

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**



**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Carrera Profesional de Derecho y Ciencias Políticas**



**TESIS**

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO**

**LA DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE LA OMISIÓN DE  
ASISTENCIA FAMILIAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

**PENAL PERUANO**

**POR**

**Guevara Vásquez, Yaquelin Elizabeth**

**Vásquez Tumbay, Kevin Arnol**

**ASESOR**

**Mg. Augusto Rolando Quevedo Miranda**

**Cajamarca – Perú**

**Julio - 2022**

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**



**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Carrera Profesional de Derecho y Ciencias Políticas**



**TESIS**

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO**

**LA DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE LA OMISIÓN DE  
ASISTENCIA FAMILIAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

**PENAL PERUANO**

**Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para  
optar el Título Profesional de Abogado**

**Bach. Guevara Vásquez, Yaquelin Elizabeth**

**Bach. Vásquez Tumbay, Kevin Arnol**

**Asesor: Mg. Augusto Rolando Quevedo Miranda**

**Cajamarca – Perú**

**Julio – 2022**

**COPYRIGHT © 2022 BY:**

Guevara Vásquez, Yaquelyn

Vásquez Tumbay, Kevin Arnol

**Todos los derechos reservados**

## **DEDICATORIA**

Queremos dedicar este proyecto de tesis a nuestros Padres y a nuestros docentes, fueron ustedes quienes nos motivaron a salir adelante, con su apoyo y enseñanza para sobresalir en los estudios y darles las gracias por todo ese apoyo incondicional que nos brindaron durante cada periodo académico.

## **AGRADECIMIENTO**

Agradecemos en primer lugar a Dios por permitirnos llegar a este momento tan especial de nuestra vida profesional, por los triunfos que hemos logrado en el transcurso de nuestra carrera, a nuestros padres y asesor quienes nos brindaron su mayor apoyo, consejos y esperanza que han generado la fuerza necesaria para la culminación de nuestra investigación.

## ÍNDICE

<b>RESUMEN .....</b>	<b>iii</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>iv</b>
<b>CAPITULO I.....</b>	<b>1</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	
1.1.Planteamiento del problema.....	2
1.1.1. Fundamentación del problema.....	3
1.1.2. Formulación del problema .....	5
1.1.3. Objetivos de la investigación .....	5
1.1.4. Justificación de la investigación.....	5
1.1.5. Importancia de la investigación .....	7
1.1.6. Delimitación de la investigación.....	8
1.1.7. Alcances de la investigación .....	8
1.1.8. Limitaciones de la investigación.....	9
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>7</b>
<b>MARCO TEORICO</b>	
2.1. Antecedentes de la investigación .....	7
2.2. Bases teóricas .....	12
2.2.1. La familia en su sentido jurídico y su protección constitucional.....	12
2.2.2. Concepción del derecho a la asistencia alimentaria.....	17
2.2.3. El delito de omisión a la asistencia familiar.....	25
2.2.4. La criminalización, el derecho penal y las relaciones familiares.....	36
2.3. Hipótesis general.....	54
<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>55</b>
<b>METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN</b>	
3.1. Nivel, tipos y enfoque de investigación.....	55
3.1.1. Descripción del nivel de investigación .....	68
3.1.2. Descripción del tipo de investigación .....	68
3.2. Método y diseño de la investigación.....	69
3.2.1. Método de investigación .....	69
3.2.2. Diseño de investigación. ....	70
3.2.3. Población y muestra.....	70

3.3. Instrumentos y fuentes de recolección de datos .....	70
3.3.1. Criterios de validez y confiabilidad de los instrumentos .....	71
3.4. Técnicas de procesamiento y análisis de datos .....	71
<b>CAPÍTULO IV .....</b>	<b>59</b>
<b>RESULTADOS Y DISCUSIÓN</b>	
4.1. Presentación de resultados .....	73
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>84</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>85</b>
<b>REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA .....</b>	<b>67</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>91</b>

## **RESUMEN**

En nuestra investigación hemos planteado la siguiente interrogante ¿Cómo favorece la despenalización del delito de la omisión de asistencia familiar en el ordenamiento jurídico penal peruano? El método de investigación que se utilizaron fueron el que involucra a la investigación jurídica social, diseño no experimental y transversal o transeccional, siendo su nivel de investigación de carácter explicativo, de enfoque dogmático jurídico para su desarrollo. Como resultado principal se menciona que se logró determinar que sí es favorable la despenalización de la omisión de asistencia familiar, por aplicación del principio de intervención mínima del derecho penal, haciendo posible que dicha conducta sea reprochada por otros medios de control social.

**PALABRAS CLAVE:** Despenalización, delito de omisión a la asistencia familiar, principio de intervención mínima del Derecho Penal.

## **ABSTRACT**

In our research we have raised the following question: How does the decriminalization of the crime of omission of family assistance in the Peruvian criminal legal system favor? The research method that was used was the one that involves social legal research, non-experimental and transversal or transactional design, being its level of investigation of an explanatory nature, with a legal dogmatic approach for its development. As a main result, it is mentioned that it was possible to determine that the decriminalization of the omission of family assistance is favorable, by application of the principle of minimum intervention of criminal law, making it possible for said behavior to be reproached by other means of social control.

**KEY WORDS:** Decriminalization, crime of omission to family assistance, principle of minimum intervention of Criminal Law.

## **CAPITULO I**

### **INTRODUCCIÓN**

Lo que sucede en la realidad es el uso excesivo de la pena privativa de libertad en el delito de omisión a la asistencia familiar, que conlleva a generar problemas de índole jurídico social, puesto que dicha medida resulta ser en nuestros tiempos innecesaria, ya que lo que se busca con el derecho penal es su mínima intervención con efectos que permitan evitar desarrollar comportamientos que vulneren bienes jurídicos protegidos, esto se sustenta en la aplicación del principio de mínima intervención del derecho penal cuando se observe la gravedad de la lesión de algún bien jurídico.

Uno de los grandes problemas que enfrenta la sociedad peruana y que incumbe directamente a la administración de justicia, es la penalización del delito de omisión a la asistencia familiar; contexto que se presenta a diario, no solo a nivel nacional, sino también en el Distrito Fiscal de Cajamarca, toda vez que luego de ser sentenciado por el delito antes mencionado, la pena privativa de libertad se convierte en una medida exagerada, por cuanto al obligado se vulneran sus derechos constitucionales y la vulneración al principio de mínima intervención del derecho penal. Esta situación, genera malestar en los beneficiarios que acuden a los órganos jurisdiccionales con el propósito que haya una justicia efectiva.

El marco normativo vigente recogido en el Código Penal sanciona los delitos menos graves con penas privativas de libertad, que concluyen con una pena suspendida en su ejecución, como es el caso del delito de omisión a la asistencia familiar. Ahora bien; se sabe que las penas tienen una función resocializadora, cuya realización está condicionada por la realidad penitenciaria y el recurrente usa el derecho penal como un medio simbólico del control social; sin embargo, a pesar de ello, la imposición de las penas debe estar

orientada a disminuir la comisión de delitos (prevención general positiva), encaminadas a que los agentes observen las normas (prevención especial), y al resarcimiento de la parte agraviada. Es por ello, que se considera a este tipo de pena como elemental para la prevención y resocialización del condenado en este tipo de delito.

Sin embargo, la aplicación de la pena privativa de libertad se viene realizando pero no se observa socialmente que se haya contrarrestado el problema de la omisión a la asistencia familiar, sino que se ha generado un problema social como es el hacinamiento de los internos en centros penitenciarios lo que genera un grave problema para el Estado puesto que genera un impacto negativo en la población carcelaria, por lo que debería optarse por otro tipo de medidas sancionadoras correctivas, tomando en cuenta que estamos frente a un delito cuya criminalidad no es grave para imponerse tan gran sanción.

### **1.1. Planteamiento del problema**

La problemática de la omisión de asistencia familiar va más allá de la sanción con cárcel para el cumplimiento de estas obligaciones principalmente económicas, no se piensa que si el obligado ya muestra dificultades para dar el aporte que tiene como obligación, si es sancionado con cárcel este cumplimiento es totalmente seguro que no se dé, tal como menciona Ruíz (2014), sería importante establecer otros mecanismos y políticas criminales que no se orienten necesariamente a utilizar el sistema penal para poder punibilizar este tipo de conductas, cuando en otros países se utilizan otros mecanismos de control social menos punitivos y haciendo énfasis por ejemplo en los acuerdos conciliatorios, o efectivizar los registros de morosos por deuda alimentaria.

Olivari (2016) manifiesta que el supuesto de padres que ya estaban desocupados al momento de reclamarles los alimentos y que no poseían otros ingresos o rentas, al momento de asignar las cuotas, si este no las puede cumplir no merecería la cárcel, en contra de la

falta de ingresos, el desempleo probado y la pobreza del padre o madre, no existe coerción ni sanciones que valgan para lograr el pago de la cuota.

Otro punto a favor de la despenalización de la omisión por alimentos es que es necesario actualizar todo el conjunto normativo referida a la tutela del derecho de los alimentos, ya que este carácter extrapatrimonial de los alimentos si bien se debe considerar como un aspecto esencial en el derecho civil, no obstante, también es fundamental no criminalizar este tipo de conductas cuando por ejemplo, es factible hacerlo cumplir mediante otros sistemas de control normativo, así lo menciona Gonzáles (2015).

El presente estudio buscó conocer la viabilidad de otras alternativas que permitan hacer cumplir las obligaciones como la Defensoría del Pueblo evalúa una iniciativa para que los deudores cumplan una pena de trabajos comunitarios remunerados, que les permita pagar las mensualidades, otra alternativa que puede ayudar a mitigar este fenómeno es que el juez puede disponer, el embargo, de los bienes ya sean propiedades muebles o inmuebles, inclusive de sus propias remuneraciones.

El problema detectado, es que una sentencia penal por el delito de omisión a la asistencia familiar no garantiza la solución o el conflicto entre la víctima y el obligado, que evite el congestionamiento de la carga procesal, no obstante ser un delito de vagatela, pero de mayor incidencia, donde la víctima no tenga que esperar años para la solución de su pretensión; pues el Estado debe garantizar la tutela rápida a las víctimas en este delito; sin embargo, para hacer efectivo una sentencia del cobro de las pensiones alimenticias se debe pasar por un proceso largo, es decir por un proceso civil, un proceso penal y la ejecución de la sentencia.

Además, la ejecución de la pena efectiva no soluciona el conflicto generado en la familia, más al contrario la agrava no solo al padre o a la madre irresponsable, sino también al resto de sus familiares que sufren el efecto del encarcelamiento (encierro) al ver que el

obligado pierde el trabajo, los ingresos económicos, les genera antecedentes para su reinserción, observándose que el Estado no está siendo capaz de resolver el conflicto generado en el delito de Omisión de Asistencia Familiar, sino que viene agravando, por ello, es necesario el estudio para conocer o buscar la viabilidad de la despenalización del delito de Omisión de Asistencia Familiar, para que el Estado de una respuesta rápida y eficaz en el pago de las pensiones alimenticias, bajo otras alternativas que permitan cumplir la obligación alimentaria, como que el mismo juez civil o de paz letrado que declara fundada una demanda de prestación de alimentos que señala una pensión alimenticia mensual a favor de la víctima, sea el mismo que ejecute su sentencia, mediante el mecanismo de la retención del obligado en caso de incumplimiento en un centro penitenciario hasta su cancelación del monto liquidado y/o acumulado, sin que ello, le genere antecedentes penales, pues una vez cumplida el pago en cualquier momento debe ser liberado de su retención, la cual permita una mejor tutela de la víctima, y que contribuya a proteger a la familia.

De esta manera, la investigación realizó un análisis teórico o dogmático sobre las principales corrientes filosóficas y epistemológicas de la despenalización del delito de omisión a la asistencia familiar, ya que esto implica no sólo generar un efecto de reducir el hacinamiento en las cárceles del Perú, sino también poder entablar nuevas propuestas para regular de forma adecuada el enfoque de no criminalizar conductas que bien pueden ser reguladas por otros mecanismos de control social, y generando más bien una mayor efectividad en el aspecto sustantivo de incidir en los efectos económicos de conseguir que se abone el pago de la pensión por alimentos.

La investigación abordó de carácter dogmático de este problema de la despenalización del delito de omisión a la asistencia familiar, considerando como aspecto fundamental el haber evaluado otras alternativas para el cumplimiento de la obligación alimentaria.

### **1.1.1. Formulación del problema**

¿Cuáles son las razones jurídicas que favorecen la despenalización del delito de la omisión de asistencia familiar en el ordenamiento jurídico penal peruano?

### **1.1.2. Objetivos de la investigación**

#### **1.1.2.1. Objetivo general**

Determinar las razones jurídicas que favorecen la despenalización del delito de la omisión de asistencia familiar en el ordenamiento jurídico penal peruano.

#### **1.1.2.2. Objetivos específicos**

1. Determinar qué factores normativos posibilitan la despenalización del delito de la omisión de asistencia familiar.
2. Establecer qué factores sociales posibilitan la despenalización del delito de la omisión de asistencia familiar.
3. Determinar qué factores económicos posibilitan la despenalización del delito de la omisión de asistencia familiar.

### **1.1.3. Justificación de la investigación**

El presente trabajo de investigación tiene importancia para la sociedad, ya que se buscó mejorar el porcentaje de cumplimiento por parte de los omisos, también es importante para el Ministerio Público y Poder Judicial para poder aliviar la carga procesal en nuestro país, que tiene más de la mitad de la carga nacional vinculada a omisión familiar.

Los beneficiados directos son los alimentistas, ya que como se explicó anteriormente si un padre que estando en libertad no daba dicha pensión, estando en la cárcel definitivamente

se pierde; esta investigación también buscará otras alternativas como incautación de bienes, trabajo comunitario en caso de que el progenitor no tenga trabajo y pueda así pagar su deuda, y también la retención de pagos, etc.

Asimismo, su importancia se debe al análisis dogmático realizado para descriminalizar el delito de omisión a la asistencia familiar, proponiendo otras alternativas para la regulación del mismo, en vista del principio de intervención mínima del derecho penal.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEORICO

#### 2.1. Antecedentes de la investigación

Como antecedentes de la investigación se referencian a la tesis de Sánchez, et all, (2014) titulada “*Omisión de asistencia familiar como vulneración del derecho alimentario de los hijos*”, sustentada en la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana, en la ciudad de Iquitos. En esta tesis se tuvo como propósito básico tratar de aclarar, ciertos conceptos y dogmas en relación a la omisión de asistencia familiar, y como ella vulnera el orden socioeconómico de la unidad familiar, el bien jurídico protegido es el alimentista, la esposa, el esposo, la concubina, los hijos matrimoniales, hijos extramatrimoniales y los hermanos, siendo la pretensión que el bien jurídico proteja a los antes mencionados en el delito de omisión de asistencia familiar. Asimismo, fijó como otro objetivo: conocer los alcances del bien jurídico en el delito de omisión a la asistencia familiar, teniendo en cuenta que tanto en la doctrina y la jurisprudencia existen más de dos posiciones la agravante (doloso) y la atenuante (carecer de recursos económicos) con el propósito de evaluar si el delito de la asistencia vulnera el derecho y la unidad familiar, analizar los otros supuestos, bienes jurídicos protegidos por la doctrina, jurisprudencia y la casuística y analizar expedientes en relación a estos temas penales en la Corte Superior de Justicia de Loreto.

Como objetivo planteó: cuáles son los criterios para el establecimiento del delito de omisión a la asistencia familiar, empleó el método científico, de tipo de investigación básico, empleó como instrumento de investigación el cuestionario. Respecto de la presente tesis, a nivel comparativo, puede mencionarse que la misma ha establecido la forma en que se punibiliza el delito de omisión a la asistencia familiar, considerando que este delito si bien es muy recurrente en nuestro país, no se ha visto reducido de forma significativa en los últimos

años, sino más bien, sucede que este delito se mantiene como uno de los tipos delictuales en los que incurre la delincuencia, y que por ello no sólo se debe plantear una reforma estrictamente anclada en el tipo penal, sino también desde una perspectiva de la política criminal del Estado. Esta investigación hizo hincapié en que el criterio de que, a mayor punibilidad del delito de omisión de asistencia familiar, esto generará que sólo exista mayor hacinamiento en los penales, sin que efectivamente se logre una solución correcta y pertinente, que respete el derecho fundamental de los penados por este tipo de delitos.

La tesis desarrollada por Fiestas (2016) titulada:

*“La aplicación del principio de oportunidad en la solución del conflicto, respecto a los delitos de omisión de asistencia familiar de padres a hijos, en la primera y segunda fiscalías provinciales penales del distrito de Trujillo”*

Sustentada en la Universidad Nacional de Trujillo, en la ciudad de Trujillo. En esta investigación se analizó la eventual aplicación del principio de oportunidad a fin de poder utilizarlo en los delitos de omisión a la asistencia familiar, considerando que es importante estudiar de qué manera el sistema procesal penal actual ha fijado la posibilidad de recurrir a este principio de oportunidad a fin que exista una alternativa para la aplicación e incoación de este tipo de delitos. En tal sentido, la investigación aplicó como instrumento de investigación la ficha de observación, la misma que fue validada por expertos en la materia, siendo que establecieron que dicho instrumento cumplió con la confiabilidad y validez. Como resultado de la aplicación del instrumento se sostuvo que en las fiscalías provinciales penales objeto de la muestra no existe una mayor aplicación del principio de oportunidad, por desconocimiento o falta de impulso procesal, entre otros factores.

Como objetivo planteó que: determinar los fundamentos jurídicos sobre la omisión a la asistencia familiar y la despenalización, utilizó como método de investigación el método inductivo-deductivo, de tipo de investigación básico, de nivel de investigación descriptivo;

en cuanto al aspecto comparativo, se puede mencionar que: ante esta situación, a nivel procesal el delito de omisión a la asistencia familiar podría incoarse por razones de celeridad procesal en el principio de oportunidad como vía procesal para que no existan mayores dilaciones innecesarias al proceso que menoscaben a fin de cuentas el carácter sustantivo del derecho alimentario, y en especial, del acreedor alimentario, que viene a ser el menor, según también lo ha previsto la legislación internacional. De tal manera que ¿la citada investigación sirve para contextualizar de mejor manera los graves errores que existen al momento de reprimir los casos de omisión a la asistencia familiar, ya que afecta seriamente las garantías y los derechos de los imputados.

La tesis de Pineda (2016) titulada: “*Omisión de asistencia familiar e incumplimiento del derecho alimentario Tercer Juzgado Penal del Callao 2016*”, sustentada en la Universidad César Vallejo, en la ciudad de Lima. La investigación desarrolló un análisis normativo sobre la naturaleza jurídica de la omisión a la asistencia familiar, primero desde una perspectiva civil, y segundo, desde la calidad de delito. De esta manera ha establecido que el nivel de incidencia en este tipo de delitos afecta fundamentalmente a los menores que no pueden acceder a los alimentos producto de la irresponsabilidad de algunos padres que no cumplen efectivamente con su deber obligatorio de dar alimentos. Proponiendo al final, no sólo punibilidad este delito con penas más altas, sino también con enfatizar en el criterio restrictivo del registro de morosos, a fin que exista un registro detallado de quienes incurran en este tipo de acciones. Por ello, la perspectiva es estudiar este aspecto de la omisión desde una visión integral.

Establece como objetivo de investigación, determinar los factores que ocasionan el incumplimiento de la obligación alimentaria, utilizando como método de investigación el método de análisis-síntesis, de tipo de investigación jurídica social, de nivel de

investigación correlacional, utilizando como instrumento de investigación la ficha de observación; en cuanto al aspecto comparativo puede referirse que: la omisión a la asistencia familiar es un problema que no sólo ocurre en nuestra legislación, sino que viene a constituir un problema que se suscita en diferentes países del mundo, y que cada Estado ha adoptado un criterio de solución jurídica para tratar de disminuir o erradicar este tipo de conductas, siendo la vía penal la que se ha enmarcado como un criterio más rígido como una manifestación más grave del control social que puede disponer el Estado, por ello en diferentes legislaciones se advierte una tipificación expresa del referido delito, siendo el quantum de la penal una cuestión variable de legislación en legislación. Asimismo, debe colegirse que aquí lo relevante se ha mostrado como el hecho de tipificar adecuadamente el delito de omisión a la asistencia familiar, constituyendo una manifestación del Estado por tutelar el derecho alimentario de los menores de edad principalmente.

A nivel internacional se referencian las siguientes investigaciones:

La tesis de Rojas, et all, (2016) titulada: “*La duración y aspectos relevantes de los procesos de pensiones alimentarias en el II circuito judicial de San José*”; sustentada en la Universidad Estatal a distancia de Costa Rica, en San José de Costa Rica. En esta investigación se planteó como objetivo general: Determinar la duración del procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico y la estructura de implementación, para las demandas de pensiones alimentarias y la influencia en éstos de sesgos androcéntricos, en el Juzgado de Pensiones Alimentarias del II Circuito Judicial durante el año 2002. El tipo de estudio emprendido fue de carácter cuantitativo. Mediante un análisis inductivo, siendo la población y muestra utilizadas las demandas de alimentos. Una de las conclusiones fundamentales del estudio, propende que, en primer lugar, el análisis de género del fenómeno jurídico, dentro de su componente normativo, permite evidenciar, el tratamiento que le dio la legislación internacional y nacional al derecho alimentario de las personas, su

concepción respecto a quienes asumen papeles de acreedores y beneficiarias de ese derecho, dentro del contexto social.

Plantea como objetivo de investigación: establecer el fundamento jurídico para el cumplimiento de la obligación alimentaria, utilizando como método de investigación el método científico, de tipo de investigación básico, de nivel de investigación explicativo, utilizando como instrumento de investigación el cuestionario; en cuanto al aspecto comparativo puede referirse que: la cuestión alimentaria es un aspecto muy relevante dentro del Derecho Civil, y propiamente del Derecho de Familia, pero también se halla fundamentado en los postulados constitucionales que el Estado ha fijado, por lo que puede esbozarse que el fundamento jurídico para que se cumplan las obligaciones de naturaleza alimentaria, se basan antes que todo en el principio del interés superior del niño, como un aspecto tangencial que muchas veces se inobserva en las sentencias que los jueces emiten en el derecho alimentario, ya que se centran más en abordar el carácter patrimonial de la capacidad económica del deudor alimentario antes que realizar una evaluación precisa del contexto situacional del menor.

La tesis de Leal (2015) titulada: “*Cumplimiento e incumplimiento de la obligación de alimentos. Expectativas de reforma*”, sustentada en la Universidad de Chile, en la ciudad de Santiago de Chile. En esta investigación se pretendió establecer de qué manera se cumple con la obligación alimentaria de prestar alimentos, señalando que existe un mayor cumplimiento de la obligación alimentaria en el caso de los niveles socioeconómicos más altos, y que no existe un mayor cumplimiento de la obligación alimentaria en el caso de los estratos de clase media y baja, esto considerando el reporte estadístico brindado por el Instituto de Investigación Estadística en el año 2014, demostrando con este dato que es importante evaluar si la omisión alimentaria debe mantenerse como un tipo penal, ya que pueden existir

posibilidades normativas que consideren establecer a la omisión a la asistencia familiar como un elemento extrapenal y sino más bien sólo civil.

Establece como objetivo de investigación: determinar los criterios para el cumplimiento de la obligación de alimentos, de tipo de investigación jurídica social, de nivel de investigación explicativo, empleando el método de investigación científico, utilizando como instrumento de investigación la ficha de observación; en cuanto al aspecto comparativo se refiere que: la naturaleza del derecho de alimentos se funda en la regulación expresa de los alimentos en el Código Civil chileno, que premune a los jueces para calificar en las demandas de alimentos aquellos que efectivamente puede ser contenido en este concepto, véase que los alimentos no sólo obedecen a un presupuesto fáctico de que “el niño debe comer”, sino también existen otros aspectos propios de los alimentos, como la salud, la recreación, el vestidos, entre otros considerandos. De ahí que se menciona que exigir alimentos por parte de la demandante no sólo implica solicitar su prestación exclusivamente alimentaria, sino también la prestación de los otros conceptos derivados del mismo. Esto se colige de la tutela principal que se deriva del interés superior del niño como una cuestión esencial y fundamental para proteger sus derechos, de esta forma, esto posibilita que los alimentos sean debidamente cobrados en favor de los menores, así lograr que exista una adecuada tutela de sus derechos.

## **2.2. Bases teóricas**

### **2.2.1. La familia en su sentido jurídico y su protección constitucional**

Establecer una definición o acercamiento conceptual a lo que representa la familia desde el derecho resulta tarea importante, ya que la misma ayuda a entender de mejor modo el contexto de las prestaciones que se establecen en relaciona al vínculo familiar, las mismas que encuentran una regulación bastante extendida en nuestro ordenamiento, desde la

Constitución Política vigente, el código civil, el código penal y de forma más reciente en el tiempo, el código de los niños y adolescentes. Es por ello, que en este acápite nos dedicaremos a establecer algunas breves percepciones sobre el contenido y objeto de la familia desde una perspectiva jurídica.

En su evolución conceptual, la familia se ha consolidado como una de las instituciones jurídicas fundamentales de la sociedad; y quizás por ello, la preocupación por moldear una percepción jurídica de su contenido ha sido fundamental en la historia; empero, esta tarea también ha enfrentado los cambios que la institución misma ha sufrido con el paso del tiempo, teniendo sin embargo, siempre presente el fundamento base que funda a la institución, de modo que ha resultado un tanto más sencillo a la actualidad poder esbozar algún acercamiento más certero hacia las finalidades de la familia en nuestra era actual.

Una aproximación al concepto de familia se puede revisar en lo vertido por Flores (2002), quién explica que la familia es el grupo de personas que se encuentran unidas por una razón de parentesco o afinidad, como puede ser el matrimonio o la filiación, y que, en virtud de estas, se reconocen entre aquellos deberes sancionados por la norma, siendo uno de ellos el caso concreto de nuestro estudio, el deber de proveer alimentos. En ese sentido señala el citado autor que el círculo familiar puede pues, resultar extenso bajo el sustento de la condición que vincule a las personas, las cuales pueden ser de carácter

legítimo, ilegítimo, naturales o ficticios, como el caso de la adopción.

Desde la perspectiva del derecho de familia, el profesor Plácido (2006), señala, quizás con razón, “que establecer un concepto unitario de familia es una tarea infructuosa hasta cierto sentido, y por lo mismo, establece las siguientes concepciones que se puede tener del término” (p. 9).

El derecho de familia es entonces parte del Derecho Civil extrapatrimonial porque regula conductas interpersonales propias del sujeto en un ámbito familiar, esto hace que su

estudio implique como un aspecto temático el estudio de los alimentos, propiamente de la obligación alimentaria que tiene el progenitor sobre el alimentista.

En primer lugar, señala la existencia de la familia en sentido amplio, o también denominada familia en el sentido extendido, o denominada también, en su acepción más amplia familia en parentesco, representa al conjunto de individuos que tienen como en común un vínculo de carácter jurídico-familiar. Su conformación se caracteriza por la que la existencia de dichos vínculos es de naturaleza emergente o derivada de la relación intersexual, así como de la procreación y del mismo parentesco.

Así, indica Plácido (2006) que esta acepción del conjunto familiar:

“es el que mayor relevancia tiene en el mundo jurídico; de modo que las relaciones que configuran su condición se encuentran reguladas por el derecho civil y en particular, por el derecho de familia” (p. 85).

Siendo extensiva también, su mención en el denominado derecho alimentario; así como también con fines hereditarios, de modo que no resulta exigible, como expresa también Plácido (2006) que haya exigencia del requisito de la vida en común.

En segundo lugar, lo ocupa la acepción de la familia en su sentido más restringido o también denominado en la doctrina del derecho de familia como familia nuclear. Esta acepción de la familia comprende dentro de esta, solo a aquellos individuos vinculados por intermedio de una relación de carácter intersexual o producto de la procreación.

En ese sentido, la familia se conforma por la presencia del padre, la madre y los hijos, sobre todo, aquellos que se encuentren aun en patria potestad. La expresión que dota a esta acepción de la familia, se concibe en su importancia social ante todo, relegando a la dimensión jurídica en un segundo plano, esto, explica Plácido (2006); se da pues se concibe a la familia como el núcleo o estructura básica de la sociedad, y por lo mismo, merece que

le sea prestada toda la atención y estudio posible sobre todo desde la dimensión constitucional, donde se le impetra al estado su protección y regulación.

Por último, indica el autor que se encuentra la acepción de la familia en su sentido intermedio, o en algunos casos denominado híbrido o también; como es denominado por Plácido (2006), familia compuesta. Esta acepción del concepto de la familia, refleja su importancia como aquel grupo de carácter social, el cual se encuentra conformado por aquellos individuos que cohabitan bajo un techo y en autoridad de un jefe de familiar. Del mismo modo, la acepción expuesta por Plácido (2006), según refiere el mismo autor, solo refleja y comporta una importancia y relevancia social, más no tano así jurídica.

Para Díaz (2000), la institución familiar representa una de carácter

“social, permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación” (p. 194).

La protección constitucional de la familia, teniendo en cuenta la percepción definida de ella, como hemos hecho en el acápite anterior, es una de los temas que nuestro estudio propone en agenda, puesto que, analizar la relevancia de las relaciones, respecto de obligaciones y deberes que se fundan en ella, es también una tarea que se ha propuesto como tarea de protección a nivel constitucional como actividad del Estado.

En tal sentido, debe manifestarse que la protección y tutela constitucional del Estado en favor de la familia es una tendencia sostenida en los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional, no siendo una cuestión menor el hecho de que la tutela constitucional se haya ampliado hasta reconocer a las familias ensambladas.

El desarrollo histórico y constitucional de la protección de la institución familiar tiene sus primeros antecedentes, al menos en el denominado derecho continental a mediados del siglo XX, en Alemania; cuya base normativa estuvo categorizada y representada por el famoso texto constitucional de Weimar, suscrito hacia 1919. En esta carta fundamental, que

es reconocida por muchos como el primer intento nato en el reconocimiento del rol protector del Estado con la familia, se establecieron que las relaciones fundamentales familiares eran objeto de protección estatal por estos considerados como aspectos inherentes al desarrollo humano, en primer término, y social de forma más mediata.

Empero, de su análisis, se puede también destacar, la visión programática que el texto e impregnaba a la institución de la familia, en cuyo sustento, la misma se pretendía identificar como producto entero del matrimonio, como acto fundacional diremos. Así pues, la constitución de Weimar, reconocía y protegía básicamente un modelo familiar, diríase tradicionalmente nuclear, que como quedo expresado en Plácido (2006) se entiende una estructura

restringida del grupo familiar, esto es, padre, madre e hijos.

De este modo, expresa, Rodríguez (2014) la tendencia interpretativa de este modelo familiar, fue ciertamente extendida en el globo, incluso luego de terminada la segunda guerra mundial, recayendo inevitablemente en nuestro continente como acaso ocurre en países como Colombia, Chile, Costa Rica, Paraguay y Venezuela.

Ahora bien, en lo sujeto y normado por nuestra Carta Magna, teniendo ya en cuenta el antecedente y base de la configuración actual de muchas de las regulaciones constitucionales de la familia, esto es la citada constitución de Weimar; La protección jurídica de la familia y su constitucionalización en nuestra constitución, parecen fundarse en la concepción de que estos pertenecen al denominado grupo de derechos sociales.

Su regulación entonces se halla a partir de lo establecido en el artículo 4°, por medio del cual se conmina al estado y al conjunto social a la protección del niño y la familia, así como expresa una manifiesta promoción a su conformación por medio del matrimonio; siendo reconocidos como “institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (Arroyo, 2009, p. 46).

La interpretación que de la familia se puede tener en lo escrito en la carta magna, configura a la familia más que un mero conjunto de personas vinculadas. En efecto, como indica Plácido (2006), la configuración actual de nuestro modelo constitucional, respecto de la interpretación y protección jurídica de la familia, hace más que aludir a una simple unidad programada socialmente para la convivencia social, sino que aún mas allá, expande su concepción, aun sobresaliendo de conceptos como el amor el cariño, la ayuda mutua y la solidaridad mutuas, entendiendo que estas relaciones, más o menos estables, son en su carácter práctico mucho más complejas, aunque reconoce a las primeras como bases fundamentales para la formación de la institución familiar.

Al respecto también indica el profesor Varsi (2013), señalando que aquellos intentos normativos por extender “la interpretación constitucional de la regulación de la familia, hacia aquellos vínculos que no se encuentran enlazados hacia la generación” (p. 173) y configuración de las obligaciones que en virtud de la relación familiar se fijen, que de modo fundamental radican en los padres, deben de ser tomados como cuestiones de inconstitucionalidad al precepto fundamental que contiene el ya revisado artículo 4° de la Carta Magna, sin perjuicio; como explica Plácido (2006) “de las extensiones analógicas que siempre habrán de mantener esta relación esencial al menos con lo que son las obligaciones subsiguientes a la generación” (p. 97).

En esa perspectiva, la familia, y específicamente la obligación alimentaria guarda una protección constitucional, que ha sido regulada expresamente en la Carta Magna, lo que implica que su regulación y aplicación no es un tema meramente legal, sino tiene una protección de la más alta esfera jurídica inmersa en el sistema jurídico peruano.

### **2.2.2. Concepción del derecho a la asistencia alimentaria**

El derecho a la asistencia familiar, como contenido de la protección jurídica que la constitución le otorga a la familia, se convierte pues en un derecho fundamental también

protegido por la carta magna, bajo esa perspectiva, el derecho alimentario, y en particular los alimentos, son concebidos como una de las formas de asistencia familiar más importantes y básicas y en cuya configuración, se hallan los factores básicos que comprenden las relaciones intrafamiliares y que dependen en buena forma también, de las condiciones personales y temporales que con el paso del tiempo, dieron forma a la institución familiar y que la doctrina en su conjunto ha tratado de analizar.

Así pues, explica Varsi (2013), para poder definir lo que corresponde al derecho de alimentos, es necesario “prever la existencia de una serie de posturas dentro de la doctrina” (p. 84), por las cuales se señalan la naturaleza e implicancia que derivan de la obligación alimentaria. En ese sentido, explica preliminarmente, el citado autor, que respecto a su naturaleza se ha discutido por un lado que la obligación alimentaria que es el eje del derecho de alimentos corresponde pues una obligación de carácter pecuniario de carácter ordinario y equiparable a otras que se ejercen en el comercio, por ejemplo, de modo que su penalización mediante una pena privativa de libertad, como más adelante trataremos, no es necesaria.

Bajo esas prerrogativas el, derecho de alimentos, es como veníamos indicando visto desde diferentes perspectivas. En ese sentido, señala, por ejemplo Oré (2015), que esta es definido como “aquel al conjunto de normas por las cuales se brinda reconocimiento a aquellas personas, en cuyo estado de necesidad y hasta precariedad” (p. 150), se encuentran facultadas en virtud de una relación o parentesco familiar, de incoar o solicitar a sus familiares más cercanos, un concepto prestacional y asistencial, de modo que este pueda servir como aquella ayuda necesaria y primordial que alivie su sustento, habitación, asistencia médica, vestido y en general aquello que sea imprescindible para vivir.

Un fundamento similar lo encontramos en lo señalado por Varsi (2013) para quien el derecho de alimentos “resulta una conexión intrínseca al ser humano siendo que en

consecuencia se configura como un derecho de carácter imprescriptible” (p. 71); lo que implica, que quién conjure o solicite su acceso, no ha de perderlos aun el tiempo haya podido transcurrir sin haber podido reclamar. En ese sentido, reflexiona el citado autor que este carácter imprescriptible el cual caracteriza al derecho alimentario, y a su incoación se encuentra fundado en naciente y en constante renovación, que se derivan de la propia naturaleza del ser humano, esto es, lo que significa su desarrollo y el posterior incremento de sus necesidades.

En similar opinión, explica el profesor Varsi (2013) la obligación alimentaria, “se funda permanentemente sobre la base de una relación jurídica familiar” (p. 90), cuya dimensión pecuniaria; varía con el tiempo conforme lo hacen las necesidades del alimentista.

Para Campana (2012), el derecho alimentario “se funda sobre aquella regulación de las relaciones jurídicas que se crean en base a vínculos consanguíneos o jurídicos” (p. 71), que por su importancia en ellas representan un deber asistencial, por los deudores alimentarios, que por su condición pueden garantizar, natural e inexcusable, la mantención mínima, ya sean de carácter material o sustancial, así como el sustento y formación de los miembros de la unidad familiar.

La cuestión referida al derecho de alimentos guarda una estrecha relación con el sustento propio del alimentista que a nivel dogmático se plantea, de ahí que si bien esta conducta últimamente ha sido reconocida a nivel normativo en el sistema jurídico penal, esto no debe entenderse como una suerte de imperativo penal que siempre existió a nivel delictual, lo que podría significar que ahora a partir de su replanteamiento y nuevo enfoque podría hacer valer para descriminalizar dicha conducta.

Por su parte, la postura expuesta por el profesor Reyes (2010) quién indica que “el derecho de alimentos y por lo mismo, la obligación que lo contiene tienen una naturaleza asistencial” (p. 71) con carácter obligacional que al ser entendida como un derecho

fundamental no puede ser trasladada en su tratamiento no equiparada a obligaciones comunes, ni por ello, ser objeto de algún tipo de gravámenes o cesiones.

En tal sentido, el carácter esencial del derecho de alimentos se explica por la necesidad apremiante que tienen los menores para poder garantizar principalmente su alimentación, y en segundo lugar, tutelar su desarrollo educativo, recreativo, su tutela a la salud, entre otros aspectos vinculados y derivados del término alimentos, propio del Código Civil.

Para Varsi, (2013) el derecho alimentario representa un derecho humano que tiene el carácter de ser reconocido legislativamente en gran parte de los ordenamientos del mundo como un derecho natural, el mismo que encuentra su origen en aquellas necesidades que son inherentes a la naturaleza humana, por ello, es que, según explica el citado autor, son denominados derechos de primera categoría, ya que implican una repercusión fundamental, de modo que su omisión implica, además de otras cosas, la disminución en su formación.

### **2.2.2.1. La obligación alimentaria**

En el análisis que se emprende al intentar definir lo que debe de entenderse por alimentos, se partirá de dos escenarios, dentro de los cuales, se podrán hallar el contenido de lo que por alimentos de acuerdo al derecho hemos de entender.

Así pues, primero se partirá de una definición doctrinaria de lo que por alimentos hemos de comprender. En ese sentido, por ejemplo, para Varsi (2013), quien cita de forma textual al diccionario de la Real Academia de la Lengua, indica que se entiende por alimentos a cualquier “sustancia que puede ser asimilada por el organismo y usada para mantener sus funciones vitales, caso especial de los seres humanos” (p. 3).

Empero, como es que entiende el citado autor, esta definición, diríase literal, no es extensiva, ya que los alimentos, como se tendrá oportunidad de observar en lo indicado por

la legislación correspondiente de nuestro país; comprende también aquellos recaudos por medio de los cuales el ser humano se puede desarrollar con plenitud, así pues, necesita también de otros factores determinantes y fundamentales, como es el caso de la salud, la educación, una vivienda, entre otros de carácter esencial.

Por otra parte, algunas definiciones conceptuales, han señalado que los alimentos “comprenden todo aquello que una persona tiene derecho a percibir de otra por ley, declaración judicial o convenio- para atender a su subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción” (OMEBA, 1986, p. 645).

Los alimentos entonces no sólo deben ser comprendidas en su sentido estricto y nominalmente literal, sino más bien este debe comprenderse desde un enfoque más amplio, por ejemplo, ahí se puede mencionar la educación, salud, vestido, recreación, entre otros, así también lo ha fijado el Código Civil.

Alejada del contenido, pero más cerca de lo que comprende el derecho, Flores (2002) expone que los alimentos representan: “la facultad que concede la ley a determinadas personas, como efecto legal del parentesco consanguíneo, para exigir por el obligado por la norma una prestación monetaria” (p. 61).

Nuestra legislación, de forma particular el (Código civil, 1984, art. 472) define a los alimentos como aquello fundamental para poder proveer los alimentos, vestido, asimismo la recreación, la educación, como también la salud, entre otros.

Una breve revisión de la doctrina permite saber la existencia de un conjunto de tendencias que reflejan o estudian la naturaleza de la prestación alimentaria en el derecho. De este modo, en lo desarrollado por (Reyes, 2010, pp. 776-777), se destaca que en estudio de la naturaleza de los alimentos, se distinguen de forma principal las siguientes corrientes:

- 1) Por un lado, se encuentra aquella doctrina que recoge un tratamiento de los alimentos y del derecho alimentario en consecuencia; respecto de una obligación de carácter legal,

llamada también *ex delicto*, por lo que es factible de ser tratado al interior de los tratados de Montevideo, donde es posible que se les coloque, a la par de las obligaciones de carácter contractual.

- 2) En segundo lugar, hacemos mención de aquella doctrina que define a las obligaciones alimentarias, como una suerte de efecto o parte resultante de las relaciones jurídicas que se emprenden y desprenden del derecho de familia, por lo que no se trata de una prestación autónoma y por lo mismo, respecto del estudio del derecho de familia, es menester también restarle autonomía y sumarle la dependencia al estudio del derecho de familia.
- 3) Por otro lado, se encuentra la postura señalada por Ferreyra, así como Operti, citados por Reyes (2010, pp. 776-777); quienes indican de que se trata de un derecho humano; y por lo mismo autónomo, que conserva en esta interpretación un sentido bastante amplio siendo por lo mismo una categoría jurídica específica con un objeto de estudio propio.
- 4) Otra postura indicada por Varsi (2013), es aquella que sostiene de que las prestaciones alimentarias tienen el carácter de una obligación ordinaria de carácter dinerario y cuyo tratamiento debe de ser emparejado con las demás prestaciones similares a su régimen. Ahora bien, en otras investigaciones revisadas, se ha podido evidenciar la existencia de otras posturas que dan el tratamiento respecto de la naturaleza de las prestaciones alimentarias en se sentido, como es que se entiende de lo comentado por Bossert (2004, p. 123) la obligación alimenticia, no tiene un fundamento simplista respecto de las demás prestaciones, ya que la misma se halla fundada en vínculos paterno filiales, que pueden ser naturales o creados por el derecho; así pues, no solo resulta ser una derivación de la patria potestad, de modo que así los padres, se encuentre privados de esta obligación, la misma logra mantenerse en el tiempo, según los requisitos que la

propia norma civil expone. En se sentido, como señala Bossert (2004) “la prestación alimentaria, no está sujeta entonces, a la prueba de la necesidad por parte del reclamante” (p. 86).

Por otro lado, en lo desarrollado por Pérez (2015), se da cuenta de dos corrientes que interpretan a la prestación alimentaria en función de su carácter patrimonial, así pues, se tienen:

- a) En primer lugar, se da cuenta de una tesis de carácter patrimonial, por medio de la cual, las prestaciones alimentarias son pasibles de sufrir una valoración económica, y por lo mismo han de sufrir un detrimento o incremento según las necesidades del alimentista. Esta tesis también, de forma dualista, considera a aquellas prestaciones que tiene un carácter personal, a aquellas cuya apreciación no les permite ser valoradas en términos económicos.
- b) En segundo lugar, la tesis de carácter no patrimonial, fundamenta que las prestaciones alimentarias tienen el carácter de un derecho personal y que por lo mismo tienen una base ético- social.
- c) La tesis híbrida, de la cual es partidaria nuestra legislación civil, que se fundamenta en que, el derecho de Alimentos tiene tanto un contenido de carácter patrimonial, así como en su finalidad, de carácter personal; ya que ambas se encuentran directamente vinculada a un interés de carácter familiar.

Para poder acercarnos al objeto de lo que en el proceso de alimentos se extiende, ha de hacerse referencia, de forma preferente a lo que señala nuestra legislación civil; de cuyos articulados, podemos ir desprendiendo algunos de los objetivos que el proceso de alimentos persigue.

- 1) En ese sentido, por un lado, el proceso por alimentos pretende, con respecto al deudor alimentario, la reducción de estos, conforme se extra de los señalado por el artículo 482° del Código Civil.
- 2) En segundo lugar, el proceso también persigue como objetivo, la variación de la prestación alimenticia, con forme se halla expuesto en el artículo 484° del Código, en se sentido, el deudor alimentario está facultado para solicitar se le permita subvencionar los alimentos de una manera u formas distintas al pago de una pensión monetaria.
- 3) En tercer lugar, el proceso por alimentos también persigue la incoación del denominado prorrateo de la prestación alimenticia, consignada así en el artículo 477° del Código. De este modo, cuando se da el concurso de una pluralidad de obligados en la prestación alimenticia ha de dividirse entre todos ellos el pago efectivo de la pensión en cantidades equitativas o proporcionales.
- 4) Por último, un objeto procesal que determina la norma es la exoneración de la prestación de alimentos, cuya configuración se halla expresa en el artículo 483°. Bajo esta prerrogativa, el obligado en la prestación está facultado para solicitar se le exonere del pago, cuando exista evidencia suficiente de que cumplir su obligación, pone en riesgo manifiesto su subsistencia.

### **A. Sujetos en la obligación alimentaria**

Dentro de la relación alimentaria, es posible distinguir dos sujetos claramente definidos y que han podido ser identificados a lo largo del desarrollo de la parte teórica de nuestra investigación, hasta donde hemos podido desarrollar. Así pues, la legislación y la doctrina identifican a dos sujetos:

#### **- El alimentista:**

Quién es definido por Flores (2002) como “aquél en cuyo favor se decretan los alimentos” (p. 163). Esto no sólo desde una óptica estrictamente normativa, sino que a través de la

regulación jurisprudencial se ha ido definiendo quiénes pueden conformar y ser parte de este derecho, que es una vinculación propia que la legislación penal peruana regula de forma expresa en su normativa civil, pero también ha sido evolucionando según la Corte Suprema ha fijado en su jurisprudencia.

- **El deudor alimentario:**

Quiénes son definidos y determinados, en virtud de nuestra legislación civil como los cónyuges, los descendientes, los ascendientes y los hermanos; los mismos que se encuentran debidamente identificados en virtud de lo que indica el artículo 474° del Código Civil (Varsi, 2013).

**2.2.2.2. Regulación del derecho alimentario en nuestro país**

La regulación de las prestaciones alimentarias en nuestro país, se encuentran definidas, por su estructuración normativa, cuya base parte por la regulación constitucional, hasta extenderse de modo más específico, hacia lo señalado por el Código Civil, Código Procesal Civil y el Código del Niño y el Adolescente.

**2.2.3. El delito de omisión a la asistencia familiar**

Para poder entender de mejor modo, a que se atiene la proposición conceptual de este tipo delictivo, hemos de hacer referencia primero a lo que se entiende por asistencia familiar. En ese menester, prestaremos atención a lo esgrimido por el (Código Civil, 1984, art. 472) indica lo que normativamente debemos de entender por asistencia familiar, siendo esta la “relacionada con el concepto jurídico de los alimentos, entendiéndose como tal, a lo que es indispensable para el sustento, la habitación, vestido asistencia familiar, educación, salud, recreación, según la situación y posibilidades de la familia.”

La doctrina también ha ensayado alguna apreciación al respecto; así pues, para Campana (2012) la asistencia familiar se fundamenta en: “las relaciones jurídicas creados a

partir del matrimonio, adopción, concubinato o simplemente de la paternidad o maternidad, determina la existencia, fidelidad” (p. 54).

La mencionada asistencia familiar se funda entonces básicamente en los lazos de consanguinidad y afinidad, lo que se ha regulado en el Código Civil, aspecto que otorga legitimidad para su petición en las vías procesales correspondientes. No existe un sistema civilista de alcance indeterminado, sino más bien, los presupuestos de asistencia familiar se hallan regulados de forma taxativa, por lo que aquí no se aplica el criterio referido a la indeterminación de conceptos jurídicos, sino todo lo contrario, se funda en un sistema de reglas debidamente reguladas en forma expresa. El carácter alimentario se funda en un sistema civilista de la tradición jurídico romana, de ahí que devenga la posibilidad de peticionarla a nivel normativo.

Entendida la connotación normativa y doctrinaria sobre lo que implica la asistencia familiar, podemos entonces entrar a tallar lo correspondiente al análisis conceptual del delito de omisión a la asistencia familiar. En ese sentido, este ilícito en su configuración como norma penal, intenta, como en otro tipo penales ligados a la protección de bienes jurídicamente valiosos, el bienestar de la familia, entendida esta, atendiendo al criterio del maestro Albaladejo (1994)

como la base necesaria y es el más poderoso elemento de grandeza de las naciones. Es el grupo fundamental y eterno del Estado, las mismas que están unidas visceralmente a la sociedad. (p. 54)

Lo que intenta entenderse desde la protección del derecho penal, respecto a la asistencia alimentaria familiar, es la no vulnerabilidad del elemento que une los vínculos familiares con respecto de este deber. Así también lo entiende el profesor Plácido (2002), para quien, el elemento volitivo, presente en las relaciones alimentarias entre padres e hijos y viceversa es un elemento característico de esta.

Revisados pues ambos preceptos, el delito de Omisión a la Asistencia Familiar tiene su núcleo: “fundamental en la noción de seguridad de los integrantes de la familia, de ahí que el delito que se comete, supone la infracción a los deberes de orden asistencial” (Reyna, 2002, p. 26)

Sin embargo, su ordenamiento, esto es la necesidad de su regulación por el ordenamiento penal sustantivo, no es unánime en la doctrina, pues hay quienes sostienen que su protección no es necesaria en el ámbito penal.

Así, por ejemplo, el profesor Mir (2005), ha señalado en referencia a este tipo de delitos que “no todo bien jurídico requiere tutela penal, sólo a partir de la concurrencia de suficiente importancia material y de necesidad de protección por el derecho penal, puede un determinado interés social, obtener la calificación de bien jurídico penal” (p. 24).

En un orden similar, Reyna (2003) también explica que: “una de las objeciones más comunes a la tipificación del delito de omisión a la asistencia familiar o denominado también abandono familiar, es su consideración como una mera criminología de deudas” (p. 34).

De esta manera, la asistencia familiar en realidad contiene todo un aspecto histórico que viene desde Roma para su tutela jurídica, y que inclusive anteriormente esto ha sido sancionado con penas más graves, llegando hasta la pena de muerte. Esto no es del caso en la presente, sino más bien hay que considerar que también producto de su desarrollo histórico, las legislaciones han ido estableciendo la forma menos limitativa de derechos de los demandados para tutelar adecuadamente el carácter alimentario sin generar una afectación a sus garantías, sino más bien estableciendo mecanismos alternativos de regulación como el caso del registro de deudores morosos y otros.

En el caso de que el fiscal haya agotado sus medios para que el deudor alimentario cumpla con su obligación alimentaria, elaborará el requerimiento de acusación, estableciendo los años de pena privativa de la libertad que va a solicitar para el imputado, conforme los antecedentes penales que tenga, dentro de los criterios de determinación de la pena, en la redacción del proyecto puede apoyar el personal administrativo. Finalmente, cuatro ejemplares deben llevarse al juzgado, de los cuales uno servirá como cargo. Hasta aquí ¿Cuántas personas, cuantos días, cuantos papeles han sido necesarios para llegar a un requerimiento de acusación por OAF? Evidentemente, para este sencillo trámite el Ministerio Público necesita personas (fiscales, asistentes que sean abogados, notificadores) y equipos (escritorios, computadoras, impresoras, vehículos de transporte) para elaborar y presentar los requerimientos de acusación de omisión a la asistencia familiar en el juzgado de investigación preparatoria.

De otro lado, la herramienta “acusación directa”, puede ser aprovechada por los actores de justicia (abogados, jueces, fiscales), en especial, en los procesos de OAF que por su apremio y credibilidad, no precisan mayores actos de investigación. Indudablemente, en plena aplicación del primerísimo artículo de la carta fundamental, que contiene el fundamento de la existencia del Estado, y de sus órganos de justicia, esto es, la protección de la persona humana, en el particular del menor alimentista, razón sin la cual toda construcción jurídica-social carece de justificación.

Los OAF pueden ser mejor gestionados utilizando herramientas legales prácticas, sin rendir culto a la forma, para llegar a la solución más justa en el tiempo prudente, por ejemplo, recibida la carpeta fiscal, el fiscal encargado puede prescindir de las diligencias preliminares y de investigación preparatoria, porque, el juzgado de paz ya remitió todos los elementos de convicción necesarios que acreditan el delito y la responsabilidad del denunciado, que son las copias certificadas de la resolución judicial que establece una

pensión de alimentos (sentencia o acta de conciliación), la resolución judicial que aprueba la liquidación de pensiones, y finalmente, la cédula de notificación de la liquidación al denunciado en su domicilio real, que acredita el conocimiento, y por tanto, la omisión dolosa de pasar alimentos. Estos son todos los elementos de convicción que necesita el fiscal para acreditar que el denunciado dolosamente ha incumplido su obligación alimentaria, incurriendo en el delito contenido en el primer párrafo del artículo ciento cuarenta y nueve del Código Penal.

¿Qué diligencias adicionales necesita realizar el fiscal? ¿La declaración de la madre? ¿La declaración del padre? ¿Son indispensables? Para los alimentistas que se ven obligados a transitar una investigación fiscal, la respuesta es clara: el fiscal desde que recibe la carpeta fiscal de OAF tiene todo para iniciar la etapa intermedia.

¿Es obligatorio citar el Principio de Oportunidad en sede fiscal? De conformidad con el artículo 2, numeral 9, literal a), del Código Procesal no es posible arribar a un principio de oportunidad si el imputado tiene la condición de reincidente o habitual, o literal b), se hubiera acogido al principio en dos ocasiones anteriores, dentro de los cinco años de la última oportunidad, o literal c), se hubiera acogido al principio en los últimos cinco años, o, literal d), se hubiera acogido al principio de oportunidad, y no lo ha cumplido. Supuestos que pueden ser verificados por el fiscal, desde su sistema de gestión fiscal (SGF), sin necesidad de esperar los antecedentes penales, los cuales puede incorporar en la audiencia de control de acusación. Por otro lado, la citación a principio de oportunidad no es un requisito de procedibilidad para la acción penal por el delito de OAF

Como puede verse, no está muy claro, aun hoy en día, la necesidad de la regulación penal del delito a la asistencia familiar, pues, como hemos revisado, parece contener, según se cita, cierto carácter populista en su inclusión como un bien jurídico relevante de protección penal.

Este argumento, puede, en muchos sentidos, tomar fuerza, si es que se presta atención a lo establecido en la Constitución Política de nuestro país, en su artículo 2º, su inciso 22 y literal c), que establece la inaplicabilidad de la privación de la libertad por la adjudicación de una deuda.

¿En la praxis, es efectivo el principio de oportunidad? La omisión alimentaria no se origina en la sede fiscal, sino que, es el juzgado de paz el que impone una pensión de alimentos; sin embargo, pasado un buen periodo de liquidación, nuevamente, le requiere al imputado el pago de alimentos, bajo apercibimiento de ser denunciado, y a pesar de ello, si continúa con su conducta reticente, recién, los actuados judiciales son remitidos a la fiscalía penal ¿Debe el fiscal prolongar la agonía del alimentista citando al principio de oportunidad? ¿Debe establecer el pago de los alimentos en nueve largas cuotas? ¿Qué porcentaje de casos de OAF se han solucionado mediante principio de oportunidad?

Es importante hacer mención que este aspecto de la omisión a la asistencia familiar es un tipo penal que debe ser adecuadamente imputado por el Ministerio Público, y que en los últimos años se ha sumado una herramienta procesal más, cual es el proceso inmediato, por el cual ya se existe de una etapa intermedia, planteando el caso en imputación, y posteriormente establecer la sanción penal correspondiente, siendo este un proceso célere, pero que también ha sido criticado por sus visos de inconstitucionalidad.

Si, excepcionalmente, el fiscal considera abrir investigación puede establecer que en un solo día programen las declaraciones y la audiencia de principio de oportunidad, prescindiendo de notificaciones escritas, utilizando la tecnología para comunicarse con las partes, por ejemplo, utilizando la constatación domiciliaria, mediante sus asistentes o la oficina de víctimas de la fiscalía, recabando los números celulares de las partes para citarlos inmediatamente y verificar la voluntad de un acuerdo. Los números telefónicos inclusive podrían encontrarlos en las declaraciones que están en el SGF. Finalmente, la

reprogramación de las diligencias o principios de oportunidad dilatorios, salvo cancelación del cincuenta por ciento de la deuda alimentaria, sería imprudente.

Conforme el artículo 336.4 del CPP al haberse establecido, de modo suficiente, la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, el fiscal, puede formular directamente acusación, se reconoce en dicho sentido, la facultad del fiscal de obviar el tránsito del plazo de la investigación. En el mismo sentido, el artículo 336.1 del CPP establece que procederá la acusación directa cuando aparezcan indicios reveladores y suficientes de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad.

La acusación directa en los delitos de OAF también debe ser utilizada en vista de la prescripción de la acción penal, pues, los instrumentos supranacionales relativos a los derechos humanos, principalmente la convención de los derechos del niño, protegen a los niños y adolescentes, y a sus derechos. Asimismo, el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes señala que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado —a través de los poderes ejecutivo, legislativo, judicial y del ministerio público— se considerará el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos. Este interés superior debe ser entendido como la plena satisfacción de sus derechos, de modo que al existir una sentencia judicial que formaliza el derecho alimentario de un menor y que no se cumple, mal se haría en aplicar la prescripción, pues indudablemente se vulneraría su derecho irrenunciable a los alimentos.

Empero, otros autores como Bernal del Castillo (1997), sustentan que obedecer a esta lógica, sería desmerecer la importancia de la asistencia familiar y la familia, como un bien jurídico digno de protección por parte del derecho penal, siendo que, además, la familia,

según lo entiende el citado autor, representa el elemento más trascendental del estado, por lo que debe de ser objeto de protección por cuando ordenamiento haya.

Las características comunes que rigen en este tipo penal, son, como se pueden señalar a continuación, por la estructura del delito. Así pues, mencionamos a las siguientes:

- 1) Es un delito, cuyo tipo penal exige la previa celebración de un proceso por alimentos, por cuya virtud, la obligación familiar está fijada mediante la resolución emitida por el correspondiente órgano jurisdiccional.
- 2) Su naturaleza prescriptiva no es conforme o unánime en el criterio jurisdiccional, esto pues, existe quienes lo califican como un delito continuado o en cambio como un delito permanente.
- 3) Aunque el tipo penal principal, resulta de la omisión de una acción, en sus agravantes, la naturaleza cambia con la observación del segundo párrafo del artículo 149°, pues inquiera un actuar malicioso, como el despido voluntario.

En lo señalado por Opertti quien es citado por Pérez & Torres (2015, p. 89) “no podría identificarse una criminalidad con la responsabilidad delictual; en ciertos casos el nacimiento es el producto de un acto delictivo” (p. 52).

### **2.2.3.1. La tipificación de la omisión a la asistencia familiar como delito en el Código**

#### **Penal**

Respecto al análisis que debe de realizarse del tipo penal contenido en la omisión a la asistencia familiar, no deberemos simplemente remitirnos a lo que el código penal en su artículo 149° indica, sino que, nos parece igual de necesario, el hacer caso a lo que la doctrina penal ha referido al respecto.

El Código Penal, regula respecto de este delito, supuestos que es necesario prestar atención preliminarmente:

En primer lugar, se pena la omisión a la prestación alimentaria, establecida mediante resolución judicial. El segundo supuesto es el que alberga la simulación de otra obligación alimentaria, así como la renuncia o el abandono malicioso de la fuente laboral, como supuesto de pena privativa de libertad. En tercer lugar, se encuentra aquellas consecuencias resultantes de la omisión a la asistencia familiar, como las lesiones o la muerte.

Como puede observarse, la regulación penal de la omisión a la asistencia familiar es masa compleja que el simple comportamiento típico de “omitir”, pues de los supuestos revisados, se observa que se prevén comportamientos típicos como la simulación dolosa, y la omisión con consecuencia de lesiones graves o de muerte.

Ahora bien, revisada la disposición normativa respecto del delito base, esto es la omisión a la asistencia familiar, nos toca revisar cual es la concepción doctrinaria que se tiene sobre este tipo penal en particular.

De este modo, para Cuello citado por Arroyo (2009), el tipo penal se configura cuando “el que voluntariamente, sin justificación ni motivo legítimo alguno, dejaré de cumplir, pudiendo hacerlo” (p. 59).

Por otro lado, se vio posiciones doctrinarias, en las que se considera al tipo penal y su configuración como un delito de tipo instantáneo, esto pues, el simple incumplimiento de la orden judicial de pago alimentario, configura desde ya la conducta típica exigida en el ilícito; donde además se computa desde ya el plazo de prescripción penal, desde el requerimiento de la acción penal.

Existen también posiciones que consideran en este delito un ciclo continuado de acciones, esto por el comportamiento omitivo de parte del agente activo, por lo que el plazo para la prescripción debe de computarse desde que termino la actividad delictuosa.

#### **A. Sujetos:**

Los sujetos comprendidos en el tipo penal asignado al artículo son dos, un sujeto activo quien es el realizador del ilícito penal, que en este caso se configura como el obligado alimentario, cuya naturaleza demás está decirlo, es el padre de los alimentistas o el conyugue en su defecto. Sin embargo, de esta tipología, no es necesario que sea el padre biológico, sino más bien, solamente el que haya reconocido al alimentista como hijo suyo.

Empero, el sujeto activo, debe de cumplir con otro de los manifiestos supuestos del tipo penal, de modo que pueda configurarse la comisión del delito; esto es, que se halle en curso de un proceso judicial de alimentos y que en mérito de una resolución judicial donde se haya determinado su obligación, aquel se encuentre omiso de su responsabilidad.

Por otro lado, se encuentra el sujeto pasivo del ilícito penal, quien no es otro quien el alimentista.

### **B. Bien jurídico protegido**

En lo que respecta al estudio del bien jurídico protegido, es de revisión conocida que no existe una fundamentación unánime en la doctrina respecto a que debe considerarse como objeto de protección jurídicamente relevante por el derecho penal. De este modo, existe una tendencia en la doctrina nacional que manifiesta, respecto del bien jurídico, es la institución de la familia. Empero, quienes contradicen esta posición sostienen que la familia no es un objeto jurídicamente protegible por el derecho penal, puesto que no es un sujeto de derecho.

Otro sector de la doctrina, indica que el bien jurídico tutelado en el tipo penal del artículo 149°, son los deberes de orden asistencial, los mismos que pretenden proteger el adecuado desarrollo físico y mental de los familiares dependientes del obligado.

Como se ve pues, al menos en la doctrina nacional, no ha habido un consenso respecto de la configuración del bien jurídico a proteger, cosa que la jurisprudencia sí parece haber logrado. Empero, como veremos, las pociiones adoptadas por los órganos jurisdiccionales,

son un híbrido entre las dos posturas encontradas anteriormente, como veremos a continuación.

La Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios, en la sentencia recaída en el Expediente N° 600-98; indicó que:

el comportamiento en el ilícito instruido consiste en omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida, por una resolución judicial. Es decir, basta con dejar de cumplir la obligación para realizar el tipo, teniendo en consideración que el bien jurídico protegido es la familia y específicamente los deberes del tipo asistencial [...] (Sentencia Nro. 600-98, Fundamento Jurídico 13).

Similar concepción ha sido asumida por la judicatura en el Expediente N° 2043-97, en la que se ha sostenido que “mediante la tipificación del delito a la asistencia familiar, se prevé la protección del adecuado desarrollo físico y mental de los familiares que dependen del obligado, mediante un reforzamiento penal de las obligaciones económicas del jefe de familia” (Exp. N° 2043-97,s.f).

Como se ve pues, la posición jurisprudencial en la vía ordinaria, ha ido asumiendo un rol más bien integrador, al sostener que existen dos dimensiones en la protección del bien jurídico en este tipo penal. Por un lado, existe un bien jurídico de carácter general, que es la familia, y bienes jurídicos de tipo específico, que se configuran con los méritos asistenciales.

Como fin ulterior, en realidad lo que se busca tutelar es el carácter estrictamente alimentario en favor del alimentista, esto puede ser visto y explicado desde un ángulo asistencial en favor del menor, y no debe quedar duda que ello constituye una fuente importante para que exista una debida y adecuada tutela en el derecho alimentario en general, por ello se recurre a la vía penal para brindarle mayor protección a este derecho fundamental a recibir alimentos.

### **C. Consumación y tentativa**

Para el profesor Peña (2008), el delito de omisión a la asistencia familiar resulta ser un delito de peligro, en tanto que su consumación típica, no se halla condicionada o sujeta a que se concrete resultado exterior de alguna forma, de modo que solo basta con que el autor no realice la prestación alimentaria atribuida mediante proceso judicial previo, sin que medio por ello la necesidad de que, ex –post, se acredite la lesión para el bien jurídico protegido, por lo que para el citado autor, se caracteriza por ser un delito de peligro abstracto y no de peligro concreto.

#### **2.2.4. La criminalización, el derecho penal y las relaciones familiares**

El derecho penal y las herramientas tanto sustantivas como adjetivas que posee, son el reflejo del actuar punitivo del Estado, el mismo que empero, debe de sustentarse en las garantías propias de un estado de derecho. Siendo esto así, la intervención del actuar punitivo del estado con relación a los vínculos familiares y la interacción que encuentran sus miembros obtiene variopintas posturas en la doctrina.

En ese sentido, los cuestionamientos a la intervención del Estado, desde el ámbito penal, respecto de las relaciones familiares, se sustentan en buena parte por los principios que ostenta el propio derecho penal. Así pues, al ser de *ultima ratio*, el derecho penal solo debe de intervenir en la solución de conflictos, cuando todos los otros medios de control social no han sido suficientes en su dirigencia. Uno de esos medio de control social, puede significar el proceso civil y su traducción en el proceso de alimentos; siendo esta la lógica, juristas como el profesor Salinas (2008), optan por sostener de que la regulación penal de la asistencia familiar, teniendo como conducta tipificadora a la omisión es un despropósito, ya que “en lugar de resultar beneficioso, puede ser contraproducente, cuando no dañina” (p.

23), en ese sentido, como expresa el mismo autor, “no se contribuye de manera alguna a mejorar la situación económica de la familia ni lograr su unidad” (Salinas, 2008, p. 103).

Por ello, los partidarios de esta postura, tienden a afirmar que debe existir una abstención por parte del aparato punitivo estatal respecto de intervenir las relaciones familiares y su normal desarrollo, empero, no enfatizan algunos, lo que debemos entender por el normal desarrollo de las relaciones familiares, pues, según se entiende en la actualidad, la punci3n es un medio asegurador del cumplimiento de la obligaci3n alimentaria.

Por ello pues, la intervenci3n estatal en su forma punitiva encuentra justificaci3n, quiz3s, por el hecho concreto y redituable de garantizar que se cumplan de modo efectivo las obligaciones familiares, cuando los ciudadanos dolosamente pretenden librarse.

As3 pues, “la criminalizaci3n de tal omisi3n se sustenta en la protecci3n del derecho de subsistencia, cuyo incumplimiento puede hacer peligrar la salud o la integridad f3sica de la persona e incluso sus posibilidades de desarrollo integral” (D3az, 2013, p. 37).

Para 3lvarez (2007), el sustento de la criminalizaci3n de la omisi3n alimentaria, halla su sustento en “la protecci3n del derecho de subsistencia, cuyo incumplimiento puede hacer peligrar la salud o la integridad f3sica de la persona e incluso sus posibilidades de desarrollo integral” (p. 31).

Ahora bien, detr3s del an3lisis que sustenta la criminalidad de la omisi3n a la asistencia familiar, debemos hallar tambi3n una justificaci3n social y pr3ctica para ello. De modo que, como indica Ruiz (2012), la practica judicial, expresada por medio de las demandas de alimentos, son el reflejo de la urgencia en un tratamiento m3s profundo y pensado de las instituciones que protegen las relaciones familiares. En ese sentido, por ejemplo, la incoaci3n de una demanda de alimentos y su posterior penalizaci3n mediante la comisi3n de una serie de delitos, entre los que se pueden contar a los delitos de omisi3n y el de

abandono familiar, resultan pues una consecuencia de un complejo de situaciones y contextos que por lo general no halla solución en la vía doméstica, así pues, la recurrencia a la vía judicial se ha convertido en el camino más usual y hasta por defecto, diremos, del actuar de los padres que solicitan, ya sea el reconocimiento solido de un sustento económico para ellos o sus hijos, entre otras pretensiones similares.

Empero, como sostiene de la misma forma Ruiz (2012), existen también otros problemas de fondo: “como son que gran parte, quienes accionan son las mismas madres, las demandantes provienen de hogares desintegrados” (p. 74).

De este modo pues, la connotación de estas relaciones familiares tempranas, hallan respuestas no tan felices, como una precoz disolución del vínculo familiar, lo que ameritara por su puesto que las partes recurran a la vía judicial en búsqueda que el cónyuge cumpla con el sustento de las pequeñas unidades familiares.

El otro escenario posible es que, si es que ya se ha dado la asistencia familiar por parte de uno de los padres o conyugues en virtud de que la estabilidad laboral del sujeto alimentario es frágil o temporal, los ingresos económicos sean mínimos, lo que conlleva, como explica Ruiz (2012), “no solo a que la cónyuge recurra a solicitar tutela jurisdiccional y se constituya en un caso que incremente los procesos, sino también vaya acompañado de situaciones de violencia familiar” (p. 23).

De este modo pues, observando la realidad social de la que depende en buena cuenta la consideración de la penalización de la conducta omisiva alimentaria, es cierto también de que la legislación vigente, en todo su sentido, aunque se sustente en nobles motivos, no alcanza a cubrir las expectativas que contemplan los justiciables de los proceso de alimentos, los mismos que buscan justicia eficaz y oportuna, siendo que, en buena parte de los casos conocidos el deudor alimentario no llega a cumplir con su obligación alimentaria, y también con la correspondiente pena efectiva privativa de libertad, que se amerita de la

primera obligación, de modo que es necesario actualizar, pero sin embargo por sí sola no asegura la eficacia que se requiere, si no hay un cambio a nivel de los justiciables, profesionales, y la sociedad en su conjunto, en cuanto a la revaloración del matrimonio y la familia, fortalecimiento de los valores y responsabilidad de sus actos como personas, “con la participación del Estado, organismos locales, organizaciones no gubernamentales y otras que tengan representación en nuestra sociedad” (Ruiz, 2012, p. 48).

### **2.2.3.1. Constitucionalidad y la criminalización de la omisión a la asistencia familiar**

Conocidos los puntos de la doctrina, respecto de la criminalización o punición de la conducta omisiva del deudor alimentario, respecto de que ello implica pues una necesaria intervención en las relaciones familiares, toca en este acápite conversar sobre su constitucionalidad. Así pues, de primera intención, nuestra Constitución Política define una postura la cual analizaremos con cierta profundidad.

Constitucionalmente se proclama así el deber alimentario, no describiendo sin embargo mayores mecanismos para su protección, sino que los glosa como un derecho fundamental, cuya necesidad de protección y materialización es un rol fundamental del estado. Empero, se deja a la vista la polémica de la profundidad con la que ha de intervenir este para asegurar su protección, como es que se discutía en el apartado anterior.

Consideramos que, para imprimir nuestras primeras apreciaciones, que la Constitución Política, en tanto documento fundamental, es el sostén de nuestra sociedad y del sistema democrático y de derecho en el que se enfunda nuestro país. Así pues, nuestra norma de mayor jerarquía, insiste en considerar a la familia como la institución básica más importante de la sociedad, pero, como observa Ruiz (2012) “no obstante la importancia que tiene a nivel constitucional, en la realidad no hay concordancia entre el espíritu de la norma y las relaciones familiares” (p. 69).

En ese sentido, la protección del sustento alimentario en la constitución, parte por el análisis de las garantías que la misma carta fundamental designa en la vía procesal. Empero, observar su protección es también analizar aspectos como las garantías a las que se halla sujeta el demandado de un proceso alimentario, y más tarde quizás en su condición de imputado, los derechos que le asisten; para que en virtud de este esquema reflejar la necesidad de la regulación penal de la omisión de la asistencia familiar.

#### **A. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de defensa**

Para corresponder un análisis concreto sobre las garantías y a su vez derechos fundamentales de la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de defensa, de forma correlativa tanto para el alimentista, como para el demandado y a posteriori imputado, es necesario revisar de manera general la significancia que obtiene en su conceptualización estas dos garantías procesales, cuya observancia en todo el proceso, es un símbolo del modelo garantista propuesto por Ferrajoli (1995).

Así pues, hemos de comenzar el tratamiento de la tutela jurisdiccional efectiva y del derecho de defensa, reconociéndolos como uno de los elementos imprescindibles en el denominado derecho fundamental del acceso a la justicia, y que, por lo mismo, en muchas de las legislaciones internacionales, como pactos, por ejemplo, determinan la naturaleza de su contenido.

El acceso a la tutela jurisdiccional, en su concepción, no tiene pues un norte fijo, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia, han entendido de ella varias formas en su modelo. El profesor español Pic (2006) justifica la dificultad de definir a la tutela jurisdiccional efectiva y al derecho de defensa como tal pues, “el derecho de acceso a los Tribunales, el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho al recurso legalmente previsto” (Pic, 2006, p. 21).

Una de las corrientes que más se ha extendido en la literatura jurídica es aquella que indica que el fundamento de la tutela jurisdiccional efectiva se halla al interior del núcleo del derecho fundamental al debido proceso; y que por lo mismo se configura como un derecho, un principio y a la vez una fuente, como acaso explica el profesor Rivadeneyra (2012).

Así mismo, el citado autor, también da cuenta de la existencia de otra corriente en la doctrina quienes sostienen en cambio, que el derecho a la tutela jurisdiccional como el continente y al debido proceso como el contenido implícito de aquel Rivadeneyra (2012). Por su parte, Prado (2006), hace constar de la existencia de otras inclinaciones doctrinarias, según la cuales el derecho a la tutela jurisdiccional representa un derecho de carácter subjetivo, el cual inquiera que toda persona pueda acceder a un proceso a dilucidar una controversia o conflicto de interés con relevancia jurídica, tenga la posibilidad de obtener una sentencia fundada en derecho y que la sentencia que obtenga, en caso sea favorable, pueda ser ejecutada. Para Montero (2003) el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, se concibe en su correlato con el derecho de defensa, como una suerte de principio rector del proceso, ya que el Juez tiene la obligación de interpretar las normas procesales de manera que permitan que todo proceso llegue a su terminación natural, esto es, por intermedio de sentencia firme y no dejar de emitir sentencia ante el vacío de la ley. Para Marioni (1998), en cambio, hemos de notar de que ambos derechos, constituyen un mandato al legislador en la medida que este tiene la obligación de positivizar un ordenamiento procesal que permita el pleno ejercicio de este derecho, a decir del citado autor, mediante “técnicas procesales capaces de atender al derecho material.

De modo normativo, la Constitución Política nuestra en vigencia, en revisión de lo indicado por el artículo 139.3, opta una postura diferenciadora, ya que parte separando ambos contenidos. Concordante con ello, la jurisprudencia constitucional nacional, mediante la

Sentencia 08123-2005-HC/TC, su fundamento jurídico N° 6; ha optado por mantener la interpretación de la carta constitucional, conferida por el artículo antes en mención; y por lo mismo, independizar el contenido del debido proceso y la tutela jurisdiccional, de modo que mientras esta supone: “tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista” (Sentencia Nro. 08123-2005-HC/TC, Fundamento Jurídico Nro. 18).

El Tribunal Constitucional español, en su Sentencia N° 32/1982, también ha concebido de modo similar al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y su correlato en el derecho de defensa, sosteniendo que: “no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, ni se limita a garantizar una resolución de fondo fundada” (Sentencia Nro. 32/1982, Fundamento Jurídico Nro. 33).

La observancia del derecho de defensa y del acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, es palpable en el caso del imputado, pues en el curso de un proceso penal se hallan entreverados derechos fundamentales de este, como el de su presunción de inocencia, su libertad personal, su derecho de declaración, así como algunos acuerdos o métodos del sistema penal premial, como es el caso del principio de oportunidad o el acuerdo reparatorio (San Martín, 2015).

Un fundamento para la observancia de estas garantías, así esgrimidas, ya las había fundado el profesor Ferrajoli (1995), desde su garantismo penal, en específico, y procesal si es que preferimos. En tal sentido, la garantía fundamental del derecho a la defensa debe ser sustentada en actuaciones procesales concretas, sin que se le limite al imputado poder sustentar su defensa a través de determinados medios probatorios. Muchas veces puede observarse que dicha limitación puede acarrear que se genere una vulneración también del derecho a la presunción de inocencia, ya que al no garantizarle una adecuada defensa esto podría vincularse también con que se dicten sentencias sin que se respete su presunción de

inocencia, entendiéndose esta como una regla fundamental para el debido proceso, en términos generales.

Se encuentran así también estimadas, las garantías procesales que traen incursas el derecho a la prueba, y esto a colación de la inclusión del delito de omisión a la asistencia familiar dentro de las causales del proceso inmediato.

En ese sentido, expresa de forma cierta el profesor San Martín (2015), remitiéndose a señalar lo establecido por el artículo 373° del nuevo código procesal penal, en su apartado primero, su extremo final, por el cual, “solo se admiten aquellas pruebas que las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de la acusación” (San Martín, 2015, p. 12).

Así, la actuación de medios probatorios es muy importante para el desarrollo de un debido proceso penal. Pero cuando dicha actuación no es llevada a cabo de forma sustantiva, esto ocasionará que se vulnere dicho principio. Cabe recordar que la actuación de medios probatorios, no sólo debe entenderse como una facultad de ofrecer medios para su actuación, sino también la conforman los hechos de que dicha prueba debe ser valorada, contradicha y ejecutada, de ser el caso. Constitucionalmente se habla del derecho a la prueba como un derecho fundamental de carácter transversal en el proceso penal. En ese sentido, como quierase que el proceso inmediato elimina la etapa intermedia del proceso penal, esta limitación no es tomada en cuenta, ello con fines garantías, como argumenta el citado autor.

De esta forma: prima, en consecuencia, el derecho instrumental de formular solicitudes probatorias y de que estas se acepten en tanto se trate de proposiciones pertinentes y necesarias. Este derecho, como es sabido, integra la garantía constitucional de defensa procesal, cuya plena operatividad debe ser afirmada por el órgano jurisdiccional (San Martín, 2015, p. 59).

El acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, por parte del agraviado, sobre todo en lo principios propuestos y las garantías constitucionales de las que se nutre el proceso, traen como relieve la escasa observancia del legislador ante la realidad social, procesal y judicial. En se sentido, nos parece pertinente traer a colación algunas de las razones expuestas por (Ruiz, 2012), en las que se sustenta la descriminalización del delito, sobre todo prestando atención a la parte agraviada, y como es que en realidad se opera:

Fundamentalmente porque este tipo de delitos incide básicamente en las clases sociales menos favorecidas y son ellas las que muchas veces son llevadas a prisión, sin que exista un mayor mecanismo de control eficiente para poder no generar más hacinamiento carcelario, y también porque existen múltiples factores que inciden en la imposibilidad y limitación para poder acceder a los alimentos, ya que esto puede evidenciarse más aún en las zonas rurales, en donde no existe una política educativa adecuada y tampoco información para poder planificar embarazos, y esto mismo, conlleva a que se procrean hijos en los cuales no es factible poder asistirlos. Sumado a ello, el contexto socioeconómico en el que estas personas se encuentran, genera que exista cada vez más que la población pobre y desinformada no pueda otorgar alimentos a sus hijos.

### **2.2.3.2. Análisis jurisprudencial de la criminalización de la omisión a la asistencia familiar**

#### **A. En la jurisprudencia nacional**

Uno de los fundamentos interesantes revisados en la jurisprudencia ordinaria, es la que se contiene en la sentencia que acaece en el expediente N.º 7498-2014-54, en la cual la sala penal, decidió confirmar una sentencia devenida de grado inferior que absolvía al deudor alimentario por carecer este de vinculo biológico de filiación con la alimentista. De este modo pues, la sala indico en su sumillado que: “el imputado no es el padre biológico de la agraviada,

es decir, no existe ninguna forma legal de filiación con ella” (Sentencia Nro. 7498-2014-54, Fundamento Jurídico Nro. 11).

Ahora bien, el fundamento que buscamos destacar en esta sentencia es la que se vierte en el apartado N° 16, en la cual la sala sostuvo que: “conforme al principio de cosa juzgada y de primacía de la realidad, el hecho objetivo de no paternidad biológica del imputado declarado en la sentencia civil” (Sentencia Nro. 7498-2014-54, Fundamento Jurídico Nro. 16). Otro de los fundamentos que hallamos importantes de considerar en el análisis jurisprudencial de la criminalización o no del delito de omisión a la asistencia familiar, y que tiene que ver con uno de los elementos configurados como típicos de la realización del delito, que es considerada por parte de la jurisprudencia, es el tema de la capacidad económica del imputado.

En ese sentido, en la sentencia de Vista S/N-2017-3SPAA, donde además se toman fundamentos de lo señalado en el acuerdo plenario 2-2016/CIJ-116, hemos de rescatar lo fundamentado en su punto N° 2.2, en el que sostuvo la absolución del imputado, esto es el deudor alimentario considerando que: “en atención al principio de exhaustividad, respecto al cuestionamiento que realiza el representante del Ministerio Público”.

Aquí es fundamental entonces, acreditar que exista la comprobación de un vínculo de carácter biológico entre el deudor alimentario con el alimentista, ya que sin este presupuesto material sine qua non, no existirá la fundamentación debida para sustentar el carácter alimentario de su otorgamiento, así, en el Derecho de Familia, existen dos tipos de filiación que deberán sustentarse previamente, siendo importante citar la filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial, aspectos propios del estudio de la filiación, en la cual es muy importante destacar el carácter biológico del mismo, a través de su reconocimiento, ya sea voluntario o judicializado. También cabe citar aquí que puede darse el caso de su impugnación, cuando el supuesto obligado considera que pueda impugnar dicha filiación.

Una vez ya declarada la filiación, el presupuesto material de los alimentos se sustentará sobre ello y a partir de esto se podrá reconocer

En la vinculación al proceso inmediato y la necesidad de su inclusión a esta vía procesal penal, diremos nosotros –en sobre criminalización- del delito de omisión a la asistencia familiar, es necesario tener en cuenta lo sostenido por la jurisprudencia. En ese entender, para fundamental su inclusión dentro del proceso inmediato, se les ha connotado como delitos que también afectan la seguridad ciudadana.

En ese entender, el Acuerdo Plenario 2-2016/CIJ-116, su apartado B del fundamento N° 14; se fuerza la razón de su inclusión, pues se pretende hacer aceptable que dicho injusto penal debe partir por fundamentar el bien jurídico protegido, en razón del acceso a los alimentos, como prestación necesaria y obligatorio en favor de los alimentistas.

De este modo pues, solo por salvar la presunción de constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1194, no resulta cierto, ni mucho menos correcto el intentar vincular al delito de omisión a la asistencia familiar y los problemas de seguridad ciudadana.

Así pues, partiendo del fundamento normativo y jurisprudencial que acaece en el acuerdo plenario antes citado, para Mendoza (2018), “la optimización del proceso inmediato en los delitos de omisión a la asistencia familiar y en otros delitos de bagatela, en su real alcance, corresponde a una adecuada política de descarga procesal” (p. 183). Estos son los reales alcances del aceleramiento procesal que promueve el proceso inmediato. En efecto, se ha presentado algunos nudos críticos de la sobrecarga por delitos de menor entidad. Era un hecho notorio la excesiva carga procesal en el trámite de estos delitos pues todos los procesos por OAF independientemente de ser un caso fácil o difícil, eran tramitados en el trámite del proceso común. En efecto, se recorría todas las etapas del proceso común, no obstante que desde un inicio estaba configurada una causa probable. Frente a esa falta de

razonabilidad de un proceso lato innecesario, urgía una modificación y el proceso inmediato aparecía como una solución.

Por ello es importante que los delitos de omisión a la asistencia familiar sean debidamente tutelados y protegidos, pero recurrir a una vía de ultima ratio como la penal sólo genera que, si la el proceso no es reincidente en que haya mayores hacinamientos carcelarios, de forma innecesaria, cuando bien pueden utilizarse otras vías extrapenales también tuitivas como esenciales para garantizar el derecho a acceder a los alimentos.

### **2.2.3.3. Regulación Normativa**

#### **A. En el Código Penal**

##### **a) Artículo 149°.- Omisión de prestación de alimentos:**

El que omita cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.

Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.

#### **B. En el Código Procesal Penal**

##### **1) Artículo 446°.- Supuestos de aplicación**

1. El Fiscal debe solicitar la incoación del proceso inmediato, bajo responsabilidad, cuando se presente alguno de los siguientes supuestos:

- a) El imputado fue sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259°;
- b) El imputado ha confesado la comisión del delito, en los términos del artículo 160°; o
- c) Los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes [...].

A nivel procesal el reciente Decreto Legislativo N.º 1194 pretende, entre otras finalidades, la celeridad de los procesos de omisión a la asistencia familiar, siendo característica esencial de este tipo de procedimiento, fijar un carácter sumarísimo y célere en cuanto a sus plazos para su incoación, aspecto que difiere sustancialmente del proceso penal común, en el cual existen etapas con plazos muchos más amplios, razón por la cual a este proceso se le ha denominado de carácter inmediato.

Debe mencionarse que la incoación del proceso inmediato es un tipo de proceso que se caracteriza básica y esencialmente por su celeridad, que, a diferencia del proceso común, se tramitan en plazos mucho más breves. Precisamente en este tipo de procesos se ha establecido que el delito de omisión a la asistencia familiar pueda ser incoada, lo que ha generado cierta crítica de la doctrina penal, ya que en este tipo de procesos es muy poco probable que se discuta la capacidad económica del deudor alimentario, siendo esto una limitación al derecho a la defensa del imputado. En ese sentido, la omisión a la asistencia familiar como delito no debe tramitarse a través del proceso inmediato, ya que muchas veces se generan sentencias en donde no se ha discutido el aspecto de la capacidad económica del deudor alimentario, afectándose y limitándose el derecho a la defensa del proceso por este tipo de delitos. Desde esa perspectiva, el autor del presente es de la opinión que el hecho de que se regule a través del proceso inmediato el delito de omisión a la asistencia familiar es un gran error de la política criminal del Estado, y que sólo demuestra el populismo punitivo propio de una sociedad eminentemente mediatizada.

El delito de omisión a la asistencia familiar y conducción en estado de ebriedad o drogadicción

¿Qué delitos debía contemplar el decreto legislativo? ¿La omisión a la asistencia familiar? El D. Leg. N.º 1194 inicia legitimándose en la Ley N.º 30336, ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de seguridad ciudadana, fortalecer la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, para lo cual indica que el Poder Legislativo facultó al Poder Ejecutivo la facultad para legislar en materia de seguridad ciudadana, la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, por el término de noventa días calendario. En este sentido, el literal a) del artículo 2 del citado dispositivo legal, establece la facultad de legislar sobre el fortalecimiento de la seguridad ciudadana, la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, en especial para combatir el sicariato, la extorsión, el tráfico ilícito de drogas e insumos químicos, la usurpación y tráfico de terrenos y la tala ilegal de madera.

El Ejecutivo al modificar el proceso de omisión a la asistencia familiar (vía decreto legislativo, que a su vez se sustenta en una ley que delega facultades legislativas para el fortalecimiento de la seguridad ciudadana, y la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado frente a los delitos de sicariato, extorsión, tráfico ilícito de drogas e insumos químicos, usurpación, tráfico de terrenos y la tala ilegal de madera) ha excedido el marco de las facultades delegadas por el Legislativo, pues, dichas facultades nunca fueron otorgadas para regular el delito de omisión a la asistencia familiar, que poco o nada tiene que ver con la seguridad ciudadana, la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, sicariato, extorsión, tráfico ilícito de drogas e insumos químicos, usurpación, tráfico de terrenos, tala ilegal de madera.

El delito de omisión a la asistencia familiar no es materia de seguridad ciudadana, delincuencia, crimen organizado, como el sicariato, la extorsión, el tráfico ilícito de drogas e

insumos químicos, la usurpación y tráfico de terrenos y la tala ilegal de madera. La omisión a la asistencia familiar es un problema social, económico y cultural, que se da sobre todo en los sectores sociales marginales. La respuesta constitucional adecuada a este problema social es la pena privativa de la libertad como remedio jurídico. En la práctica, el delito de omisión a la asistencia familiar no se da en supuestos de flagrancia delictiva, contenidos en el artículo 259 del CPP, porque no es que la policía intervenga al deudor alimentario cuando es notificado con la resolución que aprueba la liquidación de alimentos, sino que, en la praxis, los juzgados de paz letrado que tramitan los procesos de alimentos, cuando sus resoluciones ordenan el pago de alimentos son incumplidas, remiten copias certificadas de los actuados al Ministerio Público para que este acuse penalmente al deudor alimentario, y logre el pago de los alimentos.

La omisión a la asistencia familiar es un problema social, económico y cultural, que se da sobre todo en los sectores sociales marginales. La respuesta constitucional adecuada a este problema social es la pena privativa de la libertad como remedio jurídico. Cómo se argumentaba línea arriba, poco o nada tiene que ver el delito de omisión a la asistencia familiar con los fines de la Ley N.º 30336 y del D. Leg. N.º 1194 que tienen por finalidad alcanzar la seguridad ciudadana generando normas legales para la lucha contra la criminalidad organizada, sicariato, la extorsión, el tráfico ilícito de drogas e insumos químicos, la usurpación y tráfico de terrenos y la tala ilegal de madera, asimismo, las normas citadas estaban no estaban dirigidas a la conducción en estado de ebriedad.

¿Omisión flagrante? Igualmente, como reiteramos, en el delito de omisión a la asistencia familiar, usualmente, no se dan los supuestos de detención en flagrancia, porque no es la situación que se intervenga al deudor alimentario cuando realiza el hecho delictivo, es decir, cuando recibe la notificación de la liquidación alimentaria y acto seguido no va a cancelarla.

Si la finalidad era promover la celeridad en los procesos penales de omisión a la asistencia familiar, nada o poco tiene que ver el derecho sustantivo, ya que es un tema de derecho procesal, específicamente de gestión de los recursos con los que cuenta el Poder Judicial y el Ministerio Público, para lo cual deben fortalecerse las capacidades de los funcionarios que laboran allí; por ejemplo, mediante talleres prácticos interinstitucionales entre defensores públicos, fiscales de decisión temprana, jueces de investigación preparatoria, jueces unipersonales, recuérdese que no solo es en los salarios, donde se mejora la calidad de los funcionarios.

Es poco acertado que el Ejecutivo, con fines populistas, haya aprobado un decreto legislativo sin haber recabado la experiencia de los fiscales que conocen los delitos de omisión a la asistencia familiar (fiscales de los despachos de las fiscalías de decisión temprana) ni a los jueces que conocen los procesos penales por omisión a la asistencia familiar (jueces de investigación preparatoria y jueces unipersonales) que se encuentren ejecutando el CPP y por ello, conocen la realidad, de la gestión de los procesos penales.

Es cierto que el cambio de mentalidad y capacidades es urgente, que los funcionarios deben ser profesionales con experiencia en la gestión judicial o fiscal corroborada, pero lo que no se puede hacer es disfrazar un problema sustancialmente procesal que tiene que ver más con la capacidad de las personas.

Impulsar la celeridad y economía procesal de estas materias. La realidad es clara: un menor, por necesidad demanda alimentos a sus padres pasados algunos años, y ante el incumplimiento, se liquida una suma de dinero, la que nuevamente incumplida, pasa a la vía penal, a veces, en ejecución de sentencia se termina de pagar.

Los alimentistas, deben esperar dos años en promedio para una sentencia de primera instancia. La celeridad es para todos, y si existe alguien a quien debemos privilegiar es al

pobre, al débil de la relación jurídica procesal, quien sufre de manera más intensa las deficiencias del acceso a la justicia.

Es innegable en ese sentido que la cuestión de la omisión alimentaria es un hecho que se percibe en el día a día, pero que no debe ser motivo para criminalizarlo de forma irracional y excesiva, sino sólo debe ser aplicada para personas reincidentes, ya que existen diferentes situaciones en las que no será posible cumplir con lo dispuesto por el juez civil, y por ello, se debe evaluar de forma pertinente qué criterios deben utilizarse para su dación. Ya que el Perú es uno de los pocos ordenamientos jurídicos que establecen sanciones de esta índole, ya que la mayor parte de sistemas normativos se orienta por fijar un tipo de sistema jurídico más orientado en descriminalizar este tipo de conductas. Todas las controversias relativas al derecho de alimentos causan una enorme recarga al Poder Judicial, debido a ello es necesario, la creación de juzgados especializados competentes solo en materia de alimentos, tanto en sede civil como penal, al igual que juzgados laborales, civiles, penales. Deben existir “juzgados de alimentos” con los cuales se agilizaría la tramitación de un derecho tan fundamental para la subsistencia directa de la persona, que por su situación socioeconómica y físico-moral se encuentra en riesgo, agudizada por la crisis económica mundial.

Si la finalidad con el decreto, era promover la celeridad en los procesos penales de omisión a la asistencia familiar, nada o poco tiene que ver el derecho sustantivo, ya que es un tema de derecho procesal, específicamente de gestión de los recursos con los que cuenta el Poder Judicial y el Ministerio Público, para lo cual deben fortalecerse las capacidades de los funcionarios que laboran allí. En la práctica judicial la casi totalidad de sentencias por OAF, resuelven que la pena privativa de la libertad sea suspendida en su ejecución, entonces, para reducir la carga judicial se tienen que emitir sentencias condenatorias

efectivas, porque se ha configurado un delito, ya que en la realidad no se ha resocializado el autor, pues sigue dejando de pasar alimentos a personas desvalidas.

En tal sentido, puede señalarse que en estos años se ha ido punibilizando mucho más la cuestión de sentenciar a quienes incumplen con su deber alimentario, ya que inclusive ahora existe un adelantamiento de las barreras del sistema penal para castigar la omisión de asistir, ya que mediante el proceso inmediato se logra sentenciar con más rapidez y celeridad, muchas veces sin discutir acaso la capacidad económica del demandado, que aun cuando ya la sentencia a nivel civil ha fijado el monto de la pensión alimenticia, esto no debe significar que no haya cambiado o transcurrido ciertos cambios entre lo que plantea la demanda y lo que ya se plantea a nivel penal, considerando que el derecho penal debe de ser de ultima ratio y no de primera ratio, como muchas veces, diversos jueces tratan de ubicar el sistema penal dentro de estos considerandos legales.

El imputado generalmente establece diferentes tipos o mecanismos de defensa para poder contrarrestar la imputación realizada por el Ministerio Público, como por ejemplo el hecho de ocultar los bienes que detenta como también el hecho de simular deudas; siendo estos elementos que ya el juez civil debió valorar, porque en instancias penales ya no se discutirá la capacidad económica del denunciado, sino sólo el nivel de cumplimiento del mismo. Frente a ello, en la Casación N.º 251-2012, la Corte Suprema se precisó que:

a pesar de la cancelación de las pensiones devengadas, no cabe pedido de libertad anticipada —vía conversión de penas— ya que no puede amparar conversión alguna hacia una medida que de nuevo le otorgue libertad ambulatoria (al condenado) al no estar prevista en la ley (Casación Nro. 2512012, Fundamento Jurídico Nro. 10).

El proceso inmediato según el D. Leg. N° 1194, constitucionalmente y operativamente es deficiente, siempre que no corresponda con los principios fundamentales de la carta magna,

división de poderes, autonomía fiscal, presunción de inocencia, libertad, y no se corresponde con la realidad de las fiscalías y juzgados.

Es evidente que, por ejemplo, muchas de las defensas públicas y de carácter gratuito, no ofrezcan un derecho a la defensa adecuada al imputado, por lo que será imprescindible que se evalúe detenidamente cada caso, sin que se adelanten barreras de imputación innecesarias, cuando pueden existir desde el punto de vista del proceso penal, otras formas de punibilizar dichas conductas.

En el proceso inmediato de omisión a la asistencia familiar no se visualiza solución alguna a la crisis que atraviesan estas materias, por el contrario, sería mejor el uso de herramientas de gestión, legales, como la acusación directa y la efectividad de las penas y prácticas, como el uso de la tecnología.

Cuando la Constitución consagra la división de poderes y por ende la independencia del Poder Judicial y la autonomía del Ministerio Público, significa también que el Poder Ejecutivo no puede utilizar sus facultades legislativas con fines populistas y soluciones poco técnicas en agravio, finalmente, de los más vulnerables, como en el caso, de los alimentistas.

### **2.3. Hipótesis general**

Las razones jurídicas que favorecen la despenalización del delito de la omisión de asistencia familiar en el ordenamiento jurídico penal peruano, son el principio de intervención mínima del Derecho Penal y la finalidad preventiva y protectora de la persona humana de la ley penal.

## CAPÍTULO III

### METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

Para el desarrollo de la presente tesis, se ha analizado la Dogmática Jurídica, como las diferentes opiniones de autores, tanto nacionales como internacionales, que hayan tratado el tema desarrollado, y así poder analizar la despenalización del delito de la omisión de asistencia familiar en el ordenamiento jurídico penal peruano.

#### 3.1. Tipo de investigación

##### 3.1.1. Enfoque

El enfoque de esta tesis es *Cualitativo*, ya que se pretende identificar y analizar cuáles son las razones jurídicas que favorecen la despenalización del delito de la omisión de asistencia familiar en el ordenamiento jurídico penal peruano, a fin de aportar una solución al problema de investigación planteado.

##### 3.1.2. Tipo

Esta investigación es *básica, de lege data* porque busca interpretar y proponer soluciones dentro de un ordenamiento jurídico, también porque busca expandir los conocimientos respecto a un determinado tema, y buscar diferentes soluciones para así dar un aporte que le sume a la sociedad, en este caso proponer soluciones en el ordenamiento jurídico.

### **3.2. Diseño de investigación**

El diseño de investigación corresponde a ser no experimental, ya que, se observan los hechos tal y como ocurren, no se manipularon variables y se busca determinar las razones jurídicas que favorecen la despenalización del delito de la omisión de asistencia familiar en el ordenamiento jurídico penal peruano.

### **3.3. Área de investigación**

El área académica en cual se desarrolló nuestra tesis está dentro de las Ciencias Jurídico Penales - Constitucionales, en la línea de investigación de Derechos fundamentales, por cuanto se busca determinar las razones jurídicas que favorecen la despenalización del delito de la omisión de asistencia familiar en el ordenamiento jurídico penal peruano.

### **3.4. Dimensión temporal y espacial**

La dimensión temporal corresponde a la legislación vigente hasta febrero de 2022, y la dimensión espacial de la investigación corresponde al territorio peruano, especialmente en el análisis del delito de omisión a la asistencia familiar, es importante mencionar que la investigación es transversal, ya que se ha trabajará con los dogmas y las opiniones de diversos autores tanto nacionales como internacionales que estén relacionados al tema principal, los mismos que se van analizar para encontrar las razones jurídicas que favorecen la despenalización del delito de la omisión de asistencia familiar en el ordenamiento jurídico penal peruano.

### **3.5. Unidad de análisis, población y muestra**

La presente tesis no tiene unidad de análisis, población y/o muestra, por ser una investigación dogmática. Sin embargo, se puede considerar como unidad de análisis el artículo 149 del Código Penal Peruano referido al delito de omisión a la asistencia familiar.

### **3.6. Métodos**

#### **3.6.1. Dogmático jurídico**

Por ser un método que trata de ir un paso más allá de la interpretación gramatical de textos, buscando una interpretación normativa que genere una adecuada valoración partiendo de axiomas o principios (Ramos, 2005, p. 103).

Es decir, que toda esta tesis es para hallar las razones jurídicas que favorecen la despenalización del delito de la omisión de asistencia familiar en el ordenamiento jurídico penal peruano, por ende, se recurrió no solo a la doctrina sino también al derecho comparado para poder hacer un análisis más profundo.

### **3.7. Técnicas de investigación**

Se utilizarán las técnicas de *observación documental*, que consiste en observar atentamente el fenómeno, hecho o caso, tomar información y registrarla para su posterior análisis (Hurtado, 2002, p. 427), lo cual refiere a jurisprudencia, doctrina y legislación comparada sobre el delito de omisión a la asistencia familiar.

### **3.8. Instrumentos**

Para esta tesis el instrumento que se aplicará es la *ficha de observación documental*, precisando que es el dispositivo o formato material donde se registran los datos o informaciones recabadas (Becerra, 2012, p. 25).

La ficha de observación nos sirvió para la recolección de datos principales acerca de derecho a la mínima intervención del derecho penal libertad; así como también el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad.

### **3.9. Limitaciones de la investigación**

La principal limitación que se presentó en el desarrollo de la presente tesis es que no se tuvo la amplia libertad de acceder a los documentos físicos que se encuentran en las bibliotecas; pues de lo contrario se habría podido extender el acceder panorama de la investigación y así contar con más información. Todo ello debido a la gran problemática que seguimos pasando, la enfermedad del COVID-19.

## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Del análisis de nuestra investigación, determinamos qué, el delito de omisión a la asistencia familiar desde el punto de vista de la política criminal, tomando en cuenta el problema social generado por la falta de pago de los devengados generados por los procesos de alimentos frente al conjunto de principios garantistas del derecho penal como son: “finalidad preventiva y protectora de la persona humana de la ley penal (...) la función de retributiva, preventiva, protectora y resocializadora de la pena” (Código Penal, 1991, Artículo I), encontramos que el Estado mantiene sus propios limitadores generados por el Ius Puniendi, como son el principio de legalidad, necesidad, imputación subjetiva, culpabilidad y humanidad.

De todos los principios antes mencionados, se generan exigencias como es el caso del respeto al principio de intervención mínima del derecho penal, es así, que debe tenerse en cuenta que, en el caso del delito de Omisión a la Asistencia Familiar, ésta está condicionada a problemas sociales debido a su naturaleza.

El incumplimiento de la resolución judicial que determina la prestación de alimentos surge por problemas de índole social, las cuales devienen de fracasadas relaciones entre parejas que formaron una familia, sin embargo, con el tiempo por distintas razones involucradas con la incompatibilidad de caracteres, provocan la fractura familiar entre cónyuges.

En estos casos surge imprescindible tomar en cuenta el principio de mínima intervención del derecho penal ya que su finalidad es proteger los bienes jurídicos consagrados a toda persona, tal como lo señala Bernal del Castillo (2000), el cual manifiesta que "se implicó innecesariamente al Derecho Penal en una situación de conflicto social que

no está llamada a resolverse mediante la aplicación de una pena” (p. 18). No podemos tomar en cuenta la aplicación del derecho penal en una cuestión de índole social, pues involucra uniones o relaciones que concluyeron producto de situaciones sociales fuera del ámbito penal, y que debe tratarse por el ámbito civil, el cual es regulador de situaciones sociales.

No debe tomarse al derecho penal y la sanción penal como herramienta frente a un conflicto social como es el caso de la fractura familiar entre cónyuges, sin embargo, la configuración del tipo de omisión a la asistencia familiar exige a causa de su formalismo, la necesaria vinculación generada por las conductas derivadas de la omisión de la prestación alimentaria y la puesta en peligro de las necesidades del alimentista.

Esta situación social que genera una posición negativa frente a la política criminal, determinada por la tipificación del delito de omisión a la asistencia familiar, es por ello que, la aplicación de la sanción penal contenga una verdadera eficacia jurídica preventiva, de la cual hoy se duda, porque no se evidencia una reducción frente a este tipo de situaciones sociales conductivas, quebrantando la esencia de los fines de la pena, provocando que dentro de los fueros jurisdiccionales se ventile de forma dudosa la aplicación de la figura penal de la omisión a la asistencia familiar, por lo que resulta necesario buscar alternativas que nos permitan la descriminalización de esta figura penal, garantizando que la aplicación de la sanción penal solo sea llevado tomando en cuenta los fines del derecho penal de la mano con la política criminal, garantizando la tutela de derechos del imputado, generando de esta forma la reducción de procesos jurisdiccionales y sobre todo el hacinamiento carcelario que cuanta con una sobrepoblación actual.

Creemos por lo consiguiente que, debemos tomar acciones importantes que analicen verdaderamente la esencia del fin de la pena en el delito de omisión a la asistencia familiar, alejado de sanciones penales como es el caso de la pena privativa de libertad, que limiten la posibilidad de cumplimiento de las prestaciones alimentarias, ya que, al estar encerrados

por la aplicación de la sanción penal, pues no corresponde al derecho penal y en especial al Ius Puniendi ejecutar acciones fuera de la finalidad de la pena, pues esta no está dirigida a que el imputado pueda cumplir con dichas prestaciones alimentarias

Por lo que, basándonos en lo anteriormente expuesto resulta necesario reducir al máximo la intervención del Derecho Penal, en aplicación del principio de mínima intervención del derecho penal, sugiriendo a la vez, la descriminalización del Delito de Omisión a la Asistencia Familiar.

El estado no debe utilizar al derecho penal para quebrantar más a la familia por razones sociales generadas la carencia de empleo y oportunidades laborales, más aún por la incompatibilidad de caracteres entre cónyuges, los cuales utilizan al derecho penal para amedrentar la situación familiar. Se debe amparar a la familia, pero sin generar la destrucción de la solidaridad familiar, frente a una situación social que en su mayoría afecta directamente a los miembros familiares. Es preocupante que el Estado otorgue una herramienta de sometiendo a los padres o cónyuge, pues lo que se busca es crear un núcleo familiar que debe construir relaciones sólidas llenas de afectividad, moralidad alejadas de prejuicios económicos que pongan en riesgo la estabilidad familiar, pues el delito de omisión a la asistencia familiar no resuelve en ninguna medida la situación familiar.

## DISCUSIÓN

Dentro del análisis del delito de omisión a la asistencia familiar, el legislador trato de garantizar una protección al bien jurídico, frente al incumplimiento de las prestaciones económicas alimentarias, ya que busca respaldar el respeto y/o obediencia de las decisiones judiciales, con la finalidad de preservar el orden público.

El bien jurídico que conduce a calificar el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, como una modalidad del delito de Desobediencia, frente a las resoluciones emanadas de autoridades judiciales en las cuales se aprueban o se establecen prestaciones económicas genera varios argumentos, entre los cuales destaca la similitud entre ambas sanciones penales, como es el caso de la desobediencia o resistencia a la autoridad.

Estas conductas típicas, describen supuestos similares al incumplimiento de una resolución procedente de una autoridad, en este caso de un juez, pues el delito de desobediencia busca los diversos actos de los distintos tipos de autoridades, pues como manifiesta Muñoz Conde, esta se convierte en una forma específica de desobediencia. Ambos delitos plantean, por interpretación y especialidad, que el delito de omisión a la asistencia Familiar sea resulta por la aplicación del delito de desobediencia o resistencia a la autoridad.

Lo que buscamos es garantizar el cumplimiento de la resoluciones emanadas de los órganos jurisdiccionales, en especial los que resuelven problemas económicos de ámbito civil, pues se estaría desobedeciendo una orden judicial, quebrantando el bien jurídico protegido como es la administración de justicia, provocada por la conducta de incumplimiento de la resolución judicial, tal como lo señala Rodríguez de Veza "... de lo que se deduce que, lo que directamente se lesiona es la Administración de la Justicia por la

ineficacia de las resoluciones judiciales que provoca la conducta de incumplimiento de lo acordado en la resolución” (Rodríguez de Veza, 2009).

El delito de desobediencia es uno de los delitos contra el orden público” (p. 173), al igual que Muñoz (1999) opina que este delito “está relacionado con el orden público” (p. 174), y también ataca la función pública que suponen la alteración de la paz y el orden social, pues su organización y defensa “exige la actuación adecuada de dichas autoridades” (Maldonado, y otros, 1945, p. 58).

En este sentido, el delito de omisión a la asistencia familiar, como parte de los delitos de desobediencia a la autoridad, desde el punto de vista penal, el bien jurídico resultaría ser una interpretación restrictiva, ya que este precepto solamente debería ser regulado y aplicado cuando el bien jurídico protegido se lesione por la acción omisiva frente a la orden o mandato de la autoridad.

Al respecto cabe mencionar que, Maldonado (1995) indica que “por vía de esta interpretación se niega la identidad entre ambas infracciones: aunque la conducta típica del impago-omisión- implique de hecho una oposición del delito de impago no pretende única ni principalmente castigar la desobediencia en sí misma” (p. 60).

La conducta de la persona que realiza la omisión al cumplimiento de la resolución judicial en los delitos de omisión a la asistencia familiar, se consideraría siempre un acto de desobediencia a lo determinado por la autoridad jurisdiccional.

Es por ello, que la Omisión a la asistencia familiar debe ser regulada en ámbitos que permitan desarrollar acciones que no perjudiquen al imputado y sobre todo a la familia, dejando de lado la penalización del delito de omisión a la asistencia familiar. De esta forma, resulta más flexible optar por una visión más civilista y administrativa que garantice el cumplimiento de la pensión alimenticia y la protección a todos los integrantes del grupo

familiar, tutelando los derechos del alimentista, de esta forma se estaría manteniendo el respeto a la mínima intervención del derecho penal.

En este orden de ideas, con nuestra investigación se busca proteger a la familia partiendo desde el derecho de los alimentistas sin descuidar a los que recae su obligación de prestar alimentos, por lo que, que se tendría que buscar nuevas alternativas fuera del índole penal, que permitan dar cumplimiento a dicha obligación, bajo el estricto respeto de los estándares que exige la norma penal de la mano con la política criminal que el Estado debe desarrollar para evitar vulnerar a la familia y a los integrantes de ésta.

Se debe tomar en cuenta que, el derecho penal no debe utilizarse como herramienta mediática para resolver problemas sociales de índole civil-familiar, pues se estaría generando un tipo de venganza contra el encargado de realizar la prestación de alimentos, desarrollando innecesariamente punibilidad que atenta contra la familia, pues la política criminal debe tomar en cuenta la protección a la familia y a todos los integrantes, sin dejar de lado al obligado alimentario, ello conllevaría a descriminalizar y despenalizar al delito de omisión a la asistencia familiar.

Es por ello que, Capello (2015) manifiesta proponer “como grave y, por ello, susceptible de ser calificado como delito de desobediencia aquel incumplimiento caracterizado por la gravedad de elemento subjetivo” (p. 183), es decir, por la forma continua de cumplir una orden judicial desobedeciendo el cumplimiento de esta, de esta forma se da una nueva visión a la protección de la familia.

Esto permitiría cambiar el enfoque en cómo se abordaría los escenarios de incumplimiento de la prestación alimentaria, de la mano del estado de derecho, pues el sistema penal debe proteger y velar por los derechos fundamentales de las personas y más

aun de la familia, pues esta es la piedra angular del estado de derecho y célula de nuestra sociedad.

Por lo que, actuar en otras vías que permita presionar y efectivizar el cumplimiento de la obligación alimentaria estaría en manos del análisis objetivo del legislador, el cual tendría que utilizar vías fuera del ámbito penal, el cual amedrenta el derecho constitucional de proteger a la familia, así como a sus integrantes, manteniendo el respeto del principio de mínima intervención del derecho penal, manteniendo alejado el aumento innecesario de la población carcelaria con actores que no cuentan con los requisitos necesarios que exige el derecho penal para aplicar el fin de la pena.

## CONCLUSIONES

1. Se ha determinado a partir del desarrollo teórico esbozado que, las razones que favorecen la despenalización de la omisión de asistencia familiar en el ordenamiento jurídico penal peruano son la aplicación del principio de la intervención mínima del Derecho Penal y, la finalidad preventiva y protectora de la persona humana de la ley penal, siendo importante ambas razones haciendo posible que dicha conducta omisiva sea reprochada ya no a nivel penal, sino por otros medios de control social.
2. Se ha logrado determinar a partir del desarrollo teórico y normativo expuesto, que los factores normativos que posibilitan la despenalización del delito de omisión de asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano y de la legislación comparada, son los de carácter objetivo y subjetivo del tipo penal, porque bien podría derivarse también en un delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, como medio alternativo para su punibilidad.
3. Se determinó que los factores sociales que posibilitan la despenalización del delito de omisión de asistencia familiar como tipo penal que punibiliza la omisión de alimentos, en el marco del Código Penal Peruano, son la excesiva sobre criminalización en esta clase de delitos, que solo genera mayor hacinamiento en las prisiones sin ir a la causa real del fenómeno de inobservar la prestación de alimentos, por lo que se propone la vía civil para su proceso, estableciendo criterios objetivos para su regulación.
4. Se logró determinar que los factores económicos que posibilitan la despenalización del delito de omisión de asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano, son la innecesaria carga procesal que se genera con la tipificación de este delito, y no existiendo un verdadero trabajo de concientización hacia quienes incurren en esta omisión.

## LISTA DE REFERENCIAS

Arnao, G. (2007). Metodología de la investigación. Ciencia y procesos. Lima: UCV.

Arroyo, M. (2009). Alimentos y el delito de omisión de la asistencia familiar: aspectos sustantivos y procesales. [En línea] 12 de Setiembre de 2009.  
<http://www.monografias.com/trabajos82/alimentos-delito-omision-asistenciafamiliar/alimentos-delito-omision-asistencia-familiar2.shtml> .

Bazán, D. (2010). Metodología de la investigación. Razonamientos. Arequipa: UNAS.

Becaria, C. (1993). Tratado de los delitos y de las penas. Buenos Aires: Heliasta)

Bernal del Castillo, J. (1997). El delito de pago de pensiones. Barcelona: Ed. Bosch,

Bossert, G. (2004) Régimen jurídico de los alimentos: cónyuges, hijos menores y parientes aspectos sustanciales y procesales. Segunda Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea

Bustos, R. (2008). Introducción al Derecho Penal. Bogotá: Temis.

Campana, M. (2012). Delito de omisión a la asistencia familiar. Lima: Ediciones y Publicaciones de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

Chávez, J. (2014). "Los efectos que genera el incumplimiento del principio de oportunidad en la fase preliminar en el delito de omisión de asistencia familiar en el distrito fiscal de la La Libertad durante la vigencia del nuevo Código Procesal Penal". Trujillo: UPAO.

Condori, M. (2012). "La acusación fiscal en el delito de omisión de asistencia familiar y sus consecuencias económicas, sociales y jurídicas en los alimentistas en la provincia de San Román, 2011". Arequipa: UCSM.

Corrales, M. (2016). Investigación científica. Lima: UNFV.

Díaz, D. (2013). Delito de omisión de la asistencia familiar, Art 149 del Código Penal.

Portal de trabajos académicos de la Universidad Nacional de Cajamarca. [En línea] 12 de Febrero de 2013. <https://www.monografias.com/trabajos93/delito-omisionasistencia-familiar-art-149-del-codigo-penal/delito-omision-asistencia-familiar-art-149-del-codigo-penal2.shtml>.

Díaz, E. (2000). Tratado de Derecho de familia . Buenos Aires: Editorial Atlas.

Dolorier, F. (2008). Estudios de investigación metodológica. Procesos y técnicas. Lima : Atena, 2008.

Dos Santos, L. (2010). Metodología de la investigación. Sao Paulo: BPS.

Fiestas, S. (2016). La aplicación del principio de oportunidad en la solución del conflicto, respecto a los delitos de omisión de asistencia familiar de padres a hijos, en la primera y segunda fiscalías provinciales penales del distrito de Trujillo. Trujillo: UNT.

Flores, P. (2002). Diccionario jurídico elemental, 2da Edición. Lima: Grijley Editores

Garófalo, R. (2008). La Criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad . Madrid. Analecta.

Gonzales , G. (2015). La necesidad de regular el deber de asistencia familiar mutua y los derechos sucesorios de la familia ensamblada en el Código Civil". Pimentel: USS

Kerlinger, F. (1979). Enfoque conceptual de la investigación del comportamiento:

Técnicas y metodología. México: Nueva Editorial Interamericana.

Leal, L. (2015). Cumplimiento e incumplimiento de la obligación de alimentos. Expectativas de reforma. Santiago de Chile: Universidad de Chile.

- Olivari, K. (2016). "Incumplimiento del pago de pensión de alimentos en niños, niñas y adolescentes del distrito de Pueblo Nuevo, Chepén - La Libertad, año 2015". Guadalupe: UNT.
- OMEBA. (1986). Enciclopedia jurídica Omeba: Tomo I. Buenos Aires: Driskill Sociedad Anónima.
- Oré, A. (2011). Las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano. Lima: Editorial Reforma., 2011.
- Oré, M. (2015). "El derecho alimentario del hijo extramatrimonial mayor de 18 años en las demandas del Juzgado de Paz Letrado de Lima - 2015". Huánuco: Universidad de Huánuco.
- Pérez, M. (2015). Valoración de los criterios de capacidad y necesidad para determinar la pensión de alimentos en las sentencias judiciales de los Juzgados de Paz Letrado de Arequipa. Arequipa: Universidad Católica San Pablo.
- Pineda, F. (2016). Omisión de asistencia familiar e incumplimiento del derecho alimentario Tercer Juzgado Penal del Callao 2016. Lima: Universidad César Vallejo.
- Plácido, A. (2006). Código Civil comentado . Lima: Gaceta Jurídica.
- Polaino, M. (2006). Derecho Penal del enemigo: ¿Qué es?¿Existe?¿Debe existir?¿Porqué existe? Perú: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales.
- Rodríguez, R. (2014). La familia en la Constitución Política del Perú: a propósito del debate sobre la unión civil. La Mula.pe. [En línea] 01 de mayo de 2014.  
<https://agoraabierta.lamula.pe/2014/05/01/la-familia-en-la-constitucion-politica-delperu/rafaelrodriguez/>.

- Rojas, D. (2016). La duración y aspectos relevantes de los procesos de pensiones alimentarias en el II circuito judicial de San José. Influencia de sesgos andrócentricos. San José de Costa Rica: Universidad Estatal a distancia de Costa Rica.
- Roxin, C. (2000). Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Ruíz, M. (2014). El delito de omisión a la asistencia familiar, reflexiones, y propuesta para la mejor aplicación de la normatividad que la regula. Chincha: Juzgado Especializado de Chincha.
- Ruiz, M. (2012). El delito de omisión a la asistencia familiar, reflexiones, y propuesta para la mejor aplicación de la normatividad que la regula. Documentos de trabajo del Poder Judicial del Perú. [En línea] 05 de abril de 2012. [http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C4-\\_delito\\_omision\\_asistencia\\_familiar\\_210208.pdf](http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C4-_delito_omision_asistencia_familiar_210208.pdf).
- Sánchez, P. (2014). Omisión de asistencia familiar como vulneración del derecho alimentario de los hijos. Iquitos: Universidad Nacional de la Amazonía Peruana.
- Zaffaroni, E. (2002). Derecho Penal. Parte general . Buenos Aires: Ediar.