de noviembre de 2002 S. N. S. formuló ante la Fiscalía N° 10 una denuncia en la cual manifiesta que estuvo casada con G. O. M., que de dicha unión tuvieron una hija, que en el año 1996 se acordó una cuota alimentaria de \$250 y la realización de estudios necesarios para determinar su paternidad, que en febrero de 1997 lo intimó para el cumplimiento de lo pactado donde el imputado reconoce la cuota pactada y abona una sola, y propone convenio de pagos por las atrasadas; que en septiembre de 2002 se celebra un nuevo acuerdo en el cual el denunciado se comprometió a iniciar todos los trámites pertinentes para el reconocimiento de la menor si el resultado de la pericia daba su paternidad, que realizado dicho estudio, éste arrojó que la menor tiene un 99,99% de probabilidad de ser hija del denunciado, que notificado de tal resultado, aún así M. no cumplió con pasar lo indispensable para la manutención.

2. Con respecto a la autoría, cabe señalar que considero a la misma acreditada, ya que el imputado es sin lugar a dudas el padre de la menor C. S -pese a las supuestas dudas del mismo-; y digo ello porque por medio de la Partida de nacimiento se acredita que la niña nació el 30 de septiembre de 1993; y según surge del Certificado de Matrimonio entre la denunciante y el encartado, éste fue llevado a cabo el 21 de febrero del año 1992. Es por ello que en base a estos dos extremos probados, juegan las presunciones del Código Civil en los arts. 245 el cual refiere expresamente: "la ley presume que los hijos concebidos por la madre, durante el matrimonio, tienen por padre al marido", y la del art. 246 que dice "Son hijos legítimos los nacidos después de ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes a su disolución, si no se probase que había sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento".

Cotejando las respectivas fechas de ambos elementos probatorios, no cabría duda de la legitimidad de la filiación de la menor; pero aún así habiéndose controvertido dicha paternidad, ésta resulta totalmente indubitante con el resultado de Histocompatibilidad que arrojó una probabilidad mayor al 99,99% de ser hija del imputado.

El propio G. O. M. en su acto de defensa material reconoce que estuvo casado con la denunciante durante diez meses; que luego se separaron, y que a los tres meses de estar separados se enteró por la madre de ésta que S. estaba embarazada; lo cual indica que por lo menos desde esa fecha tuvo conocimiento del paradero de ésta, más allá si fue la denunciante la que haya obrado en forma maliciosa ocultándose; o por el contrario fue el imputado el que dejó del hogar conyugal; tema este que es motivo de análisis en otra sede.

Se parte de una premisa totalmente equivocada cuando se pretende que la obligación alimentaria hacia un hijo, queda librada al capricho de su reconocimiento biológico-científico, pues resultaría muy fácil y cómodo para una persona casada, negar la paternidad y luego estar a las resultas de un análisis de Histocompatibilidad, mientras tanto ese hijo no tiene para las más elementales necesidades de supervivencia.

Lo que se deja supeditado al análisis de Histocompatibilidad (en virtud de que M. niega su paternidad biológica) es la confirmación de esa paternidad, la que en el caso de autos se ha producido, y en donde se confunde entonces el carácter de padre legal con el biológico, confirmándose entonces aquella obligación alimentaria fijada en la primera de las audiencias por ante el Tribunal de Familia.

Cuando la ley determina desde cuándo se reputa que una persona es el "padre" de alguien, es una presunción juris tantum, y es desde allí cuando nace esa reciprocidad en donde el niño adquiere el carácter de "hijo" y el padre tiene la obligación de asistirlo, y los derechos que le confiere tal estado, esa presunción legal solamente puede ser destruida por prueba en contrario, pero hasta tanto ello ocurra, el padre legal tiene para con ese hijo la obligación alimentaria emergente de todas los derechos y obligaciones emergentes de tal carácter.

El delito en análisis es de tipo doloso, porque la sustracción debe ser voluntaria; es de omisión simple, y por ende no requiere un dolo específico, sino que basta que el obligado se sustraiga voluntariamente a su deber, no siendo pues indispensable un deliberado propósito de incumplir; especial ya que de modo taxativo enumera las personas que pueden cometerlo; de peligro abstracto porque la mera realización de la conducta punible ya pone en situación de peligro el interés tutelado; y permanente, porque su consumación se produce y continúa en el tiempo, en el caso a estudio debemos decir que el delito se consuma instantáneamente con sustracción de lo que por ley le corresponde a la hija.

3. Que sentado ello, sólo resta establecer si en el comportamiento de G. O. M. existió o no responsabilidad penal en los términos exigidos por el art. 1° de la ley 13.944, esto es Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar.

Que en esta inteligencia, luego de un exhaustivo análisis del material que surte la causa, debe concluirse sin hesitación alguna, en que la conducta esgrimida por el procesado G. O. M. es pasible de reproche penal.

Elo así, porque no existe en autos elemento probatorio alguno que acredite, tal como alegara la defensa técnica del encartado, que más allá de los periodos que la denunciante reconoce como que M. contribuyó a la manutención de su hijo, no resulta probado en autos el cumplimiento de la cuota alimentaria, que como padre "legal" le fue fijada en los distintos acuerdos homologados en sede civil.

Toda la prueba ofrecida por la defensa en ningún momento logra desvirtuar los dichos de la denunciante, pues la misma está encaminada a intentar justificar su incumplimiento partiendo de aquella premisa falsa a la que ut supra se hacía referencia.

Ha sostenido la sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, en autos "Rodríguez, Carlos Alberto s/Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar", Acuerdo N° 21 del 29/03/99, expte. N° 1537/98, que "... el aspecto subjetivo de este delito se integra con voluntad e inteligencia de concretar el hecho típico, esto es, saberse obligado al deber

alimentario para con los hijos, el haber podido cumplirlo, y en cambio, el haberse sustraído a ese deber. En este aspecto se ha dicho que aun cuando la figura del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar es dolosa, no resulta necesario acreditar que el accionar omisivo está enderezado deliberadamente a sustraerse al cumplimiento, sino que es suficiente que se encuentre probado el elemento subjetivo consistente en la voluntad consciente de no pasar la prestación a que está obligado aunque sea en menor medida. También se sostuvo que la voluntariedad que supone el delito no requiere necesariamente un obrar malicioso; tampoco es indispensable que el autor obre deliberadamente, pues el delito se consuma aunque éste no lo haya premeditado o preordenado, cuando pudiendo satisfacer la obligación alimentaria, no lo hace, sin que tengan influencia en su dolo los motivos del sujeto...*.

4. En base a las pautas mensurativas que establecen los arts. 40 y 41 del Cód. Penal, y teniendo en cuenta la naturaleza de la acción, los medios empleados para la ejecución, el daño y el peligro causado, la edad, educación, los vínculos personales y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; considero excesivo el pedimento Fiscal de un Año de prisión y costas, siendo más razonable la aplicación de una condena de prisión efectiva y discontinua de Seis Meses, con las modalidades que se explicitarán a continuación.

Debe destacarse que la prisión a que alude nuestro Código Penal es la de cumplimiento efectiva, siendo la condicionalidad del art. 26 del código de fondo una excepción para los casos de primera condena que no exceda de tres años. Pero la aplicación de esta excepcionalidad es potestad del Tribunal, quien debe evaluar su aplicación efectiva o en suspenso; y en el caso traído a estudio creo que resultaría ejemplar dejar de lado este beneficio, ya que M. ha violado la normativa penal, perjudicando de tal forma a una hija que, concebida y nacida dentro del matrimonio, no tuvo de parte de su progenitor la más mínima asistencia, desentendiéndose de la menor.

Sin embargo, y como una forma de protección de la niña y atendiendo a las necesidades de la misma, deberá posibilitarse que su padre tenga la libertad necesaria para desarrollar sus tareas laborales, y de esa manera ganarse el sustento que le permitirá cumplimentar con la cuota alimentaria que le fije el Tribunal de Familia que entiende en la causa.

A tales efectos y según lo faculta la ley 24.660 se deberá contemplar la aplicación de una prisión efectiva y discontinua, mediante la permanencia del condenado en la Seccional Policial más próxima a su domicilio -acatando las normas de convivencia de la institución- el que deberá presentarse a las 18 hs. del día sábado, y recién podrá salir de la misma a las 6 de la mañana del día lunes siguiente.

Para el caso que los días no laborables del encartado sean distintos a los fijados aquí como prisión discontinua, podrán reemplazarse los mismos a pedido del condenado.

Por todo lo expuesto; fallo: I. Condenando en la presente causa numero 3045/02 a G. O. M. - con datos de identidad consignados en autos- a la pena de seis meses de prisión efectiva y costas; por hallarlo penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 1º, ley 13.944), en base a los fundamentos ut supra mencionados. II.

Disponiendo que la pena aplicada se cumplimente de manera discontinua, mediante la permanencia del condenado en la Seccional Policial más próxima a su domicilio -acatando las normas de convivencia de la Institución- el que deberá presentarse a las 18 hs. del día sábado, y recién podrá salir de la misma a las 6 de la mañana del día lunes siguiente (ley 24.660, art. 36). III. Para el caso que los días no laborables del encartado sean distintos a los fijados aquí como prisión discontinua, podrán reemplazarse los mismos a pedido del condenado. IV. Por su actuación profesional en la defensa del imputado, regulo los honorarios del Dr. O. E. B en la suma de pesos un mil quinientos (\$ 1500) con noticia a la Caja Forense.- Edgardo J. Bistoletti.

