

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POSTGRADO

DOCTORADO EN DERECHO



“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, AÑO 2011”

**Tesis presentada por la Magíster:
MARLENI ELIZABETH CONDORI HUISA**

**Para obtener el grado académico de:
DOCTORA EN DERECHO**

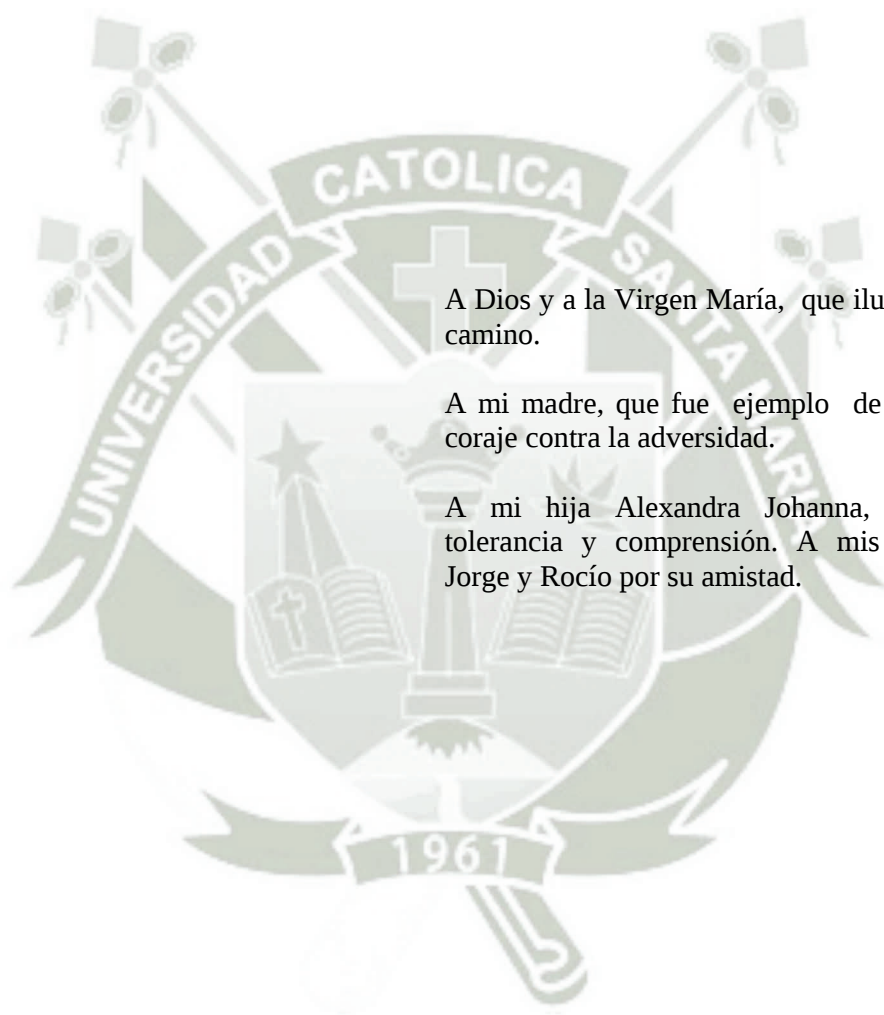
AREQUIPA-PERÚ

2012



“LIBERTAS EST POTESTAS FACIENDI ID
QUOD IURE LICET”

“Libertad es la facultad de hacer lo que es permitido
por la ley”.



A Dios y a la Virgen María, que ilumina mi camino.

A mi madre, que fue ejemplo de lucha y coraje contra la adversidad.

A mi hija Alexandra Johanna, por su tolerancia y comprensión. A mis amigos Jorge y Rocío por su amistad.



Agradecimiento especial a mis docentes de la Escuela de Post Grado de la Universidad Católica de Santa María, por sus enseñanzas.

ÍNDICE

RESUMEN	XI
ABSTRACT	XII
INTRODUCCIÓN.....	XIII

CAPÍTULO I ACUSACIÓN FISCAL

1. CONCEPTO	16
2. NATURALEZA DE LA ACUSACIÓN	18
3. CARACTERÍSTICAS DE LA ACUSACIÓN FISCAL	19
4. REQUISITOS DE VALIDEZ DE LA ACUSACIÓN	19
5. TEORÍAS DOGMÁTICAS PROCESALES PENALES RESPECTO A LA IDENTIFICACIÓN DEL HECHO	22
6. EL CARÁCTER DE PROVISIONAL O RELATIVO DE IMPUTACIÓN SEÑALADO EN LA ACUSACIÓN FISCAL	32
7. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACUSACIÓN EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.....	37
8. EL ÁMBITO DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.....	41
9. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL TAMBIÉN ALCANZA A LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.....	46
10. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACUSACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004	48
11. EL CONTROL FORMAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004	49
12. EL CONTROL SUSTANCIAL O MATERIAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004	55
13. MOMENTOS PROCESALES PARA REALIZAR EL CONTROL FORMAL Y SUSTANCIAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004	56

CAPÍTULO II DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR

1. ANTECEDENTES DEL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR.....	58
2. EL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR	61
3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	61
4. PRESUPUESTOS OBJETIVOS	63
5. ELEMENTO SUBJETIVO	68
6. NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO.....	71
7. CONDUCTA TÍPICA	76
8. DELITO DE OMISIÓN PROPIA	77
9. SUJETO ACTIVO.....	81
10. SUJETO PASIVO	82
11. LA ASIGNACIÓN ANTICIPADA DE ALIMENTOS	84
12. EL PAGO TARDÍO (A POSTERIORI).....	86
13. EL PAGO PARCIAL	88

14. LA CARGA DE LA PRUEBA	91
15. LA IMPOSIBILIDAD DE PAGO COMO ELEMENTO DE LA TIPICIDAD O DE LA CULPABILIDAD	95
16. LA PRUEBA DE OFICIO	96
17. EL REQUERIMIENTO DE PAGO COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD	98
18. EL REQUERIMIENTO VISTO COMO CONDICIÓN OBJETIVA DE PUNIBILIDAD	101
19. LA SENTENCIA CIVIL ENTENDIDA COMO CUESTIÓN PREVIA y COMO CUESTIÓN PREJUDICIAL	102
20. LA NOTIFICACIÓN DEL REQUERIMIENTO	103
21. EL EMBARGO Y LA DENUNCIA PENAL	106
22. CONSUMACIÓN DEL DELITO	107
23. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN	108
24. PENALIDAD	108
25. OFENSIVIDAD DEL BIEN JURÍDICO	117
26. FINALIDAD DE LA NORMA	122
27. POLÍTICA CRIMINAL – MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL	126
28. NECESIDAD DE PENA	132
29. LAS MEDIDAS COERCITIVAS	135
30. LA CAUCIÓN	136
31. SOBRE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	139
32. LA TRANSACCIÓN EXTRAJUDICIAL	140
33. LA REPARACIÓN CIVIL	141
34. CONTROVERSIA SOBRE EL PAGO DE LA REPARACIÓN CIVIL TRATÁNDOSE DE UN DELITO DE PELIGRO	144
35. LOS INTERESES EN LA REPARACIÓN CIVIL	145
36. LA INHABILITACIÓN	146
37. PRESCRIPCIÓN	147
38. SANCIONES ADMINISTRATIVAS	148

CAPÍTULO III

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

1. PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	150
2. CLASES DE PENAS	153
3. PENAS RESTRICTIVAS DE LIBERTAD:	155
4. PENAS LIMITATIVAS DE DERECHOS:	157
5. CLASES DE PENAS	162
a.1. Generalidades	162
a.1.1. Concepto, antecedentes y denominación.	163
a.1.2. Diferencias con otras formas de prestación de servicios.	164
a.2. Características.	167
a.2.1. Contenido de la prestación.	167
a.2.2. Instituciones beneficiarias de la prestación.	168
a.2.3. Elección de la pena y del contenido de la prestación.	169
a.2.4. Consentimiento del condenado.	170
a.2.5. Duración y modo de cumplimiento.	173
a.2.6. Gratuidad de la prestación.	175
a.3. Aplicación práctica.	176

b.1. Generalidades	176
b.2. Concepto y denominación.	177
b.3. Naturaleza jurídica.....	177
b.4. Antecedentes y fuente legal.....	178
b.5. Finalidad político-criminal.	178
b.6. Características:	179
b.6.1. Destinatario.....	179
b.6.2. Contenido de la pena.	179
b.6.3. Horario y duración de la pena.....	180
b.6.4. Lugar y modo de cumplimiento.....	181
b.7. Ejecución.	181
c.1. Generalidades.	182
c.2. Clases de inhabilitación.	183
c.3. Incapacidades impuestas al condenado.....	183
c.4. Tipología: inhabilitación principal y accesoria.....	185
c.5. Duración de la inhabilitación.....	185
c.6. Modo de ejecución de la pena.	186
c.7. Comienzo de la ejecución de la pena e impugnación.	188
6. PENA DE MULTA	189
c.1 Fijación de la multa según la capacidad económica del delincuente.....	190
c.2 Conversión de la multa en pena privativa de la libertad:.....	192
c.1.1 Trabajos legislativos.	192
c.1.2 Ventajas del sistema.	193
c.1.3 Inconvenientes.	193
7. PENA DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL.	194

CAPÍTULO IV **DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA**

1.- PRINCIPIOS RECTORES:	196
a. Principio de la función preventiva.....	197
b. Principio de legalidad.	197
c. Principio de culpabilidad.	198
d. Principio de humanidad.....	199
e. Principio de proporcionalidad.....	200
2. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA:.....	202
a. Concepto y características	202
3. LAS ETAPAS DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA	204
a. La identificación de la pena básica.	205
b. La individualización de la pena concreta.	205
4. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	206
a. Circunstancias genéricas, específicas y elementos típicos accidentales.....	206
b. Circunstancias agravantes, atenuantes y mixtas.	207
c. Circunstancias cualificadas y privilegiadas.	207
d. Circunstancias agravantes de diferente grado o nivel.	208
e. Concurrencia de circunstancias.	208
f. Las circunstancias genéricas del artículo 46º.....	209
5. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA DE MULTA.....	214
a. Reincidencia y habitualidad.....	215
b. El concurso de delitos:.....	217

b.1 El concurso ideal de delitos.....	218
b.2. El concurso real de delitos.....	219
b.4. Delito continuado y delito masa.	221
6. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA REPARACIÓN CIVIL.....	222
7. DETERMINACIÓN JUDICIAL Y MEDIDAS DE SEGURIDAD	223
8. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE CONSECUENCIAS	228
9. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA Y EL NUEVO PROCESO PENAL	232
10. TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO Y DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA	233
11. CONFORMIDAD Y DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA	234

CAPÍTULO V INVESTIGACIÓN DE CARPETAS FISCALES

Tabla y Gráfica 1 , Edad de los imputados en el requerimiento de acusación fiscal en el delito de omisión de asistencia familiar, en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana, San Román, 2011	238
---	-----

Tabla y Gráfica 2 , Género y estado civil de los imputados en el requerimiento de acusación fiscal en el delito de omisión de asistencia familiar, en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana, San Román, 2011.....	240
---	-----

Tabla y Gráfica 3 , Grado de Instrucción de los imputados en el requerimiento de acusación fiscal en el delito de omisión de asistencia familiar, en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana, San Román, 2011.....	242
--	-----

Tabla y Gráfica 4 , Situación familiar de los imputados en el requerimiento de acusación fiscal en el delito de omisión de asistencia familiar, en la Primera Fiscalía Penal de decisión temprana, San Román, 2011.....	244
--	-----

Tabla y Gráfica 5 , Número de menores alimentistas en el requerimiento de acusación fiscal en el delito de omisión de asistencia familiar, en la Primera Fiscalía Penal de decisión temprana, San Román, 2011.....	246
---	-----

Tabla y Gráfica 6 , Monto de la pensión mensual cuando es el alimentista es 01 menor, en requerimiento de acusación fiscal en el delito de omisión de asistencia familiar, en la Primera Fiscalía Penal de decisión temprana, San Román, 2011	248
--	-----

Tabla y Gráfica 7 , Monto de la pensión mensual cuando los alimentistas son dos menores, en el requerimiento de acusación fiscal en el delito de omisión de asistencia familiar, en la Primera Fiscalía Penal de decisión temprana, San Román, 2011	250
--	-----

Tabla y Gráfica 8 , Monto de la pensión mensual cuando los alimentista son 03 menores en el requerimiento de acusación fiscal en el delito de omisión de asistencia familiar, en la Primera Fiscalía Penal de decisión temprana, San Román, 2011	252
---	-----

Tabla y Gráfica 9 , Monto de la pensión mensual cuando los alimentista son 06 menores, en el requerimiento de acusación fiscal en el delito de omisión de asistencia familiar, en la Primera Fiscalía Penal de decisión temprana, San Román, 2011	254
--	-----

Tabla y Gráfica 10 , Monto de la pensión mensual cuando el alimentista es la cónyuge, en el requerimiento de acusación fiscal en el delito de omisión de	
---	--

asistencia familiar, en la Primera Fiscalía Penal de decisión temprana, San Román, 2011	256
Tabla y Gráfica 11 , Monto total de las pensiones devengadas en el requerimiento de acusación fiscal en el delito de omisión de asistencia familiar, en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana, San Román, 2011	258
Tabla y Gráfica 12 , Período que comprende las pensiones devengadas que el imputado debe pagar conforme al requerimiento de acusación fiscal en el delito de omisión de asistencia familiar, en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana, San Román, 2011	260
Tabla y Gráfica 13 , Clase de Pena que se solicita en el requerimiento de acusación fiscal por el delito de omisión de asistencia familiar, en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana, San Román, 2011	263
Tabla y Gráfica 14 , Monto del pago de la reparación civil que el imputado deberá pagar y que se solicita en el requerimiento de acusación fiscal en el delito de omisión de asistencia familiar, en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana, San Román, 2011	265
Tabla y Gráfica 15 , Total de personas que no cumplen con pagar las pensiones devengadas	267
Tabla y Gráfica 16 , Situación Laboral de los acusados por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana de San Román, año 2011.....	268
Tabla y Gráfica 17 , respecto al motivo por el cuál las madres de los menores, solicitan que se cumpla con el pago de las pensiones devengadas.....	269
Tabla y Gráfica 18 , para verificar el número alimentistas	271
Tabla y Gráfica 19 , respecto el motivo por el cuál denuncian en vía penal.....	273
Tabla y Gráfica 20 , para verificar si los menores tienen amigos	275
Tabla y Gráfica 21 , para ver si los menores concurren a fiesta de su generación	277
Tabla y Gráfica 22 , respecto al colegio en el cual estudian los menores	279
Tabla y Gráfica 23 , para verificar si el acusado tiene trabajo	281
Tabla y Gráfica 24 , respecto al monto que percibe el acusado	283
Tabla y Gráfica 25 , respecto al motivo por el cual no cumple con el pago de las pensiones devengas	285
Tabla y Gráfica 26 , para verificar si las madres de los menores están de acuerdo para que solicite pena efectiva.....	287
Tabla y Gráfica 27 , para verificar si las madres de los menores están de acuerdo para que solicite servicios comunitarios.....	289
CONCLUSIONES	294
SUGERENCIAS	297

PROPUESTA.....	300
BIBLIOGRAFÍA.....	304
HEMEROGRAFÍA.....	308
INFORMATOGRAFÍA.....	310
ANEXOS	311



RESUMEN

Presento la tesis titulada “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, en el año 2011”, cuyo objetivo genérico es conocer la clase de pena que se solicita la acusación fiscal por el delito de omisión de asistencia familiar y el objetivo específico es conocer las consecuencias económicas, sociales y jurídicas en los menores alimentistas.

El presente trabajo consta de cinco capítulos, en el primer capítulo tratamos sobre la acusación fiscal, para proporcionar conceptos básicos sobre esta institución tan importante y vincularnos con el trabajo materia de investigación.

En el segundo capítulo se ha desarrollado el delito de omisión de asistencia familiar, el tercer capítulo el tema de las consecuencias jurídicas del delito, las clases de penas; en el cuarto capítulo analizamos el marco doctrinario de la determinación de la pena, principios, circunstancias modificativas de la responsabilidad penal; y, por último, en el quinto capítulo la revisión de carpetas fiscales, realizándose tablas y gráficas, asimismo se realizó cuestionarios a las madres de los menores alimentistas para verificar las consecuencias económicas, sociales y jurídicas de los alimentistas en la Provincia de San Román.

Al final del trabajo presentamos conclusiones, sugerencias, y una propuesta de modificación al Código Penal, específicamente el artículo 149, respecto a la pena debiéndose ser de prestación de servicios comunitarios remunerados obligatoriamente a los procesados por la comisión del delito de asistencia familiar, para fines del cumplimiento de deberes alimentarios y/o en el requerimiento de acusación fiscal el señor representante del Ministerio Público solicite la pena efectiva para los procesados por el delito de omisión de asistencia familiar, dado que con el incumplimiento del pago de las pensiones devengadas se causa irreparables consecuencias económicas, sociales y jurídicas en los alimentistas.

Por lo que, ponemos la investigación a consideración no sólo del Jurado, sino de la comunidad jurídica, los resultados a los que hemos arribado, buscando contribuir de alguna forma a que se mejore la legislación respecto al delito de omisión de asistencia familiar.

La autora.

ABSTRACT

I present the thesis entitled “For Prosecution for Failure to provide Child Support and its economic, social and legal consequences in victims, in the province of San Román, 2011”. This thesis’s general objective is to know the types of penalties requested by the prosecution; whereas its specific objective is to know the economic, social and legal consequences in the underage victims.

The present investigation is constituted by five chapters. In the First Chapter we go over the prosecution in order to deliver basic concepts about this rather important institution, and consequently link ourselves to the matters of this investigation.

In the Second Chapter we develop on the Child Support Lawsuit; the Third Chapter embarks on the legal consequences of the crime and the types of penalties; in the Fourth Chapter we analyze the doctrinaire framework of penalty determination, principles, and amending circumstances in criminal liability; and, finally, the Fifth Chapter goes throughout the review of prosecuting files, originating tables and graphics; likewise surveys to the mothers of underage victims were performed in order to verify the economic, social, and legal consequences; all of this in the province of San Román.

At the end of this investigation we present conclusions, suggestions, and an amend proposal to the penal law, especially to the article N° 149, about penalties, in which we propose it should include mandatory community services that are consequently paid to the accused in order to deliver Child Support; and/or the public prosecutor requests effective penalty to the accused within the request for prosecution, given that the failure to provide accrued alimony causes irreparable economic, social, and legal consequences to the victims.

Hereby, we put these investigation’s findings and conclusions to consideration, not only from the Jury, but also from the legal community, in order to contribute in a certain way to improve the legislation related to the failure to provide child support crime.

The Author.

INTRODUCCIÓN

SEÑOR PRESIDENTE Y SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO:

Esta tesis se elaboró a raíz de la labor desempeñada en el Ministerio Público, en mi condición de Fiscal Adjunta Provincial (p); y, al haber concluido los estudios de doctorado, hecho que ha dado lugar a hacer un análisis exhaustivo sobre los casos de omisión de asistencia familiar que se han tramitado en la Primera Fiscalía de Decisión Temprana de la ciudad Juliaca en el año 2011, siendo resaltante el requerimiento fiscal de acusación, sobre todo respecto a la determinación de la pena impuestas en las mismas.

La preocupación al abordar este tema es porque existe el 60% de carga procesal en el Ministerio Público respecto al delito de omisión de asistencia familiar y al privarle de las pensiones alimenticias a los alimentistas, se está frustrando, bloqueando todo un proyecto de vida, y cómo queda la defensa de los alimentistas y respecto de su dignidad que es el fin supremo de la sociedad y el Estado y nos hace ver meridianamente que la persona tiene derechos inherentes y dentro de ellos a la vida, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. Concuerdan estos principios constitucionales con lo expresado en la misma Carta Magna, cuando la comunidad y el Estado no sólo protegen al niño, adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono sino en forma integral a toda la familia en su conjunto. Esta protección no solamente se da a través de una legislación nacional sino a través de diversos tratados, en los que el Perú es parte.

En consecuencia la protección del niño no sólo tiene, amparo normativo nacional sino universal y con la dación del Nuevo Código Procesal Penal Decreto Legislativo N° 957 del año 2004, que se puso en vigencia en el departamento de Puno en el año 2009, y diversas leyes que protegen el interés superior del niño.

Consiguientemente éste es un mecanismo de defensa de la persona humana y de la familia como fin supremo de la sociedad y del estado, bajo el derecho fundamental de

la persona como es el de su “dignidad”; sin embargo, existe un cuerpo normativo nacional y tratados internacionales, en defensa de la familia y sus componentes, así conforme el artículo 349 del Código Procesal Penal, en donde se detalla específicamente que: 1) La acusación fiscal será debidamente motivada y contendrá. a) Los datos que sirvan para identificar al imputado; b) La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores y otros requisitos que debe contener el requerimientos de acusación fiscal y para el caso de nuestro tesis específicamente; f) El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite; g) El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo; y. h) Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia y otros como son: El Fiscal indicará en la acusación las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la Investigación Preparatoria; y en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda.

El delito de omisión de asistencia familiar, es parte de uno de los problemas que afronta nuestra sociedad, es por ello que se debe considerar la solicitud de pena efectiva o prestación de servicios comunitarios remunerados y por consiguiente el sentenciado cumpla con la obligación alimentaria, y como política criminal el estado contribuya para su cumplimiento.

Expreso mi eterno agradecimiento a mis docentes del doctorado de la Universidad Católica de Santa Maria, y otros amigos a quienes los tengo presente en mi vida, por haber contribuido y apoyado en la elaboración de la presente tesis.

Marleni Elizabeth Condori Huisa.



CAPÍTULO I

ACUSACIÓN FISCAL

LA ACUSACIÓN FISCAL

1. CONCEPTO

La acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve el régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública (artículos 159,5 de la Constitución Política del Estado, 1 y 92 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, y 1,60 y 344.1 del NCPP). Mediante la acusación, la Fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido.

En la primera parte del fundamento jurídico N° 6 del Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116, define a la acusación fiscal como un acto de postulación, donde se fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible.

La pretensión procesal es el objeto del proceso; pero esa afirmación general es matizada para el proceso penal, ya que subyace a la pretensión un interés público del que no es titular el pretensor y del cual no puede disponer.

Montero Aroca afirma que el objeto del proceso solo se halla definido por el hecho punible que se introduce por la parte acusadora cuando sostiene la acusación, es decir, el objeto del proceso se halla conformado por el fundamento de la pretensión procesal¹.

El Dr. Gómez Colomer, define a la acusación como el acto procesal mediante el cual se interpone la pretensión procesal penal; consiste en una petición fundada dirigidas al órgano jurisdiccional, para que imponga una pena y una indemnización a una

¹ Montero Aroca, Juan, Derecho Jurisdiccional III. 7° edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 24.

persona por un hecho punible imputado-dejándose a salvo las contrapretensiones que pueda deducir el imputado.

Por otro lado, la acusación del Ministerio Público es expresión del principio acusatorio. En efecto, en un sistema inquisitivo de imposición de penas, el estado a través del inquisidor, órgano público único asume el rol de acusador y “juez”, siendo por definición un sistema que no pretende asegurar ninguna imparcialidad (en la “realidad” radica la heterotutela); y por eso mismo se le catalogó como un sistema administrativo de imposición de penas más que de proceso, en la medida en que técnicamente en él no hay partes como sujetos procesales con derechos, oportunidades y cargas, ni existe en puridad un juez, sino más bien un funcionario administrativo con ciertos poderes para investigar y resolver una cuestión penal conforme a ley².

Las reformas liberales de la justicia penal realizadas durante el siglo XIX en Europa Continental persiguieron, entre otras modificaciones importantes, consagrar un proceso penal ante un juez imparcial. En ese afán surge el principio acusatorio como la herramienta apropiada para conseguirlo, en cuanto su aplicación consagra la separación de la función acusadora del enjuiciamiento. Desde aquella época se le ha atribuido al principio acusatorio la finalidad esencial de asegurar la imparcialidad del órgano decisor mediante la obtención de la estructura tripartita semejante a la del proceso civil.

Es decir, de un proceso que se ventila entre dos partes contrapuestas frente a un tercero imparcial, puesto en una situación de “terciedad” (heterotutela), cuya función es decidir el litigio conforme a Derecho. De esa manera se consigue que el proceso se configure como un *actus trium personarum*. Por lo que el principio acusatorio impone la necesidad de que un órgano ajeno al juez introduzca aquello que va ser objeto de la decisión, esto es, el objeto del proceso penal, para que el juez en una posición de “terciedad” decida. Para ello se introdujo una parte artificial distinta del juez que vino a representar el interés estatal o social en la aplicación de los

² Del Río Ferretti, Carlos, La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Estudio comparado del derecho español con el chileno, Universidad de Valencia, 2006, Pág. 72-73.

tribunales de justicia (es el desdoblamiento del estado en el proceso penal que actúa, por una parte, como requirente y, por otra, como decisor).

De manera tal que fue menester entregar la función de acusación pública al Ministerio Público, sin perjuicio del reconocimiento del derecho de acción y de acusación del acusador popular y particular.

2. NATURALEZA DE LA ACUSACIÓN

La formulación de la acusación es una facultad del Ministerio Público mediante la cual solicita el enjuiciamiento del procesado. En ella individualiza al acusado y desarrolla el hecho imputado, su tipificación, las circunstancias modificatorias, los medios de prueba a actuar en juicio, la solicitud de pena y la reparación civil.

La acusación delimita el objeto del proceso, haciendo con ello posible una adecuada defensa y fijando los límites de la sentencia. Por eso la acusación debe ser concreta, pues sino se prestaría a la injusticia y al arbitrio judicial³.

Según el modelo procesal de 2004, es en la investigación preparatoria donde se reúnen las evidencias que sustentarán la acusación que será examinada por el juez en la etapa intermedia.

La investigación preparatoria tiene por finalidad: reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa; además de determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor o participación y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

Para Gimeno Sendra, una vez concluida la instrucción y dentro de la fase intermedia, en el plazo legal, el fiscal puede presentar el escrito de acusación que es un acto de postulación en virtud del cual formaliza la pretensión punitiva estatal, la que

³ Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo I, Buenos Aires, 1986, pág. 460.

descansa en las máximas romanas ne procedat iudez ex officio y nemo iudez sine accusatore ⁴.

3. CARACTERÍSTICAS DE LA ACUSACIÓN FISCAL⁵

- a. Delimita el objeto del juzgamiento, en cuanto precisa el delito y su autor, por lo que el juicio oral debe desarrollarse dentro de dichos límites.
- b. Determina los límites de la sentencia, en cuanto el órgano jurisdiccional no podrá condenar a quien no fue objeto de acusación ni al que lo fuera por delito diferente.
- c. Determina el camino que ha de seguir la defensa. Naturalmente, conociéndose los términos de la acusación y los elementos probatorios que la sustentan permitirá una estrategia de la defensa, que debe centrarse solo en lo que es materia de acusación.

4. REQUISITOS DE VALIDEZ DE LA ACUSACIÓN

El segundo párrafo del fundamento N° 6 del Acuerdo precisa:

“La acusación fiscal debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al órgano jurisdiccional. Con independencia de los presupuestos procesales, cuya ausencia impide al órgano jurisdiccional entrar a examinar el fondo de la pretensión, la acusación fiscal debe expresar, de un lado, la legitimación activa del fiscal como tal-cuya intervención solo es posible en los delitos de persecución pública -y la legitimación pasiva del acusado, quien desde el derecho Penal debe tratarse no solo de una persona física viva sino que ha debido ser comprendido como imputado en la etapa de instrucción o investigación preparatoria y, por ende, estar debidamente individualizado. De otro lado, desde la perspectiva objetiva, la acusación fiscal ha de respetar acabadamente los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y fundamentación

⁴ Gimeno Sendra, Vicente, Lecciones de Derecho Procesal Penal, Madrid, 2001, pág. 325, 326.

⁵ Sánchez Velarde, Pablo, Manual de Derecho Procesal Penal, Idemsa, Lima, 2004, pág. 552, 554.

jurídica, y al petitum o petición de una concreta sanción penal”. Del párrafo citado se colige un grupo de requisitos materiales de la acusación fiscal, denominados subjetivos, y un segundo grupo de requisitos objetivos⁶.

Los requisitos subjetivos giran en torno a la identificación y legitimidad tanto del acusador como del acusado. En lo que respecta al órgano acusador, debe estar representado en los delitos cuya persecución se da a través del ejercicio público de la acción penal, por el Ministerio Público, en virtud de su función requirente. En este sentido, el principio acusatorio exige la separación de las funciones requirentes y decisorias –que antes concluían en el juez inquisidor- y su atribución a dos órganos estatales diferentes: el Ministerio Público y el Juez o Tribunal. Precisamente para garantizar una mayor imparcialidad en la decisión, la función de la acusación le corresponde al fiscal- siempre en el contexto del ejercicio público de la acción penal-, resultado inadmisibles que el juez o tribunal tenga la posibilidad de aplicar sanciones penales, si no existe una acusación que concrete una pretensión punitiva. El principio acusatorio rige en un determinado proceso penal cuando las fases de investigación y de juicio oral se encomiendan a órganos distintos, prohibiéndose al órgano decisor realizar funciones de la parte acusadora y al órgano requirente funciones de contenido jurisdiccional.

La función requirente del Ministerio Público es una función judicial, porque se desarrolla dentro del marco de la administración de justicia, pero no debe confundirse con la función jurisdiccional que constituye atribución exclusiva de los jueces. Ambas funciones requirente y jurisdiccional son funciones judiciales por naturaleza, pero de especie distintas.

Por otro lado, y continuando con los requisitos de validez subjetivos de la acusación fiscal, tenemos la identificación del acusado. Al respecto, la primera parte del primer párrafo del fundamento N° 7 del acuerdo:

“Los artículos 225 (del) C de PP. 349 (del) NCPP y 92.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público identifican el contenido de la acusación fiscal y condicionan su eficacia procesal. La característica común de las normas citadas, desde una

⁶ Artículo 225 del C. de PP. y el artículo 349 del NCPP.

perspectiva subjetiva, es la necesidad de una identificación exhaustiva del imputado, quien ha de haber sido comprendido como tal mediante un acto de imputación en sede de investigación preparatoria o instrucción fiscal o judicial, según se trate del NCPP o del C. de PP. respectivamente.

En el escrito de acusación fiscal deberá observarse la individualización del acusado y de su defensor, es decir, y con relación al imputado, su nombre, apellidos, edad, estado civil, profesión u oficio, lugar de nacimiento, nacionalidad, domicilio, entre otros datos que se estimen convenientes. Asimismo, y con referencia al abogado defensor, sus respectivos datos de identificación. Esta información personal es necesaria para conocer datos del acusado vinculados a la petición de la pena y la reparación civil.

Respecto a los requisitos de validez objetivos de la acusación fiscal, respecto a lo cual la segunda parte del primer párrafo del fundamento N° 7 del Acuerdo indica: “(...) Desde la perspectiva objetiva, la acusación debe mencionar acabadamente la fundamentación fáctica, indicar con todo rigor el título de condena y concretar una petición determinada, así como el ofrecimiento de medios de prueba”.

Conforme a ello, los requisitos objetivos de validez de la acusación fiscal son:

a) Fundamentación fáctica:

Es necesario como condición sine qua non que una acusación que fije el hecho, y con ello, el objeto del proceso. Al respecto, el Dr. Marcelo Sancinetti señala: “(...) la descripción habida en la acusación tiene que permitirle al acusado identificar por qué razón, en el acontecimiento histórico identificado por el acusador, se dan elementos fácticos como para considerar reunidos los conceptos jurídicos aplicables al caso. Es decir, que la defensa tiene que poder controlar el procedimiento de subsunción”⁷.

⁷ Sancinetti Marcelo, La nulidad de la acusación por indeterminación y el concepto de instigación. Buenos Aires, 2001, pág. 62.

5. TEORÍAS DOGMÁTICAS PROCESALES PENALES RESPECTO A LA IDENTIFICACIÓN DEL HECHO

Teoría naturalista y la teoría normativa.

- a) **Teoría naturalista del hecho.-** El proceso penal necesita de un concepto del hecho naturalista para distinguir el “hecho por el que se procede” del “hecho punible” en el sentido de la ley penal: el hecho procesal está constituido por un acaecimiento o “trozo de vida” y no por un concreto tipo penal. La concepción naturalista considera que la identificación ha de hacerse con base a criterios puramente naturales, de los cuales habrá de surgir una unidad: la unidad de acción natural.- Para ello, se recurre a criterios históricos o naturales que permitan conseguir una cierta delimitación del hecho que sirva de medida con miras a conformar un objeto del proceso.

Como primer criterio se utilizó la determinación espacio-temporal; así hecho procesalmente relevante sería un simple acaecer histórico dentro de sus límites espacio-temporales. Es decir, para individualizar el hecho había que atender a criterios de determinación espacial y temporal del acaecimiento histórico; en consecuencia, a efectos de identificación del hecho había que preguntarse: ¿qué cosa, dónde y cuándo? El resultado de las respuestas a estas tres cuestiones era el objeto del proceso. Sin embargo, en ciertos casos la pura referencia a criterios espaciales y temporales deshecho histórico se manifiesta ambigua y precisa para la resolución de hipótesis cuya unidad no se delimita por estos criterios. Así, por ejemplo, cuando el hecho no se contrae a un lapso determinado de tiempo, como sucede en el caso de lesiones de las que se sirva muchos meses después la muerte de la víctima; o cuando el hecho histórico natural no puede servir de referente, como es el caso de distintas formas de intervención delictiva, como son la autoría y la complicidad. Las que desde un punto de vista natural son hechos distintos, pero que desde una perspectivas procesal (para la teoría normativa) constituirán un mismo hecho.

Segundo criterio de la teoría naturalista que consistió en la referencia a la voluntad del autor. Es decir, el elemento que permitiría discernir la unidad natural la constatación de que el agente (sujeto pasivo del proceso) persigue un fin particular que se proyecta en una conducta material. La identidad del hecho, por lo tanto, depende en esta teoría de la invariabilidad del elemento volitivo.

- b) **Teoría normativa del hecho.-** La cual pretende contestar a la cuestión de la identidad del hecho desde su lectura jurídico-penal, puesto que, considera incorrecta la pura utilización de los criterios naturales, estimando necesario adoptar una visión de derecho Penal sustantivo con el objeto de poder disponer de un criterio que permita identificar el hecho y medir su invariabilidad (o identidad) en todos los casos, sobre todo en aquellos en que los criterios naturales se mostraron inútiles.

Esta teoría busca en el concepto jurídico sustantivo de hecho (hecho penal) uno o más elementos que sirvan para su determinación procesal, intentando hacer una valoración jurídico-penal, pero sin confundir el hecho procesal o con un preciso hecho penal o delito. **El hecho procesal sigue siendo un factum con individualidad propia, pero se ha de tener en cuenta que este factum** lo es dentro de un asunto penal, de una relación de Derecho Procesal Penal y Penal, manifestado en la imputación de un hecho supuestamente ilícito a una persona que eventualmente habrá de soportar una consecuencia penal⁸.

En el escrito de acusación se debe realizar un relato circunstanciado de los hechos atribuidos: se debe elaborar una exposición breve de los hechos que son materia de imputación por el Ministerio Público-. Constituye un relato ordenado de los hechos que sustentan la posición del Ministerio Público en la acusación, que debe mostrar una capacidad de síntesis de los hechos. Además, debe destacar los aspectos (penalmente) relevantes de la conducta del imputado antes, durante y después de la comisión del delito; las circunstancias del tiempo y lugar, la situación y posible resistencia de la víctima; la edad de esta (sobre todo en los casos de agresión sexual); si se empleó violencia física o amenaza,

⁸ Roxin Claus, Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, 2000, pág. 160-163.

la forma de intervención captura del imputado; si este se entregó a la policía o se resistió a la detención, etc. en suma, la expresión de todo aquello que sea relevante para fundamentar la acusación y se analice y debata en el juicio.

En tal sentido, el Acuerdo también ha considerado que a la hora de explicar los hechos, se tengan tantos criterios naturalísticos como normativos. Así, nos indica el último párrafo del fundamento N° 7:

“Formalmente, además de su carácter escrito, la acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado o a la persona a la que se le atribuye responsabilidad civil, con mención fundamentada del resultado de las investigaciones. Desde el Derecho Penal, los hechos que la fundamentan deben ser los que fluyen de la etapa de investigación preparatoria o instrucción. Se exige una relación circunstanciada, temporal y espacial, de las acciones u omisiones dolosas o culposas penales por la ley, que han de construir el objeto del juicio oral. Esta descripción ha de incluir, por su necesaria relevancia jurídico-penal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal”. Se debe resaltar que los hechos expuestos deben ser aquellos que han sido objeto de la investigación-denominado instrucción en el C de PP. O bien investigación preparatoria, de acuerdo con el NCPP. En efecto, es la fundamentación fáctica la que vincula a las partes entre sí y a estas con el órgano jurisdiccional; las calificaciones jurídicas pueden variar según la perspectiva de cada sujeto procesal, pero los hechos son indesligables dado que constituyen el sustrato de la pretensión procesal, de lo que se va a discutir en el debate oral.

c) Fundamentación jurídica:

Es el examen o calificación normativa que realiza el fiscal en torno a los hechos ingresados a través de su escrito de acusación; es decir, es el juicio de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad que el representante del Ministerio Público ha formulado con relación a los hechos materia de su investigación. Esta calificación es provisional, es decir, variable. En efecto, cabe la posibilidad de que durante la actividad probatoria en la audiencia del juicio oral, se deriven

cierto resultado que obliguen al fiscal a modificar la calificación jurídica que realizó en un principio en su escrito de acusación.

Así, el artículo 374-1 del NCPP señala lo siguiente:

“Si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el juez penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al fiscal y al imputado sobre esa posibilidad. Las partes se pronunciarán sobre la tesis planteada por el juez y, en su caso, propondrán la prueba necesaria que corresponda. Si alguna de las partes anuncia que no está preparada para pronunciarse sobre ella, el juez penal suspenderá el juicio hasta por cinco días, para dar oportunidad a que exponga lo conveniente”.

La calificación jurídica de la Fiscalía puede variar – los hechos deben mantenerse inmutables, no deben ingresar incluso eventos fácticos nuevos- debido a que no ha tomado en cuenta algún factor normativo durante su examen o juicio de valor, y esta omisión ha sido advertida por el juzgador- en mérito de la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral-, quien indica a las partes de tal situación, a fin que las mismas emitan su respectivo pronunciamiento.

Por otro lado, el artículo 374 numeral 2 del NCPP preceptúa: “Durante el juicio el fiscal, introduciendo un escrito de acusación complementaria, podrá ampliar la misma, mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancias que no hay sido mencionada en su oportunidad, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. En tal caso, el fiscal deberá advertir la variación de la calificación jurídica”. Este supuesto a diferencia del anterior, descansa en la inclusión al debate oral de un nuevo hecho, no es que los anteriores se hayan necesariamente modificado, sino que se ha omitido- no una circunstancia de valoración normativa como en el caso anterior- un evento, una circunstancia fáctica. Ello amerita que el fiscal los haga ingresar al debate a través de su escrito de acusación complementaria, pudiendo darse el caso de

que, por la inclusión del nuevo hecho, la Fiscalía deba ajustar la calificación jurídica que inicialmente hizo en su primer escrito de acusación.

Finalmente, de la fundamentación jurídica que realice el fiscal se va a desprender el título de imputación; es decir, el tipo penal imputado al acusado, Al respecto, pueden surgir una serie de situaciones, tales como: a) la acusación alternativa o subsidiaria; b) la correlación entre la acusación fiscal y la sentencia; y. c) la desvinculación del órgano jurisdiccional del título de imputación propuesto por el Ministerio Público.

- a) Acusación alternativa o subsidiaria se debe entender a la propuesta, en el escrito de acusación fiscal, de dos o más versiones fácticas y jurídicas, siempre que no se modifiquen los márgenes del objeto del proceso, y se identifique la esencia de los hechos, en el entendido de que si no es estimada la primera proposición, puedan ser consideradas las restantes como válidas.

Se puede proponer una variedad de calificaciones jurídicas con sus respectivas modalidades fácticas o imputar varias intervenciones de un mismo imputado y de peticiones de penas conforme a ellas.

Esta técnica de proposición de la acusación puede tener una doble utilidad. En primer lugar, resulta útil al acusador cuando dude del resultado probatorio, de modo que mediante la alternatividad pueda presentar toda su hipótesis probable, proyectando anticipadamente los diversos resultados probatorios.

Para el ejercicio del control jurisdiccional de la acusación se requiere previamente que los sujetos procesales tengan conocimiento de su contenido, con la finalidad de examinarlo y expresarle al juez toda observación o inquietud que les haya podido suscitar.

El otro caso de utilidad es más una cuestión del sistema procesal que de proceso. Nos explicamos: la alternatividad de la acusación se muestra como la estrategia o técnica de los acusadores para evitar posibles absoluciones de los juzgadores por desconocimiento o no consideración de ciertas normas penales, pues se les presenta la totalidad de las posibilidades fáctico-jurídicas imaginables que se

puedan deducir de la prueba practicada en el juicio. Sin embargo, esta técnica llevada al extremo podría producir el paradójico efecto de otorgar al juzgador mayor amplitud de poderes, ya que en la práctica al abusar de la alternatividad se pone a disposición del juzgador una buena cantidad de relatos y calificaciones posibles y sobre esa base se le entrega una mayor libertad para sancionar un hecho delictivo; ello acontecería por la libertad de calificación del juzgador, gracias al abanico de posibilidades puestas a su disposición a través de la acusación alternativa.

La alternatividad en este último sentido, al otorgar al juzgador un amplio abanico de posibilidades de enjuiciamiento fáctico y jurídico del caso, puede servir como medio adecuado para hacer frente al fenómeno del solapamiento normativo penal que se produce en el orden penal sustantivo. Como se sabe, este obedece a que la “producción”, legislativa dentro de un ordenamiento jurídico estatal tiende a generar zonas de regulación penal superpuesta de una actividad ilícita, que resulta reglamentada por distintas normas penales, o que un mismo hecho punible, en abstracto y prima facie, sea subsumible aparentemente en distintas normas penales.

En ese sentido, el fiscal al acusar por un hecho puede hacer una subsunción que desde un punto de vista inicial y abstracto no esté “errada”, pero que el juzgador, desde el punto de vista técnico-penal, no la considere adecuada (efectuando una subsunción distinta). Es la misma ley sustantiva penal la que prevé estos problemas de interpretación y aplicación de la ley penal, derivados de no saber con toda seguridad cuál es la norma aplicable.

Al respecto el Dr. Carlos Del Río Ferretti, señala lo siguiente: “La alternatividad de la acusación, en consecuencia, puede servir para ofrecer al juzgador todas las posibilidades normativas de calificación fruto del solapamiento normativo penal y, de esa manera, asegurarse que tenga en consideración todas las posibilidades legales del caso para elegir entre ellas la que corresponda, en definitiva, la alternatividad es una herramienta de anticipación ante la posible discrepancia de criterio del juzgador en la subsunción del hecho punible, y de presión para

asegurarse de que el juzgador considerará todas las posibilidades de subsunción”.

Lo señalado dota de fundamento al artículo 349.3 del NCPP, el cual precisa: “En la acusación el Ministerio Público podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado”.

b) Pedido de sanción penal y de reparación de los daños

El pedido de sanción penal es lo que dota de contenido a la acusación fiscal. En ese orden de ideas, por lo que el representante del Ministerio Público puede tomar en consideración los criterios establecidos en el artículo 45 y 46 del Código Penal, a pesar de ser mensajes normativos dirigidos al juez.

En lo que respecta al artículo 45 del Código Penal, los criterios a ser tomados en cuenta son: i) la carencia social que hubiere sufrido el agente; ii) su cultura y sus costumbres; y iii) los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.

El primer criterio consagra el principio de la culpabilidad social en la comisión del delito. De esta forma nuestra colectividad reconoce que no brinda iguales posibilidades a todos los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando una responsabilidad parcial en la conducta delictiva. El segundo criterio señala la cultura y costumbres del agente como indicadores en la determinación judicial de la pena, entendiendo que todo comportamiento humano está condicionado culturalmente.

Finalmente, el tercer criterio gira en torno a los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen. Ello revela la tesis de la neutralización de la víctima en el sistema penal, la lesión de la víctima ya no constituye el fundamento de la consecuencia jurídico penal, sino un mero indicador para valorar la probabilidad de comisión de futuros delitos por parte

del sujeto activo. Sin embargo, esta afirmación hay que compensarla en el sentido de que aún rige el criterio de la unidad criminológica de autor y víctima, por lo que la víctima seguirá siendo coprotagonista del delito, sea cual se la política criminal que impere.

Por otro lado, los criterios señalados en el artículo 46 del Código Penal son⁹.

1. La naturaleza de la acción. A partir de ella es posible dimensionar la magnitud del injusto, En este indicador el juez debe apreciar varios aspectos como el tipo de delito o el modus operandi empleado por el agente, esto es, la forma como se ha manifestado el hecho.
2. Los medios empleados, La realización del delito se puede ver favorecida con el empleo de medios idóneos. Asimismo, la naturaleza y efectividad dañosa de uso pueden comprometer en mayor o menor medida la seguridad de la víctima o provocar graves estragos.
3. La importancia de los deberes infringidos. Alude a una circunstancia relacionada con la magnitud del injusto, pero que toma en cuenta también la condición personal y social del agente.
4. La extensión del daño o peligros causados. Nos indica la cuantía del injusto en su proyección material sobre el bien jurídico tutelado.
5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión. Todas se refieren a condiciones tempo-espaciales y reflejan principalmente una mayor dimensión del injusto, en tanto que el agente se suele aprovechar de ellas para facilitar la ejecución de su delito.
6. Los móviles y fines. Para la aplicación de las penas debe evaluarse el motivo psicológico del autor en cuanto se relaciona con los fines sociales; será más reprobable cuanto más se oponga a los sentimientos básicos de la piedad, de la solidaridad, de la cultura, etc.

⁹ Prado Saldarriaga, Víctor. "La determinación judicial de la pena". Grijley, Lima, 2000, págs. 567-569.

7. La unidad o pluralidad de agentes. Tradicionalmente se ha considerado que la pluralidad de agentes indica un mayor grado de peligrosidad y de inseguridad para la víctima.
8. La edad, educación, situación económica y medio social. Aquí se consagra una auténtica situación atinente a la culpabilidad. Se trata de circunstancia que se relaciona con la capacidad penal del imputado y con su mayor o menor posibilidad de internalizar el mandato normativo, motivarse con él conforme a sus exigencias sociales. Es más, quien dude de los efectos del error de prohibición directo en la ley, encontrará en esa fórmula una consagración legal que demuestre que la ignorancia de la ley penal sin excusas.
9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño. Esta circunstancia se funda en una conducta del agente posterior al delito. Reparar revela una actitud positiva que debe valorarse como una circunstancia atenuante.
10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto. En estas circunstancias se valora un acto de arrepentimiento posterior al delito y que expresa la voluntad del agente de haberse responsable de aquel y asumir las consecuencias jurídicas derivadas. La presentación debe ser voluntaria, esto es, espontánea, libre, sin mediar presión.
11. Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente. El legislador deja al juez una posibilidad abierta para que interprete y aprecie otras circunstancias, distintas de las antes mencionadas, pero que resulten idóneas para conocer mejor la personalidad del agente.

Si el juez, ya sea por iniciativa de alguna de las partes o de oficio, ha detectado algún vicio o defecto en la acusación fiscal, debe ponerlos en conocimiento a los demás sujetos procesales, a fin de que emitan su correspondiente pronunciamiento.

Asimismo, el fiscal deberá tener en consideración la presencia o no de atenuantes o agravantes, ya sean genéricas o específicas. Finalmente, y con relación a los daños surgidos por la comisión de un delito, deberá tener en cuenta los siguientes conceptos.

1. La restitución. Presenta como contenido una sanción civil específica: la restitutio in pristinum, la devolución o restitución del bien concreto objeto del delito. Pero este derecho a la restitución no nace propiamente del delito, sino de la ilícita detentación o tenencia del bien, sea o no por título delictivo. Su contenido coincide con el de la acción reivindicatoria.
2. La reparación. La reparación del daño ha pretendido distinguirse de la indemnización del perjuicio, tomando como base los textos legales. Pero en realidad esas dos expresiones no son más que un pleonismo jurídico, pues jurídicamente significan lo mismo; por ello las dos nociones deben refundirse en un único concepto. Incluso, desde el punto de vista etimológico advierte, oportunamente el Dr. Gómez Orbaneja que debería decirse al revés: "indemnizar" es "dejar indemne, sin daño, a alguien, mientras que "resarcir" es tanto como reparar o recomponer y debería referirse a los perjuicios. Lo importante jurídicamente es que las dos expresiones significan lo mismo¹⁰.

El daño será el sufrido por la víctima y derivado directamente del delito, mientras que el perjuicio sería su consecuencia indirecta y podría afectar a la víctima o a un tercero. Otras veces se identifica el daño con el daño emergente y el perjuicio con el lucro cesante. No falta el intento de ver en el daño una modalidad del perjuicio. La jurisprudencia no mantiene una posición definida.

3. Damnum emergens y lucrum cessans. También esta distinción es milenaria. Conceptualmente son distinguibles, el daño resultante es el que "positivamente" se ha producido a consecuencia del delito y el lucro no regido, que es el daño o perjuicio producido "negativamente", como las ganancias o beneficios dejados de obtener. Así, las lesiones han podido obligar al lesionado dedicarse a su trabajo (impidiéndole obtener aquello que de no ser por las lesiones hubiese ganado). Los gastos realizados son el "daño resultante" o emergente, y las ganancias o beneficios perdidos es el "lucro

¹⁰ Gómez Orbaneja, Emilio, Derecho Procesal Penal, Civitas, Madrid, 1987, pág. 383.

cesante”. Tanto el daño emergente como el lucro cesante deben ser acreditados en la causa, uno y otro se indemniza por igual.

4. Daño patrimonial y “daño moral”. Todo daño que directa o indirectamente repercute en el patrimonio es un daño patrimonial, ya sea un daño emergente o un lucro cesante. La noción de daño moral se alcanza por contraposición con el daño patrimonial. Daño moral es el daño no patrimonial. Todo daño moral no puede ser ni directa ni indirectamente patrimonial. Por eso se identifica con las nociones de sufrimiento y se indemniza como premium doloris.

6. EL CARÁCTER DE PROVISIONAL O RELATIVO DE IMPUTACIÓN SEÑALADO EN LA ACUSACIÓN FISCAL

El fundamento N° 8 del Acuerdo señala:

“La acusación debe incluir un título de imputación determinado, es decir, una calificación, siempre provisional, del hecho punible objeto de investigación preparatoria o instrucción. Este comprende la precisión de los elementos legales del hecho punible, la indicación de la ley penal correspondiente con las normas que correspondan, referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, el grado del delito, o la forma de autoría o de participación.

Lo expuesto en el auto de apertura de instrucción o en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria-según se trate del ACPP o del NCPP. Respectivamente-, respecto del fundamento jurídico, tiene un carácter relativo; lo que interesa sin perjuicio de la identificación del imputado, es la definición de los hechos que han sido objeto de investigación, y que no se altere la actividad: identidad, por lo menos parcial, de los actos de ejecución delictiva y la homogeneidad del bien jurídico tutelado. Ambas decisiones judicial una y fiscal –determinaran la legitimación pasiva y se convierten en el requisito previo de la acusación, con lo que evita las acusaciones sorpresivas y robustecen el derecho de todo ciudadano al conocimiento previo de la acusación; derecho último, que integra la garantía de defensa procesal, y que no implica convertir el auto de apertura de

instrucción o la disposición de formalización y continuación de las investigación preparatoria en un escrito de acusación.

Una regla expresa sobre esa vinculación relativa del fundamento jurídico de la causa de pedir se encuentra en el artículo 349.2 del NCPP, que incluso autoriza un cambio en la calificación jurídica siempre con pleno respeto del principio acusatorio, que exige en este nivel, de un lado, identidad esencial-es decir, total o parcial-entre los hechos de ejecución delictiva investigados y acusados. Y, de otro lado, respecto la homogeneidad del bien jurídico protegido por el ordenamiento sustantivo. En tanto se trata de un acto de postulación, que es objeto de conocimiento del acusado y respecto del cual se inicia el juicio oral, por lo que el proceder del fiscal vulnera el principio de contradicción o lesiona la garantía de defensa procesal.

La relatividad de la calificación jurídica presentada en el escrito de acusación fiscal y la inmutabilidad de los hechos ingresados al debate oral no son una paradoja del actual sistema de justicia penal, sino la consecuencia lógica de haberse adoptado la teoría abstracta de la acción, en aquella versión que permite distinguir la acción de la pretensión procesal, es decir, el derecho a recurrir al órgano jurisdiccional a fin de obtener una respuesta conforme a derecho- acción- del pedido concreto y fundado pretensión.

La etapa intermedia es una fase de saneamiento, tendiente a eliminar todo defecto procesal que afecte de lo actuado. Esta función de filtro gira en torno a los requisitos de acusación o sobreseimiento y a la prueba presenta por las partes.

Ahora bien, lo que dota de contenido al objeto del proceso penal es la pretensión procesal; sin embargo, de los elementos que la conforman: fundamentación fáctica, fundamentación jurídica, y petición de sanción penal y reparación de daños, son los hechos los que realmente establecen el contenido del objeto del proceso penal los otros elementos solo son importantes para el objeto del debate o juicio oral.

El tipo de objeto del proceso está conformado solo por el hecho. En cambio, el objeto del debate también incluiría a la calificación jurídica y al petitum (de la acusación y de la defensa).

El objeto del proceso coincidiría con el fundamento de la pretensión y los hechos, y determinaría el contenido del principio acusatorio; mientras que el segundo el objeto del debate se vincularía con las exigencias de respeto al derecho a ser informado de la acusación, al derecho de defensa y al principio de contradicción. Desde este punto de vista el planteamiento de tesis del juez sobre una probable calificación distinta de la formulada por la acusación no es otra cosa que la ratificación de la existencia del objeto del debate con el contenido señalado y de la amplitud del derecho a ser informado de la acusación, del derecho de defensa y del principio de contradicción. Por lo que el juzgador para ampliar el objeto de debate y el objeto de su cesión, se convierte en un presupuesto de eficacia de sus poderes jurisdiccionales.

El planteamiento de parte del juzgador de la postura del debate (y eventualmente las posibilidades de suspensión y prueba) no solo constituyen un mecanismo para ampliar el objeto del debate y decisión con el fin de preservar la debida contradicción con y para impedir cualquier situación productora de indefensión, sino que también visto desde el ángulo de las facultades del juzgador-constituye esencialmente el modo de cumplir con un presupuesto de eficacia del poder de oficio de aplicación del derecho Penal (*iura novit curia*), que es el aseguramiento de que este poder no ha de producir ninguna hipótesis de vulneración del derecho de defensa. Solo bajo este presupuesto el juzgador se halla en posición de ejercer sus facultades. Es decir, mientras no cumpla con dicha técnica de garantía, los poderes de aplicación del Derecho para apartarse de la acusación no podrán ser ejercidos con eficacia. En definitiva, este mecanismo o técnica es un auténtico presupuesto de eficacia impuesto por la ley, que condiciona el ejercicio del *iura novit curia* del órgano jurisdiccional. Esta imposición no tiene su origen en el principio acusatorio, porque cuando el juzgador estima una calificación o asignación de consecuencia jurídica diversa a la pedida no haya modificación del objeto del proceso, sino que lo que se pone en riesgo es el derecho de defensa al considerarse en la sentencia un elemento de calificación distinto de los que conformaron el objeto del debate en el caso concreto, de lo cual puede resultar una merma en el despliegue de argumentaciones o defensa en su sentido más amplio.

Sin embargo, la desvinculación del órgano jurisdiccional de la calificación jurídica presenta por el Ministerio Público, debe observar las reglas establecidas en el acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116.

a. Cuando la acusación ha omitido señalar una atenuante

El apartado uno del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales estatuye que el Tribunal en la sentencia que profiera no podrá sobrepasar aunque sí, degradar el hecho y las circunstancias jurídicamente relevantes fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, de la acusación complementaria.

Para la Corte Suprema, no hay infracción a los principios acusatorio y de contradicción, si la Sala Penal, a la hora de dictar sentencia, establece una circunstancia de atenuación no señalada en la acusación; ello, porque aún se mantiene incólume el tipo penal imputado al procesado y que fue materia de sus argumentos de defensa; es decir, con la atenuación se mantiene la nota de tipos legales homogéneos que sean de la misma naturaleza y que el hecho que los configura sea sustancialmente el mismo, esto es, modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal.

Asimismo, la Sala Penal no tiene por qué exigir al Ministerio Público que formule una acusación complementaria a fin que precise la atenuación omitida en su escrito originario; tampoco es necesario que la Sala Penal invoque la tesis de la desvinculación, ni menos aún suspender la audiencia del juicio oral a fin que la defensa se pronuncie por la atenuación que el tribunal pretende aplicar. Basta que la sentencia explique las razones por las que se le aplica al condenado la atenuante para que se satisfaga la exigencia de seguridad jurídica.

b. Cuando la acusación ha omitido señalar una agravante

Cuando la omisión gira en torno a una agravante, y por respeto al principio de contradicción y al derecho de defensa, el tribunal debe, de oficio, plantear la tesis desvinculación; es decir, su alejamiento de los hechos y circunstancias expuestos en la acusación fiscal, a efectos de que se introduzca al debate un nuevo tema: la probable presencia de una agravante. El hecho de ampliar el objeto de debate posibilita que la defensa plante sus argumentos, dado que, y a diferencia del caso de los atenuantes, aquí se ve empeorada la situación jurídica del acusado.

c. Cuando la acusación ha incurrido en una equivocada tipificación de los hechos

En estos casos, la tipificación del hecho punible- el título de imputación-también puede ser alterada de oficio en alguna medida, ya sea porque existe un error en la subsunción normativa propuesta de la Fiscalía o porque concurre al hecho y una circunstancia modificativa específica no comprendida en la acusación, casos en los que resulta imprescindible cambiar el título de condena. En cualquiera de los supuestos, la formulación de la nueva tipificación por parte de la Sala Penal se hará a través de la invocación de la tesis de desvinculación, por lo que se posibilita a la defensa pronunciarse al respecto, al punto que se le autoriza a solicitar la suspensión de la audiencia y garantiza el derecho de ofrecer nuevos medios de prueba. Aquí se concreta, como es obvio, el derecho de contradicción como sustento del derecho de previo conocimiento de los cargos.

d. Cuando en vez de la pena solicitada por el fiscal, procede una medida de seguridad

En estos supuestos también es posible que el Tribunal amplíe el objeto de debate, a fin de que se analice la posibilidad de aplicar una medida de seguridad en reemplazo de la pena solicitada por el Fiscal. Como en los dos casos anteriores, esta ampliación del objeto de debate lo realiza la Sala, de oficio, a través de la tesis de desvinculación.

e. Cuando los cambios de calificación jurídica provienen de la estrategia de la defensa

No hace falta el planteamiento de la tesis de desvinculación cuando el acusado, por ejemplo, en su resistencia, incorpora una distinta calificación jurídica de los hechos acusados como argumento principal, alternativo o secundario, ya sea expresa o implícitamente (cuando sin proponérselo puntualmente, es evidente que incorporó ese planteamiento en su estrategia defensiva). En tales supuestos no se compromete el principio acusatorio y la decisión del tribunal, debidamente motivada, por una u otra opción jurídica respetará igualmente el principio de contradicción y el derecho de defensa.

7. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACUSACIÓN EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

a. El ámbito del control jurisdiccional de la acusación fiscal

El fundamento N° 9 del acuerdo indica:

“Como todo acto postulatorio, más aún cuando constituye la base y el límite del juicio oral, la acusación fiscal, en cuanto debe cumplir determinados requisitos subjetivos y objetivos legalmente previstos, está sujeta al control jurisdiccional, incluso de oficio, imprescindible para evitar nulidades de actuación. El marco del control, sin embargo, solo debe incidir en aquellos aspectos circunscriptos a los juicios de admisibilidad y procedencia, sin que sea dable realizar análisis probatorio alguno ni emitir pronunciamiento sobre el fondo, salvo expresa autorización legal y en la medida en que se genere indefensión material en perjuicio del acusador.

El control, como corresponde, debe realizarse en base al principio de contradicción y de la garantía de tutela jurisdiccional. En consecuencia, interpretando en clave constitucional el artículo 229 del C de PP, será menester que previamente a la calificación judicial de la acusación fiscal se corra traslado

por un plazo judicial definido en función a las características y complejidad de la causa a las demás partes.

Cuando el Ministerio Público estima que la investigación ha proporcionado un fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado, presentará la acusación ante el juez, que deberá contener, entre otros, los requisitos siguientes: una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado; los fundamentos de la imputación, con expresión de los elementos de convicción que la motivan y el ofrecimiento de los medios de prueba que se presentarán en el juicio, con dilación de su pertinencia o necesidad obviamente en el contexto de los requisitos subjetivos y objetivos de validez de la acusación antes referidos.

Los señalados requisitos son lo que le van a permitir al juez controlar la apertura del juicio oral; esto es, determinar si concurren o no los presupuestos para la celebración del juicio oral y público, cuando emerjan de la acusación fundamentos serios para el enjuiciamiento del imputado. Ese control fundamental además de relacionarse con la validez de la acusación, podría incidir en vicios de su estructura por ejemplo: falta de descripción circunstanciada del hecho atribuido- como en la inexistencia o ilegalidad de los medios de prueba ofrecidos por el órgano acusador.

El aludido control de justicia como un modo de evitar que los defectos propios del acto acusatorio o sus presupuestos afecten el derecho de defensa del imputado. De esta forma, tras el control se podrá obtener:

- a. La admisión total o parcial de la acusación del Ministerio Público, ordenándose la apertura a juicio; así también se decidirá sobre la legalidad, licitud, pertinencia y necesidad de los medios de prueba ofrecidas para el juicio oral.
- b. La desestimación total de la acusación, esto es, no admitirla, bien porque del examen de los requisitos en los cuales se fundamente el Ministerio Público para presentarla no proporcionaran basamento serio para el enjuiciamiento

del imputado, o porque los hechos imputados no revisten carácter penal, o están evidentemente prescritos. En este caso, corresponde que se dicte el sobreseimiento de la causa. Ahora, bien para el ejercicio del control jurisdiccional de la acusación se requiere previamente que los sujetos procesales tengan conocimiento del contenido del objeto en que recaerá el referido control esto es, la acusación, con la finalidad de examinarlo y expresarle al órgano jurisdiccional toda observación o inquietud que les haya podido suscitar el escrito de la acusación.

Los hechos objeto de acusación son el relato necesario orientado a demostrar si la conducta allí descrita es constitutiva de delito (comportamiento típico, antijurídico y culpable) para, en un siguiente paso, ser subsumida en un tipo penal aplicado al caso concreto.

Asimismo, si el juez, ya sea por iniciativa de alguna de las partes o de oficio, ha detectado algún vicio o defecto en la acusación fiscal, debe también darlo a conocer a los demás sujetos procesales, a fin de que emitan su correspondiente pronunciamiento; por ejemplo, en el caso del Ministerio Público, para que rechace las observaciones o subsane aquellos defectos que son corregibles, o en el caso de la defensa, para que mantenga o retire toda postura de observación a la estructura y contenido de la acusación fiscal. Es esta dinámica a la que el acuerdo señala como el respeto al principio de contradicción y a la garantía de tutela jurisdiccional.

En ese orden de ideas, se requiere de un momento procesal diferente a las etapas de investigación y juzgamiento que posibilite toda la dinámica de control jurisdiccional de la acusación fiscal, así como la realización de actos procesales usualmente dialécticos de las partes. En ese sentido, este momento estaría dado por la denominada etapa intermedia. Al respecto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha señalado lo siguiente:

“El nuevo Código, a diferencia del antiguo, presupone una fase intermedia en al que rigen a plenitud los principios de contradicción y oralidad, a partir de la cuales se insta la intervención de las demás partes, estas pueden

formular sus pretensiones, existe una audiencia preliminar, y el Juez de Investigación Preparatoria, si fuese el caso, expide el auto de enjuiciamiento pronunciándose por el conjunto de solicitudes de las partes, entre las de ofrecimiento de pruebas formuladas ofrecidas por todas las partes; modelo de procedimiento, que desde luego, no es el que recoge el antiguo Código, que presupone pautas escritas, sin audiencia preliminar, y restringidamente contradictorias” (Casación N° 003-2007-Huaura, del 07/11/2007).

Existen dos posiciones en torno a la definición de la etapa intermedia. Por un lado, está aquella posición que la considera como un conjunto de actos preparatorios de la acusación y la audiencia, meramente administrativos¹¹. Por otro lado, está aquella posición que le da una naturaleza crítica, en oposición a la investigación donde predomina la labor práctica. El Dr. Manuel Ortells Ramos, precisa que la etapa intermedia es el conjunto de actos que tienen por función revisar si la instrucción previa está completa y en su caso completaría y resolver sobre la procedencia de la apertura del juicio oral en atención a la fundabilidad de la acusación. Para el tratadista Julio Maier, el fin esencial que persigue el procedimiento intermedio es el control de los requerimientos acusatorios o conclusiones del Ministerio Público, que hacen mérito de la etapa preliminar¹².

Al respecto, la etapa intermedia funge como una fase de seneamiento, tendiente a eliminar todo vicio o defecto procesal que afecte la eficacia de lo actuado, así como del juicio oral. Esta función de filtro gira en torno: a) a los requerimientos tanto de acusación como de sobreseimiento emitidos por el fiscal; y b) a la prueba presentada por las partes¹³.

¹¹ García Rada, Domingo, Manual de Derecho Procesal Penal, Lima, 1976, pág. 196.

¹² Maier, Julio, La Ordenanza Procesal Alemana, Su comentario y comparación con los sistemas enjuiciamiento penal Argentino, Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 108.

¹³ “El proceso consiste en una progresiva y continuada secuencia de actos. Así, el Código Procesal vigente, al igual que sus similares aludidos, con diversos matices configuran el procedimiento ordinario del juicio oral entres partes, saber: 1) La etapa preparatoria; 2) La etapa intermedia y 3) El juicio propiamente dicho (oral y público). A su vez, cada etapa está integrada por sub etapas o fases claramente marcadas, cumpliendo cada una de ellas una finalidad específica dentro de la genérica que todas ellas tiene en su conjunto. Así la etapa preparatoria, que es la que nos interesa analizar por su pertinencia, se halla integrada por tres fases: 1) Actos iniciales; 2) Desarrollo de la etapa preparatoria

Las características de la etapa intermedia son:

- a) **Es judicial:** en el C de PP los actos de análisis y crítica de la instrucción están a cargo del juez penal. En el NCPP la etapa intermedia está bajo la dirección del juez de la investigación preparatoria.
- b) **Observación de los plazos procesales:** Para cada acto procesal, tanto el C de PP como el NCPP han establecido la observancia de plazos procesales.
- c) **Finalidad de crítica y saneamiento:** La etapa intermedia busca la eliminación de vicios o defectos procesales que afecten la eficacia de lo actuado y del acto oral.

8. EL ÁMBITO DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El fundamento N° 10 del Acuerdo precisa que:

“Vencido el plazo establecido, con la contestación o no de las partes, el órgano jurisdiccional analizará, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos legales de la acusación. Es decir, si ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 225 del ACPP. El fiscal ha de desarrollar en su escrito de acusación los extremos señalados en el párrafo 7. Su ausencia y, en especial, cuando el Tribunal entendiera, indistintamente, (i) que el petitorio o petitum sea incompleto o impreciso, (ii) que el fundamento de hecho o relato de los hechos fuere insuficiente no circunstanciado, vago, oscuro o desordenado, o (iii) que la tipificación no se defina en debida forma ni mencione el conjunto de circunstancias de la responsabilidad penal necesaria para la debida individualización fáctica y jurídica del hecho acusado, deberá devolver mediante resolución motiva e irrecurrible tal decisión no está prevista en el artículo 292 del ACP las actuaciones al fiscal acusador para que se pronuncie sobre el particular y, en su mérito, proceda a subsanar si correspondiere las observaciones

y, 3) Conclusión de la etapa preparatoria” (Sentencia del Tribunal Constitucional de Bolivia, exp. N° 2003-07651-15-RAC fundamento jurídico N° 11).

resaltadas judicialmente. El párrafo transcrito alude a plazos procesales de determinados actos de las partes, en el contexto del C de PP, como son: i) dictamen del fiscal superior; su plazo es de ocho días naturales si hay reo en cárcel, y veinte si no lo hay (artículo 219 del C de PP); ii) Teniendo conocimiento la Sala Penal Superior del Dictamen acusatorio del Fiscal Superior, lo notificará a las demás partes, a fin de que se pronuncien en torno a su validez. En ese sentido, el órgano jurisdiccional fijará un plazo conforme a las características y complejidad de la causa (fundamento N° 9 del acuerdo); iii) vencido el plazo judicial para la contestación de la acusación y con o sin ella, el órgano jurisdiccional realizará el respectivo control de validez de la acusación fiscal. Ahora bien, el detalle es que ni el C de PP ni el Acuerdo ha establecido cuál es el plazo que tiene la Sala Penal para realizar su control jurisdiccional; tampoco ha ahondado en detalles para precisar cómo se realizará el citado control.

Ante la falta de pronunciamiento del C de PP, se debe presumir que el plazo será de corte judicial, es decir, fijado por la Sala Penal. En ese sentido, todo plazo judicial obedece a las características y complejidad que el acuerdo estableció en el caso del plazo que la contestación de la acusación fiscal: fundamento N° 9.

De acuerdo al artículo 229 del C de PP, señala una serie de pronunciamientos que la Sala Penal deberá emitir dentro del plazo de tres días contados a partir de recibido el escrito de acusación fiscal¹⁴. ¿Cómo conjugar los plazos judiciales de: i) contestación de la acusación, ii) control jurisdiccional de la acusación e, incluso, iii) las subsanaciones que, según el Acuerdo (fundamento N° 10), el fiscal puede realizar a su dictamen acusatorio, frente a los vicios o defectos detectados con el plazo legal de tres días señalado por el artículo antes citado:

- a) El plazo legal de tres días no se puede observar, no porque el acuerdo esté derogando ese extremo del artículo 229 del C de PP, pues la Corte Suprema de Justicia del Perú no tiene la atribución de derogar leyes, sino para permitir la

¹⁴ Artículo 229 del C de PP: “Dentro de los tres días de recibido el escrito de acusación el Tribunal resolverá: 1. La fecha y hora de la audiencia, debiendo señalarse el día más próximo posible, después décimo 2. A quién encomienda la defensa del acusado si este no ha nombrado defensor; 3. Cuáles son los testigos y peritos que deben concurrir a la audiencia. 4. La citación del tercero responsable civilmente; y, 5. Si es obligatoria la concurrencia de la parte civil”.

aplicación del test de saneamiento procesal, el cual busca eliminar todo vicio o defecto que comprometa la validez del futuro juicio oral; asimismo, para posibilitar el respeto del principio de contradicción, se ve reflejado en la posibilidad de que las partes cuestionen la validez de la acusación fiscal, comunicando al órgano jurisdiccional los defectos que presenta por conexión, también se estaría garantizando el ejercicio del derecho a la defensa. El problema es que, al eliminar el plazo legal de tres días, en aras de observar principios y garantías constitucionales, el órgano jurisdiccional debería seguir empleando el recurso del plazo judicial a fin de colmar el vacío dejado, y observar un límite temporal para emitir los pronunciamiento que señala el artículo 229 del C de PP.

- b) Que el inicio del cómputo del plazo legal de tres días gire en torno a dos supuestos: i) cuando recibido el escrito de acusación fiscal, el juez, luego de haber realizado el respectivo control, no encuentre defecto o vicio alguno debiéndolo así señalarlo en su resolución, donde a su vez indique los puntos establecidos en el artículo 229 el C de PP; o ii) a partir de la resolución judicial donde se subsanen o corrijan los defectos que presentaba el escrito de acusación fiscal, dando una interpretación teleológica y sistemática del artículo 229 del C de PP en el extremo que menciona “acusación”, entendiéndola como “acusación válida”, y que permite al órgano jurisdiccional fijar fecha para la realización de la audiencia del juicio oral.

Con respecto a cómo la Sala Penal Superior realizará el control de la acusación fiscal, el momento procesal de realizarlo es en la etapa intermedia. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú ha señalado las características de la citada etapa procesal en el C de PP: “(...) Presupone pautas escritas, sin audiencia preliminar, y restringidamente contradictorias, aunque no por ello cabe tildársele de inconstitucional. Pues en sede intermedia y de inicio de acto oral permite las solicitudes probatorias y de otros medios de defensa” (Casación N° 003-2007 Huaura, del 07/11/2007)

“La etapa intermedia se inicia con el pronunciamiento del fiscal que ha dirigido la investigación preparatoria, que usualmente es el fiscal provincial. Este

pronunciamiento puede ser de dos tipos: solicitando o reuniendo, el sobreseimiento, o formulando acusación”.

La etapa intermedia en el C de PP es eminentemente escrita por lo que el órgano jurisdiccional realizará el respectivo control de la acusación fiscal por el solo mérito del escrito de acusación, así como de su contestación. Si la hay, sin convocar a las partes para la realización de la audiencia, quienes deberán esperar la respectiva resolución judicial que se pronuncie sobre la validez o no del dictamen acusatorio.

Si la defensa estima conveniente contestar la acusación fiscal a fin de comunicarle al órgano jurisdiccional los defectos que presenta, debe describir en forma clara y detallada los vicios que presenta mejor aún si son defectos insubsanables o incorregibles, a fin de que si se desestima la acusación el órgano jurisdiccional recurra al sobreseimiento de la cusa.

Ahora bien, exista o no contestación de la acusación, la Sala Penal Superior deberá realizar el respectivo control de la acusación fiscal, el cual gira en torno a los siguientes puntos:

a) Si se han observado lo dispuesto en el artículo 225 del C de PP¹⁵. Este primer tipo de examen se denomina formal, debido a que lo que se busca es que el escrito de acusación contenga todos los ítems o puntos señalados en el artículo 225 del C de PP (sin analizar aún la razonabilidad del fondo o contenido de cada uno de estos puntos). La ausencia de alguno de estos requisitos implica que el órgano

¹⁵ Artículo 225 del C de PP: “escrito de acusación que formule el fiscal de acuerdo al artículo 92, inciso 4 de la Ley Organiza del Ministerio Público, debe contener además:

1. El nombre, apellidos, edad, estado civil, profesión, nacionalidad, lugar de nacimiento y domicilio del acusado;
2. La acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad;
3. Los artículos pertinentes del Código Penal; y en casos de penas alternativas, la que fuera aplicable, la duración de las penas principal y accesoria, o la media de seguridad que sustituya a la pena;
4. El monto de la indemnización civil, la forma de hacerla efectiva y la persona a quien corresponda percibirla;
5. Los peritos y testigos que, a su juicio, deben concurrir a la audiencia;
6. La declaración de haber conferenciado o no con el acusado, indicando si este se halla preso o libre y el tiempo exacto que ha estado detenido; y
7. El concepto que le merezca la forma como se ha llevado a cabo la instrucción y si las ampliaciones acordadas en la instrucción se han debido o no a la negligencia del Juez o del Fiscal Provincial a fin de anotar como demérito en su legajo personal.

jurisdiccional se la comuniqué al Ministerio Público, a fin de que realice la subsanación correspondiente. En ese sentido, es usual que en el examen formal se detecten omisiones de carácter subsanables o corregibles, que el fiscal deberá rectificar dentro del plazo judicial que fije el órgano jurisdiccional.

b) Si es razonable, lógico y coherente el contenido de la acusación fiscal. Este examen o controles de corte material o de fondo, dado que incide en el contenido de cada uno de los puntos señalados en el dictamen acusatorio. Aquí la Sala Penal analizará la claridad, desarrollo y argumentación de cada elemento que conforme la pretensión procesal: i) fundamentación fáctica; ii) fundamentación jurídica; iii) petitorio. Las dudas u observaciones que el órgano jurisdiccional encuentre, no significan la inocencia o absolución del procesado este es una tema que se define en la sentencia, sino la falta de un objeto de enjuiciamiento lógico, que impide iniciar cualquier debate razonable¹⁶.

Así, el fundamento N° 10 del acuerdo señala los siguientes casos de defectos en el fondo del dictamen acusatorio; i) que el petitorio o petitum sea incompleto o impreciso; ii) que el fundamento de hecho o relato de los hechos sea insuficiente no circunstanciado, vago, oscuro o desordenado; iii) que la tipificación no se defina en debida forma ni mencione el conjunto de circunstancias de la responsabilidad penal necesaria para la debida individualización, fáctica y jurídica del hecho acusado.

Algunos de estos defectos pueden ser subsanados como en el caso de un petitorio incompleto; sin embargo, otros pueden ser incorregibles, y ello puede originar la no continuación del proceso, debiendo el órgano jurisdiccional emitir el auto de sobreseimiento respectivo.

El fiscal debe tener en cuenta que uno de los controles necesarios que el juzgador realizará a su escrito de acusación es el referido a la fundamentación fáctica. Los hechos se constituyen en el relato necesario cuyo propósito es demostrar si la conducta allí descrita es constitutiva de delito (comportamiento típico, antijurídico y

8. El Acuerdo, para el caso del control sustancial de la acusación fiscal en el NCPP, nos dice que gira en torno a la existencia de causales de sobreseimiento (fundamento N° 14).

culpable) para, en un siguiente paso, ser subsumida en un tipo penal aplicado al caso concreto. En este sentido, para establecer una reconstrucción histórica es importante establecer los medios de prueba que sostendrán la verdad de la acusación, enunciado los hechos concretos, claros y precisos, que expresen con exactitud por qué el fiscal cree conveniente acusar por determinado delito. Puede ser que la descripción de los hechos sea insuficiente o, por el contrario, sea abundante en información que no sirva para construir una imputación, por no tener significado jurídico alguno.

Asimismo, para delimitar la construcción histórica del hecho es necesario establecer el tiempo, modo y el lugar en que, de acuerdo con la hipótesis del fiscal, se ha cometido, indicando todas las circunstancias. El defensor, por lo tanto, no puede dejar pasar por alto el análisis exhaustivo de este control de la fundamentación fáctica de la acusación, puesto que de existir inconsistencias fácticas en el escrito acusatorio, se debilita su veracidad.

9. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL TAMBIÉN ALCANZA A LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

El fundamento N° 11 del acuerdo señala:

El alcance del control de la acusación también puede comprender aquellos ámbitos o instituciones procesales que el ACPP autoriza al juez su control o ejercicio de oficio. Se trata de los presupuestos procesales, referidos al órgano jurisdiccional-la jurisdicción y competencia penales y a la causa excepciones procesales. Desde luego, el órgano jurisdiccional puede instar de oficio el trámite para su decisión, pero antes debe conceder a las partes la oportunidad para que se pronuncien al respecto. Resolver de oficio no significa hacerlo sorpresivamente, sino propiciar judicialmente su discusión para su ulterior decisión.

Toda otra intervención del Tribunal que límite el ejercicio de la acusación e impide el inicio del juicio oral, en función a las características limitadas de la etapa intermedia en el ACPP, no esté legalmente permitida”.

La doctrina de los presupuestos procesales señala la existencia de condiciones mínimas y necesarias para la constitución de una relación jurídica procesal válida, para que de esta manera poder generar una decisión sobre el fondo de la pretensión. En ese sentido, los presupuestos procesales no se refieren ni a la pretensión ni a la sentencia: son requisitos formales sin los cuales no se puede pronunciar la decisión de fondo so pena de nulidad, necesario para que pueda constituirse un proceso válido.

El fundamento N° 11 del Acuerdo señala como tipos de presupuestos procesales aquellos dirigidos al órgano jurisdiccional (jurisdicción y competencia), así como aquellos que giran en torno a la causa cuya omisión se plantea como excepción, como son los casos de la cosa juzgada, la prescripción y la amnistía.

Asimismo, los presupuestos procesales deben necesariamente ser dejados al control del juez en forma oficiosa, y no a la simple disposición de las partes. Los presupuestos no necesitan exclusivamente de la excepción, pues pueden hacerse valer de oficio. El control formal del proceso no puede confiarse al opositor con prescindencia del juez. Permanecer arraigado a la necesidad de la iniciativa de parte es reglar la eficacia del proceso, la teoría de la nulidad procesal y las normas del Derecho Procesal a una concepción privatista sobre el proceso contractual puro.

Como dice el fundamento N° 11 del acuerdo, resolver de oficio no significa resolver en forma sorpresiva. Se puede colegir que para detectar la ausencia de un presupuesto procesal, el órgano jurisdiccional no requiere que alguien se lo haga saber por ejemplo, la defensa a través de un escrito de excepción, sino que puede hacerlo de oficio o a instancia de parte.

El fiscal puede señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta en un tipo penal distinto, para el caso de que no

resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su clasificación jurídica principal.

No obstante, una vez detectada tal ausencia, el juzgador deberá notificar a las partes, dándoles un plazo-judicial para que emitan su respectivo pronunciamiento, tras lo cual tomará una decisión, que puede ser la nulidad de los actuados y el sobreseimiento de la causa (lo que no necesariamente implica que no se vuelva a conocer el fondo del asunto, como sucede en los casos de la falta de competencia: el juez competente es el que debe conocer el caso). Finalmente, toda forma de proceder contraria a las reglas establecidas en el acuerdo no está legalmente permitida, pues se afectarían principios constitucionales como los de contradicción y tutela jurisdiccional efectiva.

10. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACUSACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004

El fundamento N° 12 del Acuerdo, precisa que:

“Las etapa intermedia en el NCPP se afilia al sistema legal de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal. El juez de la investigación preparatoria es el encargado de realizar el control de legalidad de la acusación fiscal, esto es, verificar la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan la acusación fiscal ese, y no otro, es su ámbito funcional.

El procedimiento de la etapa intermedia consta de dos fases: oral y escrita. Las distintas posibilidades que tiene el juez de la investigación preparatoria frente a la acusación fiscal, según los artículos 350/352 del NCPP, pueden concretarse luego del trámite de traslado a las demás partes nunca antes (fase escrita) y de la realización de la audiencia preliminar (fase oral, que plasma la vigencia calificada de los principios de oralidad y concentración). El juez decide luego de escuchar a todas las partes procesales, nunca antes”.

La etapa intermedia en el NCPP se inicia con el pronunciamiento del fiscal que ha dirigido la investigación preparatoria, que usualmente es el fiscal provincial. Este

pronunciamiento puede ser de dos tipos: i) solicitar o requerir el sobreseimiento; iii) formular acusación.

El plazo procesal para formular tal pronunciamiento varía de la siguiente forma:

- a) Si el fiscal es quien ha dado por concluida la investigación preparatoria, tiene un plazo de quince días, contados a partir de la disposición que da por concluida la investigación preparatoria, para emitir su respectivo pronunciamiento.
- b) Si ha sido el juez de la investigación preparatoria quien ha dado por concluida la investigación preparatoria (recuérdese el supuesto en que se ha vencido el plazo procesal para la investigación, y el fiscal no las ha dado por terminadas), entonces, el fiscal en el plazo de diez días debe pronunciarse solicitando el sobreseimiento o formulando acusación, según corresponda. Su incumplimiento acarrea responsabilidad disciplinaria del fiscal.

Sea cual fuere el pronunciamiento que emita el fiscal, debe ser comunicado al juez de la investigación preparatoria, notificándose a las demás sujetos procesales.

11. EL CONTROL FORMAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004

El fundamento N° 13 del Acuerdo, precisa:

“El artículo 350.1 (del) NCPP autoriza a las partes proponer motivadamente ocho cuestiones o mociones específicas. Ahora bien, el control formal de la acusación fiscal, que incluso puede promoverse de oficio por el juez de la investigación preparatoria la revisión del cumplimiento de los requisitos legales de un acto procesal trascendente y la validez de la serie procesal constituye una facultad judicial inherente a la potestad jurisdiccional, enraizada en la garantía misma de tutela jurisdiccional efectiva está contemplado en el literal a) del citado apartado 1) del artículo 350 del NCPP. Este comprende los supuestos descritos en el párrafo 9 en relación con el artículo 349 del NCPP. Los defectos denunciados, en caso que se acojan, requerirán, conforme al artículo 352.2 del NCPP, una decisión inmediata de

devolución de las actuaciones al fiscal, con la necesaria suspensión de la audiencia, siempre que se requiera de un nuevo análisis del Ministerio Público”.

El fiscal formula acusación solo si está convencido de la comisión de un delito y de la responsabilidad de los investigados. Es decir, los recaudos de las investigaciones deben haber formado en él la convicción de formular acusación penal ante el juez de la investigación preparatoria.

Sin embargo, en el NCPP no cabe más la denominada acusación formal, dado que todo rastro de duda favorecerá al imputado y evitará mover todo el aparato judicial buscando una condena. Solo es admisible la acusación sustancial; para ello, la acusación fiscal será debidamente motiva, y contendrá:

- Los datos que sirvan para identificar al imputado.
- La relación clara y precisa del hecho que se atribuye, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos.
- Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio.
- La participación que se atribuya al imputado.
- La relación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que concurran.
- El artículo de la ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite.
- El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo.
- Los medios de prueba que se ofrezcan para su actuación en la audiencia; una lista de testigos y peritos, con indicación de su nombre y su domicilio, y de los

puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones, así como una reseña de los demás medios de prueba ofrecidos.

Del mismo modo, en la acusación el Ministerio Público podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado. Ello, no debe interpretarse como una duda en el juicio del fiscal, pues la garantía del in dubio pro reo, descansa en la duda sobre la responsabilidad del imputado, y no en la calificación jurídica realizada.

Además, el fiscal indicará en la acusación las medias de coerción subsistentes dictadas durante la investigación preparatoria y, en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda.

Por otro lado, la acusación solo puede referirse a hechos y personas incluidos en la disposición de formalización de la investigación preparatoria, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica.

La acusación será notificada a los demás sujetos procesales, quienes en el plazo de diez días podrán:

a. Observar la acusación del fiscal por defectos formales, requiriendo su corrección. Esta alternativa no gira en torno a cuestionar la opinión del fiscal sobre si el imputado es responsable del delito materia de proceso, porque ello se ventilará en el juicio oral, es decir, no se funda en cuestiones de fondo, sino de forma relacionados a los datos mencionados precedentemente.

Estos defectos formales serán analizados en la respectiva audiencia preliminar. Si los defectos de la acusación requieren un nuevo análisis del Ministerio Público, el juez de la investigación preparatoria dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia por cinco días para que corrija el defecto, luego de los cuales se reanudará.

Caso contrario, en la misma audiencia, podrá hacer las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que correspondan, con intervención de los concurrentes. Si no hay observaciones, se tendrá por modificado, aclarado o saneado el dictamen acusatorio en los términos procesados por el fiscal, de lo contrario el juez resolverá mediante resolución inapelable.

b. Deducir excepciones y otros medios de defensa cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hecho nuevos. Una vez formalizada la investigación preparatoria, se pueden plantear cuestiones previas, cuestiones prejudiciales o excepciones. Sin embargo, el NCPP faculta que también en la etapa intermedia se planteen medios técnicos de defensa, pero solamente dos de ellos: cuestiones previas o excepciones, y siempre y cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o bien se funden en hechos nuevos.

Tales cuestiones se discutirán durante la audiencia preliminar. De estimarse cualquier excepción o cuestión previa, el juez de la investigación preparatoria expedirá en la misma audiencia la resolución que corresponda. Contra la resolución que se dicte, procede recurso de apelación, pero la impugnación no impide la continuación del procedimiento.

c. Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción o la actuación de prueba anticipada. En el primer supuesto, las partes pueden solicitar la imposición o revocación de una medida cautelar personal, ello se justifica por la intensidad de la acusación fiscal. Si esta considera que el delito cometido existió pero no es de gravedad o nocividad, seguramente será una referencia que permita al abogado defensor solicitar, por ejemplo, la revocación del mandato de prisión preventiva dictado contra su patrocinado.

En el segundo supuesto, la regla general es que durante la audiencia preliminar que sustenta a la etapa intermedia, no puedan actuarse diligencias de investigación o de pruebas específicas; sin embargo, la excepción está dada por el trámite de prueba anticipada y la presentación de prueba documental para decidir cualquiera de las solicitudes señaladas en este acápite. La decisión sobre la actuación de prueba

anticipadas no es recurrible, si se dispone su actuación, se realizará en acto aparte, sin perjuicio de dictarse el auto de enjuiciamiento.

d. Pedir el sobreseimiento. En principio, debemos diferenciar el trámite de la solicitud de sobreseimiento efectuado por el fiscal y que nos obliga remitirnos a los artículos 345 al 348 del NCPP, del pedido de sobreseimiento efectuado por la defensa a pesar de que el fiscal ha formulado acusación.

En el segundo supuesto, el juez de la investigación preparatoria tendrá que observar si concurre alguno de los supuestos legales para la declaratoria del sobreseimiento. Es decir si: a) el hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado; b) el hecho imputado no es típico o concurra una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad; c) la acción penal se ha extinguido; i, d) no existe razonablemente de incorporar nuevos datos a la investigación, y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundamente el enjuiciamiento del imputado.

Cuando se configure alguno de los supuestos señalados, el juez de la investigación preparatoria ordenará el sobreseimiento del proceso penal, siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba. Si el juez rechaza el pedido de sobreseimiento dicha resolución no es impugnabile.

e. Instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad. El límite máximo para solicitar y aplicar el principio de oportunidad es durante la etapa intermedia. Pasada la misma, no es aplacible esta figura procesal. Para que proceda, la solicitud deberá descansar en alguna de las causales señaladas para la aplicación del principio de oportunidad, así como en el consentimiento del imputado y la víctima, que puede darse incluso vía instrumento público.

f. Ofrecer pruebas para el juicio. Se debe adjuntar la lista de testigos y peritos a ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados. Se deben presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos.

Este supuesto denota el momento procesal del ofrecimiento de pruebas. –es decir, mientras el fiscal ofrece las pruebas de cargo en su escrito de acusación, los demás sujetos procesales lo deberán hacer mediante un escrito presentado dentro del plazo de diez días contados a partir de la notificación de la acusación fiscal.

- a. **Objetar la reparación civil** o reclamar su incremento o extensión, para lo cual se ofrecerán los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral.
- b. **Plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio:**
Presentados los escritos y requerimientos de los sujetos procesales o vencido el plazo fijado de diez días contados a partir de la notificación de la acusación, el juez de la investigación preparatoria señalará día y hora para la realización de una audiencia preliminar (también llamada de control de la acusación), la que deberá fijarse dentro de un plazo no menor de cinco días ni mayor de veinte días.

Para la instalación de la audiencia es obligatorio la presencia del fiscal y el defensor del acusado. La audiencia será dirigida por el juez de la investigación preparatoria y durante su realización no se admitirá la presentación de escritos.

Instalada la audiencia, el juez otorgará la palabra por un tiempo breve y en orden al fiscal, a la defensa del actor civil, así como del acusado y del tercero civilmente responsable, los que debatirán sobre la procedencia o admisibilidad de cada una las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida. El fiscal, mediante escrito, podrá modificar, aclarar o integrar la acusación en lo que no sea sustancial; el juez, en ese mismo acto, correrá traslado a los demás sujetos procesales concurrentes para su absolución inmediata.

Luego de los alegatos se procederá la fase de admisión de pruebas¹⁷. Asimismo, los sujetos procesales podrán proponer los hechos que aceptan y que el juez dará por

¹⁷Para la admisión de los medios de prueba ofrecidos se requiere: a) que la petición contenga la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso; y) b) que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil. En este caso se dispondrá todo lo necesario para que el medio de prueba se actúe oportunamente en el juicio. El pedido de actuación de una testimonial o la práctica de un peritaje especificará el punto que será materia de interrogatorio o el problema que requiere explicación especializada así como el domicilio de estos. La resolución que se dicte no es recurrible.

acreditados, obviando su actuación probatoria en el juicio. Además las partes podrán proponer acuerdos acerca de los medios de prueba (convenciones probatorias) que serán necesarias para que determinados hechos se estimen acreditados¹⁸.

Finalizada la audiencia, el juez resolverá inmediatamente todas las cuestiones planteadas salvo que, por lo avanzado de la hora o lo complejo de los asuntos por resolver, difiera la solución hasta por cuarenta y ocho horas improrrogables. En este último caso, la decisión simplemente se notificará a las partes.

12. EL CONTROL SUSTANCIAL O MATERIAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004

El fundamento N° 14 del acuerdo indica:

“El control sustancial de la acusación está en función al mérito mismo del acto postulatorio del fiscal .negar la validez de la acusación y la consecuente procedencia del juicio oral con independencia de la aplicación de un criterio de oportunidad, circunscrito a los presupuestos del artículo 2 del NCPP, y de la deducción de excepciones solo es posible si se presentan los requisitos que permiten el sobreseimiento de la causa, lo que están taxativamente contemplados en el artículo 344.2 del NCPP. Este control, por imperio del artículo 352.4 del NCPP, puede ser realizado de oficio. Al juez de la investigación preparatoria le corresponde decretarla, cuando la presencia de los requisitos del sobreseimiento es patente o palmaria, no sin antes instar el pronunciamiento de las partes sobre el particular”.

El control sustancial o material de la acusación fiscal, incide en la razonabilidad de los elementos de la pretensión procesal: fundamentación fáctica, fundamentación

¹⁸ El juez, sin embargo, exponiendo los motivos que lo justifiquen, podrá desvincularse de esos acuerdos, en caso contrario, si no fundamenta especialmente las razones de su rechazo, carecerá de efecto la decisión que los desestime. La resolución sobre las convenciones probatorias no es recurrible. En el auto de enjuiciamiento se indicarán los hechos específicos que se dieron por acreditados o los medios de prueba necesarios para considerarlo probados.

jurídica y petitorio, con la finalidad de establecer un marco lógico y coherente para el debate oral.

Ahora bien, conforme al fundamento N° 14 del acuerdo, no es razonable iniciar un juicio oral cuando de la pretensión procesal se advierte la concurrencia de alguna de las causales de sobreseimiento establecidas en el artículo 344.2 del NCPP¹⁹.

Asimismo, el control sustancia puede ser realizado cuando, de oficio o a iniciativa de parte, se advierte la concurrencia de alguna de las causales de sobreseimiento; en ese sentido, y al igual que en el control formal, el juez de la investigación preparatoria deberá propiciar el debate entre las partes durante la audiencia preliminar o de control de la acusación. Sin embargo, y aquí se diferencia del control formal, si el órgano jurisdiccional estima que es fundada la causal de sobreseimiento, entonces dictará el auto respectivo, el cual puede ser apelado.

13. MOMENTOS PROCESALES PARA REALIZAR EL CONTROL FORMAL Y SUSTANCIAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004

El fundamento N° 15 del acuerdo, señala:

“Por la propia naturaleza de ambos controles: formal y sustancia, no es posible ejérceles conjuntamente, sino sucesivamente. El control formal es previo a toda posibilidad de análisis de mérito de la acusación. Es así que el artículo 352.2 del NCPP precisa que si se advierten defectos que importan el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 349.1 del NCPP en una discusión que debe

¹⁹ Artículo 344.2 del NCPP: “El sobreseimiento procede cuando:

- a) El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuirse al imputado;
- b) El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación de inculpabilidad o de no punibilidad;
- c) La acción penal se ha extinguido; y,
- d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado”.

proceder al análisis de los demás aspectos que deben tratarse en la audiencia preliminar lo pertinente es suspender la audiencia para su debida subsanación, luego de lo cual debe reanudarse. La decisión de formular observaciones a la acusación en una causal de suspensión de la audiencia, que será del caso instar solo cuando el defecto detectado requiera de un nuevo análisis del Ministerio Público. De no corresponder la suspensión, siempre será del caso decidirla y proseguir con la audiencia para dar paso a la discusión de las demás observaciones.

El control sustancial tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal. Esta comprende el examen de la concurrencia de cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto de los cargos objeto de investigación: elemento fáctico, elementos jurídicos, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes (artículo 344.1 del NCPP).

Aquí el acuerdo nos indica el orden de los controles de la acusación fiscal que el órgano jurisdiccional debe observar durante la audiencia preliminar o de control de la acusación. Así, en primer lugar, se debe realizar el control formal, que como ya se indicó, gira en torno a la ausencia de alguno de los ítems o puntos señalados en el artículo 349 del NCPP; esta omisión puede ser advertida de oficio o a instancia de parte, y originará que se suspenda la audiencia, a fin que el Ministerio Público, dentro del plazo que señale el juez, proceda a la respectiva corrección o subsanación (de efectuarla, se debe poner de conocimiento a las demás partes y convocarlas para la reanudación de la audiencia).

Si no se ha omitido ninguno de los requisitos antes señalados o habiéndose corregido la omisión, y dentro de la audiencia preliminar, el juez de la investigación preparatoria pasará a realizar el control sustancial de la acusación fiscal, el cual, como también se ha señalado, gira en torno a la concurrencia de alguna de las causales de sobreseimiento establecidas en el NCPP. Su advertencia puede ser de oficio o a instancia de parte y, luego de la respectiva discusión, genera que el juez decida, según el caso, continuar la audiencia preliminar al existir una acusación fiscal formal y sustancialmente válida, o dictar el respectivo auto de sobreseimiento.



CAPÍTULO II

DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR

1. ANTECEDENTES DEL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR

El delito de omisión de asistencia familiar, bien decía el Dr. DIEGO DÍAZ, resulta ser un delito característico del siglo XX, constituyendo el “núcleo moderno más importante del Derecho Penal Familiar²⁰.

En el Perú, el delito de omisión de asistencia familiar, obtienen carta de naturaleza a través de la Ley N° 13906, del 24 de enero de 1962, que bajo el nombre de “Ley de Abandono de Familiar” introdujo la figura en el Código Penal de 1924²¹. Dicha ley fue dictada durante el gobierno de Manuel Prado, siendo promovida por la diputada Matilde Pérez Palacio.

Empero, habría que dejar en evidencia que el interés por la criminalización del abandono familiar se encontraba latente en la doctrina y se manifestó en múltiples proyectos legislativos. En el plano doctrinal, observamos los aportes de Luís Bramont Arias²², Santiago Benítez Sánchez. Legislativamente, se tiene antecedentes de la Ley N° 13906, el proyecto de Código Penal (1928) elaborado por Ángel Gustavo Cornejo y Plácido Jiménez, el anteproyecto de Código de Menores (1935), proyecto de ley de Luís Guillermo Cornejo (1924) y el proyecto de Ley de Luz Jarrin de Peñaloza (1952).

El vigente Código penal ha estimado pertinente mantener la incriminación en el Capítulo IV del Título II de su segundo libro. Los sistemas de tipificación de esta conducta han sido clasificados de múltiples formas.

Según CUELLO CALÓN²³, los sistemas de tipificación de la omisión de asistencia familiar pueden clasificarse de la siguiente forma:

²⁰ Diego Díaz, Santos, María del Rosario, Los Delitos contra la Familia, Montecarlo, Madrid, 1973, pág. 324.

²¹ Bramont Arias, Luís & Bramont - Arias Torres, Luís Alberto, Código Penal anotado Tercera Edición, Edit. San Marcos, Lima 2000, Carmen. Manual de Derecho Penal. Parte Especial, cuarta edición, Edit. San Marcos, Lima 1998, p, 175; Chirinos Soto, Francisco, Comentarios al nuevo Código Penal del Perú, tomo II, primera edición, Lima 1993, pág. 131.

²² Bramont Arias, Luís. “El delito de abandono de familia”, en: Revista de Jurisprudencia peruana, año XII, N° 120, Editorial Revista de Jurisprudencia peruana, Lima, 1954.

²³ Citado por: Beltrán de Heredia, J. “Aspectos civil y penal del abandono de Familia”, en: Revista de Derecho Privado, Tomo XXXIV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 4.

a) Sistema restrictivo: Conocido también con la denominación de *sistema realista*, se caracteriza porque sólo toma en cuenta el daño económico provocado; la omisión del pago se refiere únicamente al monto fijado por el juez.

b) Sistema más amplio: Si bien no limita la omisión al monto fijado por el Juez, seguía manteniendo un carácter restrictivo. Ejemplo de este sistema eran las legislaciones sobre la materia de Suiza, Noruega, México, Japón, etc.

c) Sistema ecléctico: Que se caracterizó por incluir dentro del concepto de abandono de familia, el desamparo material y el desamparo económico.

d) Sistema idealista: Seguido, por ejemplo, en la antigua legislación italiana sobre la materia, en él se comprendía la asistencia tanto económica como moral. A favor de este sistema Cuello Calón sostenía: “ningún otro-sistema-garantiza a la familia una protección más completa”²⁴.

Por su parte, Ernesto Ure, en una clasificación seguida en nuestra doctrina a cabalidad por CAMPANA VALDERRAMA²⁵, distingue tres sistemas de tipificación para el delito:

a) Sistema franco-belga o “indirecto”: que requiere la existencia de una decisión judicial previa que imponga al agente una obligación alimenticia.

b) Sistema italiano o “directo”: que considera dentro del abandono familiar no sólo el incumplimiento de los deberes económicos sino también el abandono de índole moral.

c) Sistema polaco o “mixto”: De corte ecléctico: Similar clasificación es realizada por el maestro Bramont Arias²⁶, quien prescinde de la categoría ecléctica.

Pues bien, es evidente que nuestra actual legislación penal se afilia al sistema de tipificación francés en la medida en que el artículo 149 del Código Penal centra el injusto en el abandono económico y requiere de un derecho de alimentos reconocido

²⁴ Cuello Calón, Eugenio Op. Cit., pág. 17.

²⁵ Campana Valderrama, Manuel. Op. Cit., págs. 57-58.

²⁶ Bramont Arias Luís “El delito de abandono de familiar”, pág. 541.

judicialmente. Esta vinculación del delito de abandono de familia a la omisión de deberes de índole material guarda mayor coherencia con la propia naturaleza” patrimonial”, del derecho de alimentos”²⁷.

2. EL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR

Art. 149.- “El que omite 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 y dos 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 ésta 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.

3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Antes de plantearse el problema de la identidad del bien jurídico tutelado mediante esta figura, factor central de cara a la interpretación del tipo penal, es menester determinar previamente la justificación de la intervención penal en esta esfera²⁸, recurriendo para ello a las exigencias de merecimiento y necesidad de protección que supone, en última instancia, la calificación de un bien jurídico como bien jurídico –penal.

Una de las objeciones más comunes a la tipificación de la omisión de asistencia familiar, llamado también, abandono de familia, en su consideración como una mera

²⁷ Al respecto: Cornejo Chávez, Héctor, Derecho Familiar Peruano, Tomo II, octava edición, Librería Studium, Lima 1991, pág. 277 ss.

²⁸ Luís Miguel Reyna Alfaro, cita al profesor Santiago Mir Puig, quien correctamente sostiene: “No todo bien jurídico requiere tutela penal, no todo bien jurídico ha de convertirse en un bien jurídico-penal”, siendo esto así, sólo a partir de la concurrencia de suficiente importancia social y de necesidad de protección por el Derecho Penal puede un determinado interés social obtener la calificación de “bien jurídico penal”, al respecto: Mir Puig. Santiago. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Editorial Ariel, Barcelona. Pág. 159ss.

criminalización de deudas²⁹, lo que supondría, ulteriormente, su inconstitucionalidad³⁰, en virtud a los términos del artículo 2.22, literal c, constitucional que preceptúa: “No hay prisión por deudas”³¹.

En esta línea de ideas, POLAINO NAVARRETE sostenía que el tipo español de abandono de familia no protegía en realidad ningún bien jurídico, ni la conducta descrita en ese tipo legal reunía las características de desvalor de acción y de resultado, no teniendo en realidad mayor pretensión que la de castigar el incumplimiento de obligaciones de naturaleza civil³².

Estas objeciones harían suponer que la penalización del abandono de familia respondería a criterios expansionistas y de “huída al Derecho Penal”, lo que exige, bien dice BERNAL DEL CASTILLO: “concretar la presencia de un bien jurídico de gran relevancia³³ y, de este modo, desbaratar cualquier duda que exista sobre la justificación de la intervención punitiva estatal en la represión de tal conducta.

El merecimiento y necesidad de protección penal en este ámbito pues, parecen justificarse plenamente a partir de la declaración contenida en el artículo sexto constitucional: “...Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos...”. Es cierto que la Constitución del Estado no establece un catálogo cerrado de bienes jurídicos penalmente relevantes lo que supondría la aceptación de las tesis constitucionales sobre el contenido material del bien jurídico, empero, es referente obligado, no sólo a partir de la jerarquía normativa que posee y por respeto al principio de unidad del ordenamiento jurídico³⁴, sino porque la carta fundamental contiene un “programa” que fija las orientaciones político criminales

²⁹ Por ejemplo: Bramont – Arias Torres, Luís Alberto & García Cantizano, Maria del Carmen. Op. Cit., pág. 177.

³⁰ Mostrando también su preocupación respecto a una posible criminalización de deudas: Prats Canut, José Miguel. “Delitos contra las relaciones familiares”, en: Quintero Olivares, Gonzalo & Morales Prats, Fermín, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, segunda edición, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 458.

³¹ Reyna Alfaro, Luís Miguel. “Art. 2: Prohibición de imponer prisión por deudas”, en Gutiérrez Camacho, Walter. La Constitución Comentada, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, págs. 247 -252.

³² Citado por: Bernal del Castillo, Jesús, El delito impago de pensiones, JM. Bosch, Barcelona 1997, Págs. 23-24.

³³ Bernal del Castillo, Jesús, Op. Cit., pág. 22.

³⁴ Reyna Alfaro, Luís Miguel. Los delitos informáticos: Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal, Juristas Editores, Lima, 2002, págs. 225 y 226.

del Estado, “programa” que tiene mandato de tutela del aspecto asistencia en la familia.

El tipo penal del artículo 149 del Código Penal, tendría como objeto la integridad y bienestar de la familia, cuando el sujeto obligado no satisface por entero, las necesidades más elementales de sus miembros, en otras palabras el deber de asistencia familiar³⁵. La ley exige que este incumplimiento esté referido no sólo a la falta de asistencia material o económica, sino también a la de carácter moral, como son las obligaciones de auxilio mutuo, educación, cuidado de la prole, etc.³⁶.

Para un sector de la doctrina, se protege un bien dual; primero, el eficaz cumplimiento de los deberes familiares establecidos por la legislación civil, sancionando el incumplimiento de deber de asistencia y solidaridad que tienen su origen en las relaciones familiares. Por otro lado, también se protege el respeto al principio de autoridad, que se vulnera con el incumplimiento de una resolución judicial³⁷.

El contenido material de injusto converge en una misma expectativa jurídica de asistencia familiar a favor de los hijos, la de carácter económico y de la provisión de lo necesario para su sustento³⁸.

4. PRESUPUESTOS OBJETIVOS

a. La obligación alimenticia

El tipo penal demanda entre sus supuestos objetivos, “la prestación de los alimentos”.

Una de las definiciones sobre este tema de obligación alimenticia es la del jurista Avon, citado por Juan Hinostroza Minguez³⁹, en donde se dice que la obligación de

³⁵ Donna. E.A., Derecho Penal. Parte Especial, T. II –A, cit., pág. 431.

³⁶ Peña Cabrera, Raúl, Tratado de Derecho Penal, Vol. I pág. 484.

³⁷ Alvarez Valdes, I., Delitos contra las Relaciones –Familiares, pág. 211.

³⁸ Polaina Navarrete, M., Delitos contra las Relaciones Familiares, pág. 522.

alimentos “es una consecuencia de la organización de la familia derivada del vínculo de sangre y que el legislador debe cuidar porque representa los medios de subsistencia indispensable para los miembros de ella”. Se debe tener en cuenta que la obligación alimenticia se extiende además a favor de aquellos que aún no tienen determinado parentesco, como es el caso del hijo alimentista, donde a pesar de no estar reconocido ni voluntaria ni judicialmente aún así es protegido por la ley, y, por lo tanto se mantiene el derecho de recibir alimentos. Así lo preceptúa el artículo 415 de Código Civil⁴⁰.

El tratadista Manuel Campana manifiesta que las raíces del deber alimentario surge en el derecho romano y se amplía durante la época de Justiniano, atribuyéndole precisamente a este emperador el derecho de alimentos, posteriormente esta obligación fue recogida en las partida de Alfonso el Sabio, donde se establece la obligación entre ascendientes y descendientes, en ella no se hacía referencia a la cónyuge como obligación alimentaria, sino se le incluía como un deber de socorro.

El Maestro Alex Placido⁴¹ expresa que la obligación alimentaria está basada en un fundamento ético: el deber de asistencia y solidaridad para la conservación de las personas y se atribuye en razón al parentesco.

Para Pedro Mejía Salas⁴², el fundamento de la institución de los alimentos está en la solidaridad humana, la obligación moral de asistir a quien necesita auxilio. Es un deber que se funda en la equidad porque se presenta de manera recíproca”. Por lo

³⁹ Hinostroza Minguez, Alberto. “Derecho de Familia, pág. 458 “La obligación de alimentos es una consecuencia de la organización de familia derivada del vínculo de sangre y que el legislador debe cuidar porque representa los medios de subsistencia indispensable para los miembros de ella. De esta manera el estado asegura las necesidades que resulta de la naturaleza.

⁴⁰ Código Civil. Art. 415 Derecho del Hijo Alimentista. “Fuera de los casos del art. 402”, el hijo extramatrimonial solo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años”.

⁴¹ Placido, Alex, F., “Manual de Derecho de Familia – Nuevo enfoque del estudio del Derecho de Familia”. Gaceta Jurídica. Edición 2002, pág. 349. “La Ley impone la obligación alimentaria por diversos motivos aunque basada en un mismo fundamento ético, el deber de asistencia y de solidaridad para la conservación de la persona. Así en el artículo 474 del Código Civil la obligación alimentaria se atribuye entre personas por razón de parentesco”.

⁴² Pedro Mejía Salas. “Derecho de Alimentos-Doctrina y Modelos” Editorial Ediciones Jurídicas. Lima Perú, pág. 14 y 15. “El fundamento de la institución de los alimentos esta en la solidaridad humana, la obligación moral de asistir a quien necesita auxilio...el título esencial para obtener los alimentos es el parentesco, por ello su naturaleza de deber jurídico y natural, es un deber que se fundamenta en la equidad”.

que el fundamento de esta obligación surgida esencialmente de los lazos que unen a los miembros de la familia, y principalmente por un deber “de solidaridad” que nace de esta institución.

Sobre ello, Yolanda Vásquez García⁴³ expresa que “esta obligación está vinculado a los grandes intereses de la vida” como son el sustento, la asistencia médica, la educación, la cultura, entre otros, es decir, todo un conjunto de prestaciones destinadas no solo a la supervivencia, sino también al desarrollo social de individuo, dicha autora califica tal obligación como un “deber natural que a través de la ley se convierte en una obligación jurídica”.

Para Peralta Andía⁴⁴, la obligación alimenticia se constituye como institución definida en el derecho contemporáneo, donde esta no solo es exclusiva dentro del círculo familiar, sino que se convierte básicamente en una obligación pública que corresponde al Estado.

b. La existencia de una resolución judicial

La norma demanda la existencia de una resolución judicial firme donde se fije concretamente el monto que corresponde a la pensión alimenticia. Y en los casos en donde las partes han llegado a una conciliación o un acuerdo este debe ser representado ante el Juez civil para requerir al inculpado para el cumplimiento de la obligación.

⁴³ Yolanda Vásquez García. “Derecho de Familia – Teórico y Práctico”. Tomo II, Editorial Huallaga, págs. 160 y 161. “El cumplimiento de ésta obligación esta vinculado a los grandes intereses de la vida, como sustenta, habitación, vestidos, educación, asistencia médica, y cultura de todas las personas, pero especialmente de las que carecen de medios para adquirir o preservar estos bienes...En consecuencia la obligación alimentaria comprende como se tiene dicho a todo un conjunto de prestaciones cuya finalidad no es solo la estricta supervivencia de la persona necesitada, sino también su mejor inserción social. La obligación alimentaria no es otra que el deber natural de asistencia al pariente más próximo. Deber del cual la Ley ha hecho una verdadera obligación jurídica a cargo de los miembros de la familia”.

⁴⁴ Rolando Peralta Andía, “Derecho de Familia en el Código Civil” 3ta. Edición, Año 2008, Editorial Idemsa Pág. 560. “Ya en el Código contemporáneo los alimentos constituyen una institución definida. No obstante se dan tres líneas de pensamiento que no son absolutamente coherentes. 1) Aquella para la cual la atención de personas necesitadas se produce como obligación jurídica exclusiva dentro del círculo familiar. 2) Aquella otra según la cual la obligación jurídica es básicamente una obligación pública que corresponde al estado vía previsión social, 3) Una tercera que estriba en establecer las líneas de enlace entre uno y otro tipo de obligaciones.

El solo incumplimiento de los acuerdos realizados en documento privado no puede dar lugar a la apertura de instrucción, por cuanto la norma expresamente demanda que la obligación debe surgir de una resolución judicial⁴⁵.

Para el tratadista Salinas Siccha, la resolución judicial a que se refiere el tipo penal no es aquella que establece el monto de los devengados, vale decir sobre el período que comprende desde la notificación de la demanda al obligado hasta el momento en que se exige el pago, puesto que el elemento constitutivo del delito vendría a ser propiamente la renuencia a cumplir con lo que se ordena en la sentencia civil, y por ello las pensiones devengadas deberían quedar excluidas como elemento del delito. No se configura el delito cuando el obligado, pese a ser renuente con el pago de las pensiones devengadas viene cumpliendo con pasar la pensión alimenticia mensual tal como ordena la sentencia en el proceso de alimentos. Considera así mismo que sostener lo contrario sería apoyar al resurgimiento de la proscrita” prisión por deudas”⁴⁶.

El maestro Salinas Siccha, asimismo entiende entonces que los pagos no realizados anteriores a la sentencia no son constitutivos del delito porque el incumplimiento a que hace referencia el tipo penal es sobre los adeudos surgidos a partir de la emisión de la sentencia civil hacia delante.

c. El incumplimiento de la obligación

En lo que concierne a este otro presupuesto, la norma describe una conducta omisiva, es decir, que el sujeto se abstiene a cumplir el pago de esa pensión alimenticia ordenada en la resolución judicial. En la práctica subsiste una polémica: de comprobar “el incumplimiento”, dado que se trata de un delito de omisión, el

⁴⁵ Eduardo Torres Gonzáles, El delito de Omisión a la Asistencia Familiar, Año 2010, Editorial Idemsa Pág. 36.

⁴⁶ Salinas Siccha, Ramiro. “Derecho Penal-Parte Especial” II Edición, Editorial Grijley Año 2007, pág. 401-402. “Por otro lado, la renuencia al pago de las pensiones devengadas (aquellas que tomando como referencia la pensión definitiva se genera desde el momento de la notificación de la demanda al obligado hasta que inicia el pago) de modo alguno, constituye elemento constitutivo del delito”.

incumplimiento no es un simple dejar de hacer, sino que se debe verificar que el sujeto que no realiza la acción está en posibilidad de hacerlo.

Los delitos omisivos se configuran cuando el agente “no realiza la acción que pudo haber realizado”, por ello se excluye la responsabilidad cuando se encuentra en una situación de imposibilidad.

Nuestra norma penal, a diferencia de otro código, no establece la obligación en el mismo proceso penal, a diferencia del “sistema director” donde la obligación se deja a criterio del juzgador penal, el sistema de “tipo indirecto” establece previamente esta obligación en otra vía, como es la civil.

En primer caso podríamos entrar a evaluar las condiciones económicas del inculpado, para comprobar su posibilidad de pago, mas desde el sistema indirecto, no cabe revalorar nuevamente estos aspectos por cuanto su condición económica del inculpado ya ha sido estudiada y verifica en ese proceso civil, y por lo tanto solo cabe atender situaciones excepcionales que modifiquen sustancialmente su situación.

Ingresar a revisar nuevamente la situación económica del inculpado en el curso del derecho penal y evaluar el monto de la obligación implica en el fondo una revisión de la cosa juzgada en la vía civil, lo cual no puede ser admisible. No resulta correcto que en el proceso penal el inculpado propugne un pago menor de lo señalado en el proceso de alimentos desconociendo la resolución judicial y por el contrario pretenda reducirlo según su parecer. En la práctica, observamos que en el proceso expone su discrepancia sobre el monto que le fue fijado en el proceso civil y por ello abona cuotas inferiores a lo señalado, las cuales van a generar unos devengados por esa diferencia y este obligado expone que no puede cumplir con la cantidad ordenada por que sus ingresos no se le permiten, y busca que en este proceso penal se reconsidere todos esos factores y se acepte el pago que él propone como justo olvidando que su condición y posibilidad ya ha sido meritado debidamente en ese otro proceso. Admitir tal argumento llevaría a que las sentencias emitidas en al vía civil sean puramente simbólicas puesto que en la práctica el demandado terminaría asignando la cantidad que según él le parezca razonable. Resulta inadecuado que

existiendo los canales respectivos para modificar el monto de la pensión alimenticia no se haga unos de ellos y, en su lugar, se pida que el proceso penal se haga un reexamen de ellos.

La vía civil permite la modificación de las pensiones cuando las circunstancias lo exigen, la “reducción de alimentos” y la “excepción de la pensión alimenticia”, y “el prorratio” son demandas que se pueden plantear cuando se dan tales variaciones en la capacidad económica del inculpaado o de las necesidades del alimentista, y ahí donde se debe buscar la disminución de la pensión o en todo caso su exoneración. Ello, no obstante, no es óbice para que en la vía penal pueda atenderse excepcionalmente algunas causas sobrevinientes que den lugar a una exclusión de la responsabilidad penal, pero esto debe ser analizado según el caso concreto, como sería la pérdida del empleo o una grave enfermedad que le impida trabajar.

5. ELEMENTO SUBJETIVO

El dolo en estos delitos se configura por el conocimiento que tiene el obligado sobre la orden judicial que dispone el pago de los alimentos, y pese a ello, conscientemente desatiende sus deberes.

a) El dolo

El delito de omisión a la asistencia familiar es un delito esencialmente doloso, por lo tanto no admite una modalidad culposa y esto es así porque la existencia de una resolución judicial que contiene el tipo penal como presupuesto objetivo, obliga a que el sujeto activo haya tenido conocimiento de tal obligación, y consecuentemente sabe y está informado de la exigencia que se le hace, por ello el incumplimiento no puede ampararse en un supuesto desconocimiento ó negligencia.

A ello debe agregarse además de que por ser un delito de peligro, no es posible admitir la modalidad culposa, porque estos últimos demandan siempre un resultado.

Los delitos omisivos tiene un carácter especial en donde resulta difícil aplicar el mismo concepto de dolo que tiene los delitos de acción (conocimiento y voluntad),

y más aún tratándose de un delito de peligro, donde básicamente el dolo está referido al conocimiento que tiene el sujeto de realizar la conducta típica.

La especialista Eva Domínguez Izquierdo⁴⁷, “aquí no hay una dirección real en el ánimo del autor, sino simplemente existe una abstención de la conducta ordenada”.

El doctor Villavicencio Terreros, señala que “la dificultad para determinar el dolo volitivo se presenta en los delitos de omisión, donde el autor es totalmente indiferente o está de acuerdo con el resultado⁴⁸, por consiguiente para evitar estas dificultades, el dolo en el delito omisivo debe ser comprobado en el conocimiento, y por lo tanto bastará que tenga conciencia de la acción típica y “si bien es cierto que podría estar presente la voluntad de omitir no se requiere la prueba de su existencia para aceptar el dolo”, porque el delito de omisión tiene una estructura basada en el conocimiento de la situación y de la posibilidad de realizar la acción. La prueba de la voluntad de estos casos resultara muy difícil y puede llevar a la impunidad todo delito de omisión. Por lo que en los delitos de omisión de asistencia familiar; “el examen del elemento subjetivo debe centrarse a verificar si el obligado

⁴⁷ Eva Domínguez Izquierdo. Las figuras de abandono de familia en sentido estricto”. Ensayos Penales N° 05. Editorial Dykinson. Madrid-España 2005, pág. 138. “Las especiales características que presenta el dolo en los delitos de omisión, que han determinado la denominación “cuasidolo” por cuanto no esta referido aun proceso de dirección real, sino precisamente a la no realización de una concreta acción exigida, lo que determinara la ausencia del elemento volitivo del dolo y la exclusiva presencia del elemento cognitivo, han llevado a concluir que el delito de abandono de familia el dolo requiere únicamente la conciencia del incumplimiento de los deberes en cuestión, así como de que tal cumplimiento esta al alcance del sujeto. Esto es, el sujeto ha de tener conciencia de la situación típica, de la acción que se exige y de su capacidad de actuar. Carece pues de relevancia el aspecto volitivo que se cifraría en que el sujeto quiera que se cree el peligro para los bienes individuales de los beneficiarios de la prestación, pues dado que no hay posibilidad de dirección tampoco la hay de voluntad realizada”.

⁴⁸ Felipe Villavicencio Terreros. “Derecho Penal Parte General”. Pág. 659. “...a fin de evitar esta dificultad, el dolo en el delito omisivo debe ser comprobado al nivel del conocimiento. Así, bastara que el sujeto tenga conciencia de la situación típica de la conducta que realiza, de su capacidad para actuar y de otras circunstancias típicas. Con ello, se mantiene en vigencia su mandato a realizar una conducta ordenada. Si bien es cierto que la decisión (voluntad) de omitir puede estar presente, no se requiere la prueba de su existencia para aceptar el dolo. En definitiva, el delito de omisión tiene una estructura propia basada en el conocimiento. 1) Conocimiento de la situación generadora del deber; 2) Conocimiento de la probabilidad de realizar la acción (y en caso de evitar el resultado). Por ejemplo: En el caso de la madre que descuida a su hijo por jugar y éste sufre un grave perjuicio a su salud, es suficiente probar que tenía conocimiento mínimo y situacionales que “expone a peligro la vida o la salud del niño colocada bajo su dependencia, privándole de los cuidados indispensables”. (art. 128 del Código Penal) que el orden jurídico le exige tener cuidado con su menor hijo y, además, ella sepa que capacidad para cumplir ese mandato. Exigir la prueba de la voluntad resultaría muy difícil y puede llevar a la impunidad todo delito de omisión, pues no es voluntad realizada como ocurre en los delitos omisivos también pueden presentarse elementos subjetivos del tipo omisivo deferente como el dolo surgen particularmente en delitos propios de omisión”.

conocía de la resolución judicial que le imponía el cumplimiento de estos deberes alimenticios, y pese a ello se sustrajo de sus deberes”.

El dolo en la omisión a la asistencia familiar debe centrarse en establecer el conocimiento de la obligación, sin exigir además la comprobación de que el obligado buscaba colocar a los miembros de la familia en una situación de riesgo. El elemento subjetivo se completaría con la sola decisión de no querer realizar el pago, independientemente si corresponde a motivos maliciosos o no.

Los que rechazan el dolo unitario, admiten, sin embargo, la posibilidad de un dolo eventual que se daría cuando el sujeto abandona a la familia advirtiéndole la posibilidad de que el cierto momento podrían encontrarse en una situación crítica.

Sobre el dolo eventual, como lo explica María del Mar Díaz Pita, subsisten varias teorías, una de ellas es la del “consentimiento” y está apunta a que el sujeto consiente el resultado que podría darse con su conducta, empero el “consentir” significa estar de acuerdo con la producción de un hecho, lo que se asimilaría a que este resultado “le sea agradable”, pero este agrado podría interpretarse también como la “intención” del sujeto, por que se alegraría de que se produzca.

En tanto, que la otra teoría de la “indiferencia” sustenta el dolo eventual en el que el sujeto muestra una indiferencia absoluta por el resultado que se podría dar. Es decir, tiene conocimiento del riesgo que produce su conducta, sea esta omitiva u omisiva, pero le resulta totalmente indiferente lo que el pueda pasar, y que conllevaría categóricamente a afirmar que aunque sabiendo con certeza que el resultado lesivo se iba a producir aún así habría procedido de todas maneras, es de ejecutar la acción o de realizar el acto exigido por la norma⁴⁹, en el delito de omisión a la asistencia familiar no se puede decir con certeza que el sujeto en realidad recibe con agrado el riesgo o el daño que se pueda producir a los alimentistas. La experiencia indica que en realidad la desatención deviene de su falta de interés.

⁴⁹ María del Mar, Díaz Pita, “El dolo Eventual”, Tirant Lo blanch, Valencia 1994, págs. 179, 178 y 179. “El sujeto, al consentir el resultado, estado de acuerdo con él, la producción del mismo, por decirlo de alguna manera, es de su agrado”.

Debiéndose precisar que tratándose de un delito de peligro resulta difícil admitir el dolo eventual. A todo ello, ha de resaltarse que el tipo reclama la concurrencia de una resolución judicial, y por tanto no basta con advertir solo la posibilidad de un estado de necesidad de los miembros de la familia, la norma penal no exige que los alimentistas se encuentren en una situación real de necesidad, porque pueden estar atendidos por otros familiares y aún así se configura el delito si es que el requerido no cumple con el pago ordenado en la resolución judicial. Lo más adecuado resulta, entonces, asumir el concepto de dolo unitario, tal como lo viene afirmando la doctrina y prescindir del elemento volitivo. De no ser así, la simple alegación de una carencia económica por parte del agente sería el mejor refugio para eximir de esa responsabilidad, puesto que en estos casos no podría afirmarse categóricamente que la omisión obedeció a un deseo de no socorrer al alimentista, sino que debía a un impedimento material, por lo que salvo justificadas excepciones se determinarían por fomentar la impunidad.

6. NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO

a. Delito de mera actividad.

El delito de omisión a la asistencia familiar es un delito de mera actividad porque se configura con la sola realización de la conducta descrita.

Como lo refiere Enrique Gimbernat Ordeig⁵⁰. Los delitos de mera actividad se caracterizan porque se configuran simultáneamente con la actividad realizada.

Los delitos de mera actividad se diferencian de los delitos de resultado en razón de que en estos últimos existe una separación espacio temporal entre la acción realizada y la lesión o puesta en peligro producida, en tanto que en la simple actividad no existe esta separación de tiempo-espacio. La lesión o puesta en peligro del bien jurídico se produce en el mismo instante que se ejecuta la acción o se deja de

⁵⁰ Enrique, Gimbernat Ordeig. “La distinción entre delitos propios e impropios de omisión”. Revista Peruana de Ciencias Penales N° 13. Editorial Idemsa. Año 2003. pág. 58. “en realidad los delitos de mera actividad no se caracteriza por que no producen un resultado sino únicamente porque el resultado se produce simultáneamente con la actividad”.

actuar. A su vez, los delitos de mera actividad pueden ser tanto de lesión como de peligro.

El delito de omisión de asistencia familiar es un delito de mera actividad y de peligro abstracto, en donde su consumación se produce cuando se omite cumplir con el pago de las pensiones ordenadas en la resolución judicial sin exigir que se produzca un resultado.

A los delitos de mera actividad, también se les denomina delitos de “simple conducta”, porque el delito se tiene por configurado por la sola acción realizada u omisión incurrida.

En la doctrina existen discrepancia respecto a la legitimidad por cuanto algunos autores lo califican de delitos “formales” (la acción es suficiente para tener trasgredida la ley aunque no produzca una lesión o puesta en peligro del bien jurídico) lo que resulta contrario a lo que significa la trasgresión material” en donde si se produce estas afectaciones. Por ello se dice que muchos de ellos carecen de suficiente ofensividad.

Se dice así mismo que en estos delitos no es necesario acreditar una relación de causalidad, y por lo tanto no necesitan prueba de imputación objetiva, lo cual dificulta establecer la responsabilidad. No obstante la tendencia actual es de mantener estos tipos penales, porque resultan idóneos para proteger bienes jurídicos colectivos, pero se reclama que siempre debe contarse con un grado de ofensividad sobre el bien jurídico a fin de conjugarlo con el principio de lesividad material, tal como María Alcalé Sanchez⁵¹.

El carácter especial que tienen los delitos de mera actividad va incidir al momento de establecer el elemento subjetivo del tipo penal, porque tratándose de estos delitos de mera realización y en donde no se demanda un resultado, entonces el dolo no se determina en función del resultado final, sino en el conocimiento que se tiene del

⁵¹ María, Alcalé Sánchez. “El delito de injusto en los delitos de mera actividad”: Biblioteca Comparada de Ciencias Jurídicas; Granada España; Año 2000, pág. 36. el Juez penal solo va estar legitimado para imponer una pena cuando esa violación formal de la norma y vaya acompañado de una violación material; esto es la lesión ó puesta en peligro del bien jurídico.

acto que se realiza o se deja de hacer. Es decir, solamente sobre la conducta típica descrita.

b. Delito de peligro

Es un delito de peligro porque no se exige que a consecuencia del comportamiento omisivo la víctima sufra algún mal, basta solo el incumplimiento para entender que podría presentarse un peligro para la persona dependiente.

Es un delito de peligro abstracto porque a diferencia de los delitos de peligro concreto la norma no contiene expresamente la existencia del peligro como presupuesto.

En estos delitos, el peligro de ciertas acciones u omisiones pueden ser tan patente que ya se le releva al juez de la tarea de comprobarlas. El legislador considera que algunas conductas ya son de por sí “peligrosa”, de tal forma que ya no es necesario verificar en cada caso si se produjo o no el peligro. El peligro se encuentra implícito en la conducta descrita.

En el delito de omisión de asistencia familiar, el legislador ha considerado que la sola sustracción de estos deberes paternofiliales constituya de por sí un peligro para los sujetos pasivos que son personas menores e incapaces y dado a su particular desvalidez, la desatención de sus alimentos, lleva consigo implícito un riesgo para ellos.

En el delito de omisión de asistencia familiar, no es necesario, consecuentemente, acreditar que el alimentista se encuentre en una situación de riesgo toda vez tratándose de un peligro abstracto basta que se den los presupuestos fácticos. Sin embargo, siempre deberá evaluarse cada caso en particular a efecto de verificar si la omisión ha tenido entidad suficiente para poner en riesgo el desarrollo integral del menor.

Tratándose entonces de que la omisión de asistencia familiar es un delito de peligro abstracto, no es indispensable entonces que se llegue a producir una lesión sobre el bien jurídico, y tampoco probar que los alimentistas hayan estado expuestos a un

riesgo. Bajo esta perspectiva “resulta irrelevante que los dependientes hayan sido socorridos por otros miembros de la familiar”, y esto es así porque el tipo penal no exige la existencia de una situación de necesidad de los alimentistas para configurar el delito: el solo incumplimiento sin que existan justificaciones es suficiente para perfeccionar el delito.

Según Juan CORDOVA RODA⁵², “en este delito no se toma en cuenta si los hijos que se halla en poder de la madre se encuentren atendidos o no por ella. “De lo contrario no podría perseguírseles nunca a los progenitores que se sustraigan de sus deberes porque otros se los cumplirán”. Por lo que “los especiales deberes no pueden quedar neutralizados por el hecho de que otros familiares los subvenguen”.

Sin, embargo el delito de omisión a la asistencia familiar contiene una circunstancia agravante en su último párrafo, en donde contempla los casos en que los dependientes económicamente del autor, resulten con lesiones graves o fallezcan a causa del incumplimiento a la prestación de los alimentos. Casos donde constituyen propiamente delitos de resultado. Lo que este último párrafo prescribe que estas lesiones graves o muerte del alimentista deban ser previstas por el autor. Configurándolo, de esta manera, como un delito “preterintencional”, por cuanto solo se genera en los casos en que este resultado pueda haber sido previsto por el agente, de lo contrario, no se presenta la agravante. En este supuesto cualificante si estamos ante un delito de lesión, donde es necesario que se produzca una afectación en la salud o en la vida del alimentista para que se configure el agravante.

⁵² Córdova Roda, Juan, “Comentarios del Código Penal Español-Parte Especial”, Pág. 214 “La situación de necesidad no se tiene en cuenta para el resultado típico del delito de lo contrario no se pudiera perseguir nunca al progenitor que cumple sus deberes en al confianza de que otros los cumplirán. Los argumentos de que los hijos se encuentran atendidos por la madre no pueden justificar su conducta”.

c. Delito permanente

Para el Dr. Raúl Peña Cabrera⁵³, considera que el delito de omisión de asistencia familiar es de naturaleza “permanente”, porque el bien jurídico continuaría lesionándose en forma indefinida mientras no cesa el estado antijurídico.

Para el Dr. Luis Reyna Alfaro⁵⁴, el delito de omisión a la asistencia familiar es de consumación instantánea.

Para el tratadista Ramiro Salinas Siccha, sostiene que la acción antijurídica y el efecto necesario para su consumación se mantienen en el tiempo sin intervalo por la voluntad del agente, el cual concluye cuando el obligado, quien tiene el dominio de la permanencia, voluntariamente decide acatar la orden judicial.

En 1998, se discutió en un pleno jurisdiccional, y por mayoría, se acordó que los delitos de omisión a la asistencia familiar deben ser considerados como “instantáneos de efectos permanentes”⁵⁵.

La doctrina reconoce a los delitos permanentes en aquellos donde existen los siguientes presupuestos:

- a) Persistencia de la acción típica por el agente activo.
- b) Prolongación de esa situación antijurídica.
- c) Que dicha situación sea dominada por el agente voluntariamente.
- d) Que dicha conducta prolongada posea todos los caracteres de la acción típica.

Por ello el delito se sigue desarrollando sin interrupción hasta que el autor decida hacerla cesar o aparezca alguna interrupción ajena a esa voluntad. La voluntad del

⁵³ Peña Cabrera, Raúl, “Derecho Penal-Parte Especial”, Editorial Idemsa, Tomo I, año 2008, Pág. 433. “Se dice en la doctrina que se trata de un delito de naturaleza permanente porque mientras no cese el estado antijurídico el bien jurídico será lesionado en forma también indefinida”.

⁵⁴ Reyna Alfaro, Luis Miguel, “Delitos Contra la Familia” Gaceta Jurídica, Año 2004 1ra Edición, pág. 192. “En torno al debate a nivel doctrinal y jurisprudencial se ha suscitado respecto a la condición de delito instantáneo o permanente de la omisión de asistencia familiar. Quisiera manifestar mi adhesión a la tesis que considera el delito en comento como un de consumación instantánea”.

⁵⁵ Revista del Poder Judicial, conclusiones de plenos jurisdiccionales de 1998-Publicación oficial 1999. Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, Pág. 137 “Acuerdo N° 02 Por treinta y un votos contra trece acuerda: Que los delitos de resistencia a la autoridad y los delitos de la omisión a la asistencia familiar deben ser computados como instantáneos de efecto permanente”.

agente, es lo que diferencia a los “delitos permanentes” de los “delitos de estado”, en donde si bien las consecuencias de estos últimos perduran en el tiempo, ello escapa del dominio del agente.

Para el tratadista Gloria García Paz⁵⁶ considera que una de las características que sirve de guía para identificar a los delitos permanentes es la definición de los términos que se emplean en la descripción de la conducta típica porque ello orienta la modalidad de ejecutiva. Los verbos tener, retener, detener, ejercer, conducir, son unos de ellos porque son conceptos de conductas susceptibles de mantenerse en el tiempo. Asimismo considera como otro factor distintivo, lo que él denomina “la elasticidad del bien jurídico”, por cuanto en los delitos permanentes el bien jurídico no se destruye ni se afecta gravemente, dado que una vez cesado el injusto, es posible recuperar el goce o disfrute de ese bien.

En este sentido, el delito de omisión a la asistencia familiar, no puede ser considerado como un delito continuado, porque el obligado con su desatención al pago no está iniciando y consumando reiterados tipos penales que puedan ser calificados individualmente cada uno de estos actos como un delito independiente. No se puede volver a omitir lo que ya está siendo desatendido. Se trata entonces de una sola conducta típica que se consuma en el momento mismo en que omite el pago de la pensión alimenticia.

7. CONDUCTA TÍPICA

El delito de omisión a la asistencia familiar se configura cuando el obligado a prestar los alimentos, establecida en una resolución judicial, se sustrae dolosamente de este deber, omitiendo cumplir con los pagos sin que sea necesario que se cause un perjuicio al alimentista.

⁵⁶ García Paz, Gloria “Aproximación al Estudio del Delito Permanente-Estudio de Derecho Penal y Criminología” Edición 2006, Ed. Comares, Granada-España, pág. 82. “Hay que atender la modalidad ejecutiva del tipo penal para ver si la conducta descrita es susceptible de mantenerse en el tiempo como son los verbos de tener, retener, detener, poseer, ejercer, pertenecer, etc.”.

Se trata de un delito de omisión pura, por cuanto el agente no realiza la conducta exigida, es decir, el cumplimiento de esos deberes alimenticios. Este deber de “actuar” es lo que se denomina “el deber positivo” propia de una norma de mandato.

Los deberes que dispone una norma pueden ser tanto de carácter “negativo” como “positivo”, los primeros de ellos se compone de prohibiciones es decir, que son mandatos de abstenerse de realizar alguna afectación en tanto que el segundo de ellos tiene que ver con una exigencia de actuar. Es decir, como lo menciona GUNTHER JAKOBS⁵⁷, el deber positivo es un deber de proporcionar ayuda a los demás.

8. DELITO DE OMISIÓN PROPIA

Para Campana Valderrama, el delito de incumplimiento de obligación alimentaria sería de tipo “mixto alternativo”, porque puede presentarse tanto por omisión impropia como por omisión propia. Esta posición es confuso y resulta incongruente, puesto que en los delitos de “omisión impropia” está de por medio un “deber de garante”, y en los delitos de “omisión propia” por lo general, “no se tiene esta posición”, y por lo tanto el autor puede ser cualquier persona, de tal manera que ambas situaciones son excluyentes y no pueden concurrir simultáneamente. No se tiene una explicación clara por qué trataría de un delito de omisión impropia o denominado también “comisión por omisión”, solo se hace una referencia escueta de la posición especial que tiene el autor respecto a la víctima que lo obliga a velar por el bien jurídico, y por ello representaría una “posición de garante”.

Es innegable, bajo las normas civiles, de que el obligado, en su mayoría de veces el padre de los alimentistas, vulnera un deber que le son impuestos por ley, de tal forma que, de conceptuar una posición de garante, esta vendría por norma; sin embargo, no basta la sola existencia del vínculo familiar para constituir propiamente el deber de garante.

⁵⁷ Gunther, Jakobs. “La omisión, estado de cuestión sobre el estado de la Teoría del Delito” Seminario en la Universidad Pompeu Fabra- Cuadernos Civitas. Primera Edición año 2000, págs. 132-133. “El deber positivo es el de proporcionar ayuda a otras personas y compensa todas formas de situación de necesidad que existía con independencia de su comportamiento. El deber negativo se compone de prohibiciones de iniciar lesiones”.

Es cierto que los padres tienen un deber de cuidado y protección para con sus hijos e incluso también, estos deberes de amparo y auxilio se presentan también entre los cónyuges, y de igual manera de hijos mayores a padres ancianos, y que estos deberes de asistencia, bien pueden ser considerados como una posición especial que tiene el agente frente a la víctima. Sin embargo, debe considerarse que para que exista una verdadera posición de garante, esta debe ser “concreta” y no “genérica”.

Cabe en primer lugar establecer una diferenciación sustancial entre los deberes “genéricos” y los deberes “específicos”, porque son estos últimos los que fundan verdaderamente el “deber de garante”, ya que en ellos se tiene lo que se denomina el “control personal” sobre el bien jurídico. Los padres, en la mayoría de estos delitos se encuentran alejados del hogar, y por tanto, desligados de los cuidados diarios de sus menores hijos, ellos por estar distanciados no pueden intervenir en determinado momento para evitar un accidente o cualquier otro evento. Materialmente no tienen el control de la situación inmediata como sí lo ostenta el progenitor que los tiene bajo su custodia, a este progenitor sí se le exige el deber de socorrerlos ante cualquier peligro que se presente y que ponga en riesgo la integridad física o mental de los hijos. Por ejemplo, si un menor sufriera una lesión grave por haber manipulado el fluido eléctrico dentro de su domicilio, a la madre se le podrá imputar el delito de comisión por omisión cuando se advierta que no tomó las medidas de cuidado para proteger al niño de esa fuente de electricidad, mas no así podría decirse del padre que no vive en ese lugar y por lo tanto desconoce el estado de esas instalaciones y de la situación misma presentada, con el agregado de que no estaba en ese lugar para impedirlo.

El deber de garante entonces, para constituir un delito de comisión por omisión, no puede sustentarse únicamente en la existencia del vínculo familiar, sino que es necesario que el agente tenga materialmente el cuidado de los hijos. Los deberes específicos surgen entonces, de esta situación concreta.

La doctrina, por ello, entiende que hay delitos de “omisiones puras generales” y “omisiones puras de garante”, donde el primero de ellos es considerado una infracción a los deberes de solidaridad frente a bienes jurídicos individuales donde cualquier ciudadano puede incurrir; en tanto que las omisiones puras de garante

tienen un fundamento en que solo pueden ser determinados por sujetos que ostentan una posición de responsabilidad frente a esos bienes jurídicos, pero que no alcanza para calificarlas propiamente para fundar los delitos de comisión por omisión.

Se considera por ello que los delitos de omisiones puras de garante son omisiones de gravedad intermedia, mayor que las omisiones puras generales y menos que las omisiones impropias, denominadas también “comisión por omisión”, porque en estas últimas los deberes, además de específicos son de mayor intensidad. Ello se puede ver a modo de ejemplo en los delitos de exposición o abandono de personas en peligro, en donde el artículo 126 del Código Penal sanciona con una pena no mayor de tres años cuando se omite el socorro a una persona que se ha herido o incapacitado, (debe ser garante por ingerencia), en tanto que el artículo 127 sanciona solo con una pena no mayor a de un año cuando se omite un auxilio a un herido.

Se propugna entonces una clasificación intermedia entre los delitos de omisión pura y los delitos de comisión por omisión, que son la denominada “omisión pura de garante”. Tal como así lo señala Iván Meini⁵⁸, al indicar a la existencia de una tercera categoría de omisión que se ubicaría entre la comisión por omisión y la omisión propia.

Para el tratadista HURTADO POZO⁵⁹, al analizar la posición de garante en las relaciones legales de la familia, considera que no basta con constatarla la existencia de esta base legal y que estas reglas no son absoluta, sino que hay que apreciar las

⁵⁸ Meini, Iván. “Imputación y Responsabilidad Penal – Ensayos de Derecho Penal”, Editorial Ara, Primera Edición, 2009, pág. 195. “entre comisión por omisión y realización activa de un delito de resultado existe una relación de identidad valorativa y estructural. Ello conlleva a que la atenuación facultativa de la pena del artículo 13 del Código Penal infine se explique con la existencia de una tercera categoría de omisión, que se ubicaría entre la comisión por omisión y la omisión propia, y que se denomina no evitación del resultado por el garante”. El artículo 13 CP, cumple así la función de otorgar relevancia típica a los supuestos de no evitación del resultado por el garante y una función declarativa frente a la comisión por omisión”.

⁵⁹ Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal – Parte General”, Tercera Edición, Editorial Grijley 2005, págs. 757-758. “solo analizando caso por caso, es posible determinar si existe un deber de garante basado en la ley. Así, este deber puede ser deducido de las relaciones legales de familia, familiares en línea directa, sin embargo, no basta con constatar la existencia de esta base legal. Este vínculo formal debe constituir una relación estrecha, ya que, en realidad, puede haberse debilitado bastante y aún dejado de existir. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de la separación de cuerpos, divorcio o cuando un hijo se aleja de la casa paterna. Así mismo, hay que considerar que estas reglas no son absolutas, sino que hay que apreciar las circunstancias materiales y personales del caso concreto, por ejemplo, el hecho de constatar si el marido y la mujer viven realmente juntos”.

“circunstancias materiales y personales del caso concreto, entre ellas, si el marido vive realmente junto con el alimentista. En estas relaciones que derivan de los vínculos naturales, es necesario analizar caso por caso.

Para el Dr. Mir Puig⁶⁰, para afirmarse una verdadera posición de garante que permita equiparar la omisión a la acción, debe darse una efectiva “equivalencia material”, que este presente en una dependencia personal entre el padre y el hijo, es decir, que el peligro creado quede efectivamente en manos del omitente “bajo su control personal”. Por ello Mir Puig, expone como ejemplo que si un recién nacido queda a cargo del personal facultativo, y este falleciera, a la madre no se le podrá imputar el delito de parricidio por mas posición de garante que mantenga por el vínculo familiar, dado que estaría ausente “la dependencia personal”.

En el caso de omisión a la asistencia familiar, para considerarse que en ciertos casos se presentaría la comisión por omisión, los hijos deberían de estar a cargo del obligado, es decir, como en una “absoluta dependencia personal”, porque como lo refiere este autor, más decisivo que el tipo de relación familiar existente es que concurra una “efectiva dependencia absoluta de una persona respecto de otra”.

Pero además de esta diferencia entre deberes de garante genéricos y deberes de garante específicos, debe considerarse que para estar frente a un delito de omisión impropia debe existir una “identidad estructural” entre el acto omisivo y una conducta comitiva, es decir que la omisión se debe corresponder con una de comisión activa. Tal como lo comprende el artículo 13 en su segundo considerando del Código Penal, en donde estipula a la omisión impropia cuando se tiene el deber jurídico de impedir un peligro inminente, y además si esa omisión se corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. Por consiguiente no basta entonces la sola posición de garante surgido del vínculo familiar para configurar el delito de comisión por omisión, sino que, es necesario además, que se produzca esta identidad

⁶⁰ Mir Puig, Santiago. “Derecho Penal – Parte General” Edición- 2006, Editorial Montaner, Barcelona – España, págs. 305-311. “Para que la no evitación de un resultado lesivo pueda equipararse a su propia causación positiva, únicamente podrá aplicarse al sujeto que deja morir a otro si se encontraba, respecto del mismo, en posición de garante. Así, la madre que deja de alimentar al niño recién nacido que se halla bajo su custodia”. “La cuestión de las formas de parentesco que pueden originar posición de garante, no ha de resolver por tanto, en forma genérica, sino, en función de la concreta presencia de la requerida dependencia”.

estructural. Los delitos de omisión a la asistencia familiar, son delitos de peligro. Sin embargo, la posición mayoritaria considera que son delitos de resultado, por cuanto en la posición de un garante cualificado, existe el deber de evitar la producción de un resultado.

En el delito de omisión a la asistencia familiar es, además, un delito de mera actividad, por cuanto se configura en el momento mismo en que el sujeto omite cumplir con la obligación y la realización de delitos de comisión por omisión, no se da en los delitos de mera actividad.

Por lo que la omisión a la asistencia familiar, “es un delito de omisión propia” o más específicamente, un delito de omisión pura de garante, porque el vínculo que tiene el padre con sus hijos o el que existe entre los cónyuges y convivientes no resulta suficiente para configurar un “deber de garante”, y además se trata de un conducta expresamente señalada en una norma.

9. SUJETO ACTIVO

Es aquel sobre el cual pesa la obligación, por lo que el tipo penal se configura como delito especial por cuanto solo puede ser cometido por aquellos que tengan ese deber impuesto en la sentencia civil, es considerado por eso “delito especial propio”. El sujeto activo puede ser solo la persona que tenga esa obligación dispuesta por ley y establecida por resolución judicial.

No solo los padres pueden ser sujetos activos de este delito, sino también los abuelos del alimentista o el cónyuge sobre aquel que se encuentre necesitado y otros miembros de la familia que conforme a las normas civiles pueden ser llamados a socorrer al necesitado.

Por otro lado, no siempre esta obligación recae en los miembros de la familia, sino que puede alcanzar a otras personas que tengan la calidad de tutores o curadores, es decir de todo aquel que conforme a las normas civiles pueden ser llamados a responder por demanda de alimentos.

Si bien, por lo general, en estos delitos es el padre que se constituye como sujeto activo, pueden darse casos donde la madre sea denunciada por este delito, por cuanto las normas civiles establecen claramente que el deber de prestar alimentos corresponde a ambos padres y no solo a uno de ellos. El artículo 423, inciso 1⁶¹, establece que son deberes de los padres proveer al sostenimiento y educación de los hijos, y el artículo 474⁶², preceptúa que se deben alimentos recíprocamente los cónyuges.

El deber de socorrer al alimentista tiene su fundamento entonces en la protección que tiene todos los padres para con los hijos, compartiendo aún lo poco que se tiene, es decir, aun cuenten con unos ingresos. En otras palabras lo que la norma manda es que los padres asistan a sus hijos.

Algunos obligados resultan ser muy jóvenes y se encuentran estudiando en las universidades, sin embargo, conforme a las normas civiles los padres de este pueden acudir en su lugar para otorgar la pensión alimenticia, siempre y cuando sea así establecido en la resolución judicial, de lo contrario el proceso penal se instaurará contra el joven estudiante sin que tal condición la exima de este deber, habida cuenta de que la carga familiar obliga inexorablemente al progenitor a compartir sus estudios con el trabajo y obtener el sustento diario.

Muchos jóvenes, en realidad, comparten estas actividades para costearse ellos mismo sus estudios, de tal forma que hoy en día ha dejado de ser algo extraordinario. Quien se hace de una familia, aún sea a muy pronta edad, debe asumir también estas obligaciones.

10. SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo es todo aquel beneficiario de las pensiones alimenticias que conforme a las normas civiles pueden ser los hijos, los cónyuges y también los ascendientes. En casos excepcionales, pueden ser otros miembros de la familia, en tanto se establezca en el proceso civil, también pueden ser los hijos mayores de edad

⁶¹ Código Civil Art. 423. “Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad proveer al sostenimiento y educación de los hijos”.

⁶² Código Civil Art. 474. “Se deben alimentos recíprocamente los cónyuges”.

en cuanto continúen estudiando, por cuanto los alimentos comprenden no solamente los alimentos, vestido, asistencia médica sino también la educación.

El derecho del alimentista es un derecho personalísimo y esta impuesto para garantizar la subsistencia del mismo.

El estado de necesidad del alimentista se establece previamente dentro del proceso civil y viene dado por ese deber jurídico que la Constitución garantiza a los miembros de la familia.

En los casos en que la madre sea menor de edad, nada impide que pueda constituirse en una acción judicial tanto para reclamar la pensión alimenticia como también demandar penalmente al padre. La protección de este derecho elemental faculta entonces a la madre poder intervenir directamente aún no haya obtenido la mayoría de edad.

Tratándose de los hijos menores, estos son representados por el progenitor u otros familiares que tienen a cargo su cuidado, pero al llegar a la mayoría de edad y de continuar estudiando ellos podrán y deberán interponer directamente la acción penal.

El nuevo Código Procesal Penal, en su artículo 94⁶³, considera agraviado a todo aquel que resulta directamente ofendido por el delito o resulte perjudicado por las consecuencias del mismo.

Es irrefutable de que en estos incumplimiento la madre resulta seriamente perjudicada, porque teniendo los hijos en su poder, en ella recae todas la obligaciones y preocupaciones, esto la afecta en su vida diaria e incluso en su salud tanto física como psíquica porque las angustias constantes las somete a una tensión que constituye todo un sufrimiento. Por ello cuando se reclama la condición de esta como agraviada en estos casos, pese a que no ostenta la condición de alimentista, porque “es innegable que resulta ser perjudicada por el delito, como cualquier otra persona que se encuentra bajo el cuidado de los menores”. Por ello, bajo el concepto

⁶³ Código Procesal Penal 2004, Artículo 94. “Se considera agraviado a todo aquel que resulta directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo”.

que nos trae el nuevo Código Procesal Penal no habría obstáculos en que se le considere agraviada, a la madre por se parte perjudicada por el delito.

Para los hijos que se encuentran estudiando por lo general se produce una indignación de sentirse rechazados que desisten de toda acción para obligar a su progenitor a que lo socorra económicamente, emocionalmente están decepcionados y por lo tanto renuncian a iniciar un proceso penal, pero apoyados en la madre, y estas sigue llevando todos los problemas que acarrea su manutención y estudios.

Definitivamente la madre sigue siendo perjudicada por la conducta omisiva del obligado porque se le recarga todas las obligaciones.

Para James Reategui⁶⁴, el Ministerio Público, actúa como “parte” cuando emite dictámenes, pero cuando investiga actúa con “objetividad”, es decir que no asume propiamente una posición parcializada.

11. LA ASIGNACIÓN ANTICIPADA DE ALIMENTOS

La resolución judicial al que hace referencia el artículo 149 del Código Penal, se refiere únicamente a la sentencia civil, y que por lo tanto no entraría las deudas provenientes de las asignaciones provisionales, ello parte de interpretar que la expresión “resolución judicial” que se describe en esta norma, es igual al de “sentencia civil”.

Es cierto que el deber y el monto de los alimentos se determinan en la sentencia civil, sin embargo, pueden existir otras resoluciones que igualmente ordenan el pago de alimentos y entre ellas se encuentran las “asignaciones anticipadas”. Lo determinante según la redacción del mencionado artículo es que la obligación sea establecida mediante resolución judicial, de tal manera que no exista razón para excluirla.

⁶⁴ Reategui Sánchez, James. “Conferencia sobre el Nuevo Código Procesal Penal”. Dictada en la Corte Superior de Junín 9 de Junio de 2010. “El Fiscal actúa como parte cuando emite sus dictámenes, pero en la actuación probatoria procede con objetividad”.

Desde una interpretación teleológica, la norma busca proteger al alimentista y bajo la interpretación sistemática se advierte que la norma civil reconoce medidas anticipadas para que pueda recibir los alimentos sin demora.

BRAMONT ARIAS, considera que las asignaciones anticipadas de alimentos también están incluidas en el concepto de resolución judicial, y para SALINAS SICCHA, es de opinión similar, es decir de una interpretación amplia de la expresión “resolución judicial” cuando manifiesta que solo se da el delito de omisión a la asistencia familiar ante la renuncia a cumplir con lo que ordena una sentencia o una resolución de asignación provisional. El interés superior del niño hace prevalecer este tipo de resoluciones evitando que la demora de los procesos pueda llegar a afectar. El Código Civil promueve mecanismo de claridad para que sea asistido lo más prontamente.

Para estos casos se han establecido situaciones especiales en aras de su protección como es el caso de la ejecución anticipada de la sentencia, en donde pese a existir una apelación sobre la sentencia aún así se puede ejecutar la misma.

Así lo establece el artículo 566⁶⁵ del Código Procesal Civil cuando preceptúa que cuando se interponga un recurso de apelación sobre la sentencia se deberá formar un cuaderno por separado y se dispondrá el pago de este. De tal manera que aunque la sentencia no haya obtenido aún el carácter de firme todavía se puede exigir el pago de estas pensiones alimenticias.

Se tiene entonces que “la resolución judicial” puede tratarse de una asignación anticipada, que se solicita como medida cautelar para socorrer al alimentista mientras dura el proceso, como también la ejecución anticipada de sentencia, cuando la sentencia emitida ha sido apelada, pero aun así se puede exigir su cumplimiento.

En los casos de asignación anticipada, se plantea la discusión sobre la forma de resolver en los casos en los que la sentencia resulta infundada. Existe pronunciamiento por la absolución, en tanto que otros consideran que el delito se

⁶⁵ Código Procesal Civil Art. 566 “La pensión de alimentos que fije la sentencia debe pagarse por período adelantado y se ejecuta aunque haya apelación. En este caso, se formará cuaderno separado. Si la sentencia de vista modifica el monto, se dispondrá el pago de éste...”.

habría dado de todas formas porque la resolución mientras estuvo vigente mantenía la exigencia del pago y ante el incumplimiento de todas formas ya se habría cometido el delito. La posición de que cuando se produjo una revocatoria de la orden judicial de pago, entonces debe absolverse al inculpado, y ello es así porque el delito de omisión a la asistencia familiar no es propiamente de un delito de resistencia a la autoridad, sino en esencia se sustenta en los deberes asistenciales de los alimentistas, y ante una sentencia que declara infunda la demanda civil se desvanece este deber, y ello incide sobre este elemento objetivo del tipo penal.

La pensión alimenticia consecuentemente es exigible tanto en la sentencia dictada como también de los autos que disponen su cumplimiento.

12. EL PAGO TARDÍO (A POSTERIORI)

Que, sobre ello, debe indicarse que una sentencia judicial como es la que recae en el proceso civil debe ser respetada y no puede quedar sujeta a la decisión del obligado, de modo que los pagos no realizados oportunamente han producido una situación de riesgo para los alimentistas. Consecuentemente, el pago a posteriori no desvanece la tipicidad.

NAKASAKI SERVIGON⁶⁶ ha sugerido la aplicación de la “excusa absolutoria contemplada en el artículo 208 del Código Penal, cuando el inculpado llega a cancelar los devengados dentro del proceso penal.

En sus inciso 1 preceptúa que “no son reprimibles los hurtos defraudaciones ó daños que se causen a) los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y

⁶⁶ Nakasaki Servigon, César. “Análisis Dogmático – Jurídico del delito de incumplimiento de la obligación alimenticia” Actualidad Jurídica – Gaceta Jurídica. Tomo 16 Septiembre de 2007. pág. 111. “Examinado al punto a la luz de la doctrina se trata de una excusa absolutoria supra legal y de un caso de exclusión de punibilidad. Existen ciertas situaciones en la que si bien el hecho es delito y en principio hace merecedor de pena a sus hechos por razones de política criminal el estado renuncia al ejercicio del Jus Puniendo o función punitiva ya que no le resulta útil la imposición de la pena, así por ejemplo la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal, el estado renuncia a la función punitiva. Lo mismo acontece en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria pues si el estado decidió intervenir excepcionalmente a efectos de asegurar el pago de la cuota de alimentos carece de propósito aplicar la reacción penal”.

afines en línea recta”. Dicho tratadista cuestiona las condenas donde el inculpado aún en forma tardía ha llegado a cancelar la obligación, y por ello plantea la posibilidad de aplicar la analogía “in bonam partem”.

De esta manera propone que la situación contemplada para los delitos contra el patrimonio sea de aplicación también a los delitos de asistencia familiar, puesto que cumplida la obligación carece de propósito la sanción penal.

Como se sabe, el ordenamiento jurídico proscribe la analogía in malam partem, mas no así cuando se trata de beneficiar al inculpado (bonam partem), de tal forma que es posible aplicar la misma norma cuando se da la misma situación jurídica. Siendo así, es menester analizar si las circunstancias dadas, pueden corresponderse en forma semejante.

Este planteamiento si bien constituye un esfuerzo dogmático para resolver los casos de los pagos tardíos, presenta dificultades para su aceptación por cuanto las excusas absolutorias responden a un criterio de política criminal, y en los casos de delito contra el patrimonio, estas tienen como fundamento el “salvaguardar la unidad familiar, porque muchas veces la intervención del derecho penal lejos de resolver el problema los agudiza, Una sentencia recaída sobre unos de sus miembros exacerba los rencores se impide la reconciliación, cuando lo apropiado es que el Estado promueva y fomente la armonía familiar como célula vital de la sociedad.

Empero en los delitos de omisión a la asistencia familiar la supuesta unidad familiar por lo general ya no existe – Estas familias ya están desmembradas.

En la mayoría de veces, estas denuncias se producen en hogares ya desintegrados, en donde ambos padres ya han conformado nuevas familias, de tal manera, que la relación familiar ya se encuentra desquebrajada. En este contexto la excusa absolutoria carecería de esta finalidad.

Por otro lado, estas sentencias absolutorias se presentan ante la lesión de bienes jurídicos disponibles como es el patrimonio, en tanto que en los delitos de omisión a la asistencia familiar el bien jurídico protegido son los deberes asistenciales y estos,

por tener carácter de personalísimos no pueden ser de libre disposición (salvo excepciones de cónyuge).

No se daría consecuentemente una igualdad de situaciones” que se demanda en la analogía para que resulte aplicable la misma norma. Se debe agregar además que la propuesta del mencionado autor no sería propiamente una “causa excluyente de punibilidad”, sino una causal que “cancela la punibilidad”, puesto que el pago realizado dentro del proceso constituye una causal sobreviviente al delito.

Como lo dice Felipe Villavicencio Terreros⁶⁷, las causas que se presentan con posterioridad a la comisión del delito propiamente cancelan la punibilidad. Es decir que como resultaba antes el matrimonio subsiguiente al delito de violación, estas circunstancias excluyentes de punibilidad en cambio preexisten al momento de la comisión del ilícito.

13. EL PAGO PARCIAL

Otro de los problemas que se presentan en estos delitos son los pagos parciales.

Por lo general el pago solo es apreciado para disminuir la pena a imponerse o en todo caso para suspender la pena, mas no así como una causa de exención de la pena.

El pago de las pensiones señaladas en la sentencia civil obliga al pago total y por lo tanto solo se tiene por cumplido cuando se ha pagado totalmente la liquidación. El monto de la pensión alimenticia no está a potestad del obligado sino que se encuentra establecida por el juez, y en este sentido los padres no pueden obviar lo impuesto en la sentencia civil y abonar la cantidad según su parecer.

La naturaleza de éste delito obliga a tener en cuenta las situaciones particulares que se pueden dar en determinadas situaciones, a fin de no caer en un mero formalismo y

⁶⁷ Villavicencio Terreros, Felipe. “Derecho Penal Parte General”, Editorial Grijley. pág. 229. “Las causas personales que excluyen la punibilidad deben existir al momento de la comisión del delito. Las que cancelan son sobrevivientes al mismo y se presentan con posterioridad a la comisión del delito”.

llegar a condenar por casos que realmente carecen de relevancia, sin que ello implique desconocer la norma penal.

El principio de lesividad que más nos exige que el incumplimiento de las pensiones deben tener cierta relevancia del tal forma que genere la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico. Este principio impide que se sancione todos los casos ante el incumplimiento y por el contrario obliga a discriminar los casos.

Si el procesado abona casi la totalidad de la deuda demandada y este saldo restante resulta ser muy ínfimo entonces no justificar la sanción penal por carecer de una verdadera ofensividad sobre el bien jurídico.

Los pagos parciales representan la voluntad del inculpado de querer cumplir con la obligación; sin embargo, ello no siempre es así porque en la práctica observamos que el inculpado llega a cancelar el monto de la pensión alimenticia en la última etapa del proceso, es decir, a puertas de emitirse la sentencia con el solo propósito de evitarse la condena, y en otros casos, con la finalidad de obtener la variación de la detención. Una vez obtenida la comparencia, el procesado no se vuelve a presentar y el expediente dado la gran carga procesal permanece inactivo hasta su prescripción.

Consecuentemente el pago parcial, no siempre representa verdaderamente el ánimo de cumplir esa obligación.

Existe controversia en lo referido a los casos en que la pensión alimenticia sobrepasa las necesidades del alimentista, es decir que han sido determinadas atendiendo al contexto social, es decir el estatus de vida que le corresponde y las capacidades del demandado lo permitan. En estos casos el monto asignado no se circunscriben estrictamente a cubrir las necesidades básicas para su existencia, sino también a las comodidades que otorga un nivel de vida acorde a cierto estatus.

En estos casos se podría decir que el incumplimiento de las pensiones no estaría necesariamente generando un riesgo para el bien jurídico. Sin embargo, debe atender que la suma establecida en el proceso civil es una sola y por lo tanto no es divisible, y cuando no se cumple con el pago se priva al alimentista de ambas condiciones (las básicas y las complementarias).

No obstante, cuando en estos casos se realiza un pago parcial, consideramos que el juez debe no debe dejar de evaluar el monto asignado a efectos de verificar si la suma entregada cubre razonablemente las necesidades indispensables del alimentista, puesto que no hay que perder de vista que la finalidad de la norma es evitar el riesgo en la subsistencia de los dependientes, mas no garantizar comodidades o frivolidades para configurar el delito.

En la vía penal no se debe realizar un nuevo juicio sobre las posibilidades del inculpado, porque ello ya fue materia de estudio y evaluación en la vía civil, y salvo que se presentan situaciones que modifiquen las condiciones que tuvo en ese entonces. Los pagos parciales consecuentemente no excluyen la responsabilidad penal.

La vía civil ofrece las alternativas al obligado para que pueda solicitar la reducción de la pensión alimenticia cuando se presenta nuevas circunstancias que justifiquen la variación del monto, de tal forma que este resulte ser el medio adecuado para determinar una modificación del monto señalado originariamente.

Ello no significa que el juez deje de apreciar alguna situación excepcional, como sería la pérdida del empleo, enfermedad, o el haber estado recluido en un penal entre otras situaciones que hagan ver razonablemente la imposibilidad de cumplimiento. Empero el pago parcial con el simple argumento de que la asignación preestablecida en el juicio civil resulta excesiva no puede ser un argumento valedero para excluirlo del delito.

14. LA CARGA DE LA PRUEBA

Se tiene que los tratadistas han incidido básicamente sobre la necesidad de acreditar la posibilidad de pago como una forma de probar el dolo en estos delitos. Enfatizar que al inculpado no se le puede exigir que pruebe su imposibilidad porque ello implicaría invertir la carga de la prueba lo que atentaría contra las garantías fundamentales del proceso. Al Ministerio Público como el órgano encargado de la prueba, solo le corresponde establecer la concurrencia de los elementos objetivos del delito, y salvo excepciones justificadas en el caso de que el inculpado alegue algunas causas eximentes, esto le corresponde ser acreditadas por el mismo inculpado.

En el delito de omisión de asistencia familiar, la posibilidad del pago viene dada con la sentencia civil, en donde previo estudio de las condiciones fácticas se determina el importe que puede cumplir el obligado y por otro lado la notificación de requerimiento indica que el procesado ha tomado conocimiento de esta obligación, de tal forma que no se requiere que nuevamente en el proceso penal se pruebe las posibilidades económicas del inculpado, salvo que se trate de situaciones sobrevivientes. Es por eso que a éste delito se le considera como un “tipo penal en blanco”, porque la obligación como también el monto adeudado, se determina en otra vía.

En el caso en que el inculpado no cuente con una ocupación y se ha sostenido que en estos casos estaría ausente el dolo por cuanto no se demuestra que el autor haya tenido la verdadera voluntad de no acudir con la pensión alimenticia. Sin embargo, en estos casos, tampoco se descarta la existencia del dolo puesto que el sujeto no está impedido de realizar cualquier actividad por cuenta propia para socorrer al alimentista, su inactividad frente a necesidades urgentes del hijo implica ya una conducta dolosa.

Si no existe ninguna circunstancia física que le impida al agente recurrir a cualquier ocupación aun informal, no puede pretextar su desocupación como una ausencia de dolo.

La Constitución⁶⁸ reconoce a la familia como una institución elemental para la sociedad y por ello le otorga protección, así lo expresa en su artículo 46 cuando dice: “Es deber y derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos” y asimismo promueve la paternidad y maternidad responsable.

Los alimentos entonces tienen protección constitucional y por ello las normas civiles y penales buscan darle un sustento material efectivizando las medidas que con lleven a la real protección de este derecho. Ello explica por qué se le da ciertas prerrogativas a la demandante en los procesos de alimentos. Así se le otorga exoneraciones al pago de tasas judiciales tal como lo prescribe el artículo 562 del Código Procesal Civil⁶⁹ y se le excluye de investigar rigurosamente el monto de los ingresos del demandado conforme lo ordena el artículo 481 del Código Civil⁷⁰.

Esta última norma antes mencionada constituye una excepción a la carga de la prueba que tiene su fundamento las dificultades que en la realidad enfrentaría la demandante en estos casos.

Para la parte necesitada le resultaría imposible probar en muchos casos el verdadero ingreso del demandado, sobre todo si este desarrolla una actividad independiente.

Si el obligado se dedica al comercio informal resultaría muy difícil establecer sus ventas cuando éste realmente no lleva una documentación registro de ello, y si se tratara de un taxista donde se emiten comprobantes por estos servicios, resulta igualmente imposible que le pruebe sus ingresos diarios; habida cuenta que por diversos factores no se tiene un ingreso regular y suceden atenciones que muchas veces paraliza la actividad, y en caso de un trabajador de campo que esporádicamente presta sus servicios como peón resulta una tarea muy tediosa el poder llevar estas pruebas al proceso o que la empleadora concurra al juicio como testigo, y si el obligado se ausenta del lugar resulta más difícil a la demandante

⁶⁸ Constitución Política del Perú Art. 4 “La comunidad y el estado protege especialmente al niño al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”. Artículo 6 “Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos”.

⁶⁹ Código Procesal Civil artículo 562 “El demandante se encuentra exonerado de tasas judiciales, siempre que el monto de la pensión alimenticia demandada no exceda de veinte unidades referencias procesales”

⁷⁰ Código Civil artículo 481 segundo párrafo “No es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos”.

hacer todo un seguimiento y poder descubrir en qué lugar está desempeñando alguna actividad.

Dada esta situación real obligar a la parte demandante a que asuma la carga de la prueba sobre la capacidad económica del demandado implica someterla a la “prueba diabólica”, porque se le somete a un verdadero calvario, puesto que se encuentra en una posición desigual sumado además a las auto justificaciones que podrá exponer el inculpado para excluir su responsabilidad.

Es por ello que las normas civiles establecen esta excepción a efecto de ofrecer una verdadera protección a los alimentistas.

La carga de la prueba entonces está referida básicamente a la existencia de los presupuestos del delito, más no a las posibles causas de justificación que corresponde probarlas a quien las alega. Sobre ello, la doctrina entiende que esta capacidad no constituye elemento del tipo penal, sino un presupuesto de la omisión y que opera como una excepción a favor del procesado y como lo beneficia a éste entonces la prueba de ello debe corresponderle a él, así lo expresa el tratadista Claudio Belluscio.

La confesión restrictiva”, llamada también “calificada” es entendida como aquella declaración del inculpado en donde admite los hechos que se le imputan pero añade hechos o circunstancias para justificar su comportamiento o de lo contrario niega un elemento del cual se excluiría o se atenuaría su responsabilidad.

En los delitos de omisión a la asistencia familiar, es frecuente encontrarnos con estos tipos de confesiones calificadas por cuanto el procesado reconoce no haber cumplido con la obligación alimenticia pero añade a esta omisión algunos elementos fácticos para atenuar o excluir su responsabilidad como es el caso de referir que todo el tiempo que duró la desatención él se encontraba sin empleo, o que por atender las obligaciones de su otra familia no pudo acudir oportunamente con dicha obligación.

Es cierto que la presunción de inocencia tiene protección constitucional y está comprendida por ello en el artículo 2, inciso 24, de la Constitución⁷¹, y se encuentra contenida también en el artículo segundo del Título Preliminar del Código Procesal Penal⁷², y en sus diversas acepciones sobre la concurrencia de prueba” es definida también como lo menciona Pablo Talavera Elguera⁷³, como “la carga del que acusa”.

Por lo tanto, según estos conceptos, la falta de actividad probatoria sobre las excusas dadas por el procesado no puede ser valorada en su contra.

Para algunos la sentencia civil solo acredita la obligación más no la capacidad de pago; sin embargo, como se sabe en el juicio civil no solo se acredita la obligación, sino también se evalúa la capacidad económica del quien debe prestarlos de tal manera que ambas situaciones se fijan en la referida resolución.

Para el tratadista César San Martín Castro⁷⁴ cuando señala: “Que acreditada la imputación hecha por el fiscal corresponde al imputado probar los hechos que constituyen circunstancias excluyentes, extintivos o impeditivos de la responsabilidad penal”.

El doctor Gimeno Sendra sostiene la posición mayoritaria al indicar que “las partes acusadoras deben acreditar los hechos constitutivos del delito, y la defensa para

⁷¹ Constitución Política del Perú- artículo segundo inciso 24-E “Toda persona es considerado inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

⁷² Código Procesal Penal – Artículo Segundo Título Preliminar. “Toda persona involucrada en la comisión del un hecho punible será considerado inocente y debe ser tratada como tal mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado”.

⁷³ Talavera Elguera, Pablo. “La Prueba, en el nuevo Proceso Penal – Manual del Derecho Probatorio y de la Valoración de las Pruebas”. Editado por la Academia de la Magistratura en cooperación técnica alemana. 1ra. Edición 2009. pág. 35. “como regla probatoria la presunción de inocencia exige que la carga de la prueba sea del que acusa, la existencia de pruebas y que estas tenga la condición de pruebas de cargo, que sean suficiente y que haya sido obtenidas y actuadas con la debidas garantías procesales. La prueba de cargo debe ser proporcionado por la acusación, no o falta de ella jamás puede ser valorada en su contra”.

⁷⁴ San Martín Castro, Cesar. “Derecho Procesal Penal”. Volumen I. Editorial Grijley. Segunda Edición. P. 117. “Es el Ministerio Público quien habrá de reunir aquella suficiente y necesaria actividad probatoria para destruir la presunción de inocencia, por ello se define la presunción de inocencia como un derecho reaccional. Por lo demás acreditada la imputación hecha por el fiscal corresponde al imputado en caso lo sostenga probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la responsabilidad penal”.

obtener una sentencia absolutoria tiene la carga de la prueba de los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes”.

El artículo 61⁷⁵ inciso del Código Procesal Penal expresamente señala que “el Ministerio Público conduce la investigación preparatoria y práctica todos los actos de investigación tendientes a comprobar imputación como también para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado”.

El Código Procesal Penal consecuentemente demanda que el Ministerio Público también debe avocarse a indagar por las circunstancias eximentes.

Asimismo el Dr. Víctor Cubas Villanueva⁷⁶, sostiene que la función investigadora en el nuevo sistema procesal penal, indica que “al abogado defensor le corresponde también esta función precisando que la recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la fiscalía ha decaído por el carácter adversarial propio del proceso penal en donde se supera la presencia pasiva del imputado”.

15. LA IMPOSIBILIDAD DE PAGO COMO ELEMENTO DE LA TIPICIDAD O DE LA CULPABILIDAD

En todo delito de omisión debe existir la posibilidad de que el autor pudiera actuar conforme a lo que exige la norma, y sobre la base de esta exigencia un sector de la doctrina reclama siempre la prueba de esa “posibilidad”.

⁷⁵ Código Procesal Penal artículo 61 inciso 2. “Atribuciones y Obligaciones del Ministerio Público...conduce la investigación preparatoria, practicada u ordenara practicar los actos de investigación que correspondan, indagando no solo las circunstancias que permitan corroborar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado”.

⁷⁶ Cubas Villanueva, Víctor. Instrucción e Investigación Preparatoria” Gaceta Penal y Procesal Penal. Gaceta Jurídica. 1ra Edición Octubre 2009, pág. 55 “Función Investigadora: En el nuevo sistema procesal penal, el defensor asume un papel que va más allá de la asistencia técnico-jurídica al imputado. Deberá adelantar una investigación, si se quiere, paralela a la de la fiscalía, pues solo así su preparación para una eventual negociación para el juicio será la adecuada. Asimismo, se le impone una actitud diligente en la recolección de elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento de deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera la presencia pasiva del imputado, comprometiéndolo con la investigación y recolección de datos a favor suyo, sin disminuir por ello la plena vigencia de presunción de inocencia.

En el delito de naturaleza omisiva se encuentran presentes los siguientes elementos:

- a) situación típica que está referida a la conducta descrita en la norma.
- b) La no realización de la conducta ordenada.
- c) Capacidad para realizar la acción esperada, el agente debe estar en condición de poder realizar la acción esperada. Es lo que se le denomina también la “exigibilidad”.

En el delito de “omisión de asistencia familiar”, se da “la posibilidad del inculpaado de poder cumplir con el pago de las pensiones alimenticias”.

Cuando el obligado expone la imposibilidad de pago por carecer de los medios suficientes para poder cumplir con el mandato judicial y que sus ingresos solo alcanzan para su propia subsistencia o de otros familiares con lo que convive, entonces estaríamos ante una causa de inexigibilidad, y por lo tanto de exculpación, vale decir dentro del campo de la culpabilidad.

En el delito de omisión a la asistencia familiar, al Ministerio Público le corresponde probar la existencia de los elementos de la tipicidad, pero tratándose de un delito que se remite previamente a una actuación extrapenal, (y de allí que se le denomina tipo penal en blanco), la sentencia civil constituye inobjetablemente la prueba de esa posibilidad de pago, de tal manera que esta se cumple con la sentencia recaída en el proceso civil en donde se evalúa la situación económica del denunciado y se dispone un pago de acuerdo con esa posibilidad determinada.

16. LA PRUEBA DE OFICIO

El nuevo Código Procesal Penal contempla en el artículo 385⁷⁷ específicamente en el inciso segundo, donde le faculta al Juez para que en forma excepcional pueda practicar la actuación de un medio probatorio que considere indispensable.

⁷⁷ Nuevo Código Procesal Penal. Artículo 385 Segundo Párrafo. El Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación

Este dispositivo todavía es materia de controversia, por cuanto un buen sector de la doctrina sigue exigiendo un sistema acusatorio puro donde todas las pruebas sean aportadas por las partes y por lo tanto reclamando un juez cuya función sea exclusivamente de controlador y moderador.

Se ha dicho por ello que el juez en realidad cumple un papel de árbitro en medio de ese debate acusatorio y que consecuentemente la prueba de oficio desnaturaliza el carácter de juez imparcial.

Se ha señalado igualmente que en este sistema acusatorio adversarial, la parte vencedora es aquella que presenta y prueba de mejor forma su relato y logra persuadir al juez, lo que resulta afectado cuando el juzgador procede por propia cuenta.

En los delitos de omisión a la asistencia familiar no es extraño que encontremos casos donde el obligado se asesora con un abogado de trayectoria y la parte agraviada se encuentra desprovista de toda defensa legal por no contar con los medios económicos, y sumado algunas veces a que estas personas son de escasa cultura e incluso hasta analfabetas es innegable que existe una desigualdad entre las partes. Y el juez no puede ser indiferente a ello porque, como ya lo ha señalado algún especialista, “el juez debe allanar los obstáculos que impide una desigualdad procesal”.

Si el juez se mantuviera al margen de todo, y no dispusiera de oficio la verificación de los pagos que supuestamente se están abonando al proceso penal tendría que tenerlas por ciertas y consecuentemente por cancelada la obligación, pese a que en la realidad el inculpado no estaría pagando la liquidación que corresponde a ese proceso penal, y ello sería una decisión injusta.

Por ello las pruebas de oficio si se justifican y fundamentalmente en estos procesos, donde por lo general la parte agraviada no está en igual de armas, y careciendo de

de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultase indispensable o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El juez Penal cuidara de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

una defensa deja transcurrir los plazos sin hacer impugnaciones observaciones o cualquier otro mecanismo que la ley le faculta.

Muchas veces dada la lejanía de su domicilio y su condición indigente, no puede movilizarse para acudir a todas las diligencias para hacer valer su derecho. Y a diferencia del inculpado, no se le proporciona asistencia legal gratuita alguna.

17. EL REQUERIMIENTO DE PAGO COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

No existe uniformidad en la doctrina respecto al carácter que tiene “el requerimiento” en el delito de omisión a la asistencia familiar. Para algunos tratadistas como Ramiro Salinas Siccha, este vendría a ser un requisito de procedibilidad sin el cual sería imposible formalizar la acción penal⁷⁸.

Para extinto Dr. Mixán Mass, el requerimiento es un presupuesto del tipo penal y consiguientemente su ausencia conlleva la atipicidad.

En la jurisprudencia nacional observamos que es casi unánime la exigencia del requerimiento como un requisito de procedibilidad. Se da el caso que se declare la nulidad de un proceso por no obrar en autos el requerimiento civil.

La cuestión previa, como se sabe, es un requisito que se exige para el inicio de la acción penal, y constituye por lo general la autorización de una autoridad administrativa, informes de instituciones públicas, iniciativa de parte, entre otros presupuestos-. No son elementos del tipo penal sino solo exigencias de orden procesal que se debe acompañar en una denuncia penal.

⁷⁸ Salinas Siccha, Ramiro, Ob. Cit. Pág 411. “El requerimiento que se hace al obligado que de cumplimiento a lo ordenado en resolución judicial bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente se convierte en un requisito de procedibilidad. En consecuencia de no aparecer tal requerimiento, es imposible formalizar positivamente la acción penal”.

La Ley 13906⁷⁹, llamada Ley de Incumplimiento de la Obligación Alimentaria, pero más conocida como Ley de Abandono de Familia, establecía en su artículo 5, que “para la interposición de la denuncia se requería la resolución de asignación provisional o sentencia de alimentos y el haber sido requerido bajo apercibimiento”. La antigua ley contemplaba entonces, en forma expresa el requerimiento de pago como un “requisito de procedibilidad” en la misma norma, lo que no ocurre actualmente.

La cuestión previa tal como lo manifiesta REYNA ALFARO⁸⁰ es un elemento fundamental de carácter imprescindible expresamente establecido en la ley sea penal o extrapenal para la realización de determinados actos. En este caso para el ejercicio de la acción penal.

Asimismo el Dr. César San Martín Castro, sostiene que la Corte Suprema ha establecido que los requisitos de procedibilidad “deben encontrarse previsto en la ley de manera expresa”.

La cuestión previa es una condición que debe estar expresamente señalada por Ley y que condiciona el proceso penal para determinados delitos es decir, que no es una condición general que se da para todos los delitos, sino que obedece mayormente a razones de política criminal, y por ello están indicados específicamente para sólo algunos de ellos.

El Dr. Pablo Sánchez Velarde⁸¹ entiende también el requerimiento como un requisito de procedibilidad, refiriéndose al delito de omisión de asistencia familiar,

⁷⁹ Ley 13906 del 24 de enero de 1996, Ley que tipifica el delito de incumplimiento de obligación alimentaria. Artículo quinto: “para la interposición de la denuncia, en los casos previstos en el artículo se requiere resolución que señale asignación provisional de alimentos o sentencia en el juicio correspondiente y que el obligado no haya cumplido su obligación, que puede haber sido requerido bajo apercibimiento”.

⁸⁰ Reyna Alfaro, Luís Miguel. “Excepciones, Cuestión Previa y –Cuestión Prejudicial en el Proceso Penal. Editorial Grijley 1ra. Edición 2008, pág. 28 “Podemos decir que la condición de procedibilidad es aquel elemento fundamental de carácter imprescindible expresamente establecido por la ley penal o extrapenal para la realización de determinados actos, en este caso para el ejercicio de la acción penal, de su cumplimiento va a depender la correlación válida del trámite de la denuncia formulada”.

⁸¹ Sánchez Velarde, Pablo. “Manual de Derecho Procesal Penal”. Editorial Idemsa año 2004, pág. 340. “La cuestión previa aparece en el código penal en el delito de omisión a la asistencia familiar cuando se exige la resolución judicial que establece la obligación. Además exige la notificación debida al obligado, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente”.

que “debe exigirse la notificación al obligado del apercibimiento de ser denunciado penalmente”.

Pero esta condición previa no estaba contemplada en una norma, y por ello, se recurría a los criterios de mínima intervención del derecho penal como una forma de agotar previamente la vía civil antes de recurrir la vía penal, concordante con el principio de última ratio del derecho penal.

De igual forma se acudió al carácter especial de este delito de contar con una resolución judicial en donde conforme a las normas civiles se procede a emitirse el requerimiento de cumplimiento antes de proceder a otras medidas.

Sin embargo, partir de estos conceptos para considerar el requerimiento como una cuestión previa implicaba trasgredir los criterios que la doctrina maneja sobre esta institución procesal, ya que la cuestión previa es un requisito que debe estar “contemplada taxativamente en la ley”. Es decir que no debe surgir de una interpretación, sino que debe estar indicada taxativamente.

Apelar a la interpretación para poder justificar el requerimiento como un requisito de procedibilidad colisionaba con el carácter normativo de la cuestión previa.

No obstante la Ley 28439 promulgada el 28 de diciembre del 2004 puso fin a esta discusión al incorporar el artículo 566-A en el Código Procesal Civil, e introducir el requerimiento de parte como una condición para recurrir al proceso penal⁸².

Esta norma preceptúa “el juez a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas al fiscal provincial de turno”.

El Artículo 566-A, entonces incorporó una condición procedimental específica para los delitos de omisión al asistencia familiar de tal manera de que esta exigencia constituye un requisito de procedibilidad, por cuanto estas pueden estar señaladas en

⁸² Código Procesal Civil Artículo 566-A “si el obligado luego de haber sido notificado para la ejecución de sentencia firme, no cumple con el pago de los alimentos, el Juez, a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso, remitirá copia certificada de la liquidación de pensiones devengadas y de las resoluciones respectiva al fiscal provincial de turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones”.

una norma sustancial como también en normas extrapenal cumpliéndose consecuentemente con requisitos de taxatividad, particularidad. Con la entrada en vigencia de esta norma se ha superado éste problema sobre el requerimiento, por lo que deviene como exigencia que en las denuncias por este delito se debe cumplir necesariamente con este requerimiento.

18. EL REQUERIMIENTO VISTO COMO CONDICIÓN OBJETIVA DE PUNIBILIDAD

El requerimiento en los procesos de omisión a la asistencia familiar son llamados indistintamente para referirse a lo mismo “cuestión prejudicial” y “condición objetiva de punibilidad”.

El Dr. KAKAZAKI SERVIGON, César, llama al “requerimiento” del delito de omisión de asistencia familiar condición objetiva de punibilidad”, pero en otros pasajes lo denomina como “cuestión previa”.

Es verdad que ambas condiciones se asemejan bastante, sin embargo, es del caso de hacer precisiones a efectos de conocer las características de cada una de ellas.

Los requisitos de procedibilidad, son requisitos que deben concurrir para que proceda la acción penal. Por lo general, se trata de un documento que se acompaña a la denuncia penal. (Formalización de la investigación preparatoria), como podría ser “la carta notarial donde se pide el pago de un título valor en los delitos de libramiento indebidos, “los informes de indecopi en los delitos de derechos intelectuales, “los informes de la superintendencia de banca y seguro en los delitos financieros”, entre otros. Y tiene una finalidad simplificar los casos, evitando muchas veces la innecesaria investigación judicial.

La condición objetiva de punibilidad, constituye una circunstancia de carácter político-criminal, que impide la sanción penal, el “perjuicio” que se exige en los delitos de falsificación, “la afectación al servicio”, y están fundados básicamente sobre el grado de vulneración a un bien jurídico.

La cuestión previa llamadas también requisitos de procedibilidad son necesarias para que proceda el inicio del proceso, en tanto que la condición objetiva de punibilidad es necesaria para imponer la sanción.

El requerimiento de pago, que se exige en los procesos de omisión a la asistencia familiar en un requisito de procedibilidad y no una condición objetiva de punibilidad.

19. LA SENTENCIA CIVIL ENTENDIDA COMO CUESTIÓN PREVIA y COMO CUESTIÓN PREJUDICIAL

La cuestión previa está ligada siempre a un determinado delito, no tiene por ello independencia propia, en tanto que la cuestión prejudicial es autónoma, es decir que el proceso extrapenal sigue sus fines que lo motivaron.

La ausencia de una sentencia civil, no da lugar a la cuestión previa ni a la cuestión prejudicial, porque en primer lugar la resolución judicial que se establece en la norma penal comprende tanto las sentencias como los autos, y ante un supuesto de inexistencia de ellas, entonces estaríamos ante la no concurrencia de un presupuesto del tipo penal que deberá ser resuelto a través de una excepción de naturaleza de acción.

La cuestión previa no es un elemento de la conducta típica, sino un requisito que en forma adicional se acompaña en la denuncia, por lo general se trata de un documento y por ello es de carácter procesal, de tal forma que se incurre en error al exigir el cumplimiento de este presupuesto típico a través de una cuestión previa.

Las cuestiones prejudiciales, en cambio, son situaciones que se presentan en forma excepcional, por que no están contempladas para todos los casos, y se producen cuando en otra vía deba esclarecerse previamente un hecho que se relaciona con el proceso penal.

Existe una diferencia elemental entre ambas instituciones, y estos es que la cuestión previa está ligada siempre a un determinado delito, no tiene por ello independencia propia, en tanto que la cuestión prejudicial es autónoma, es decir que el proceso extrapenal sigue sus fines que lo motivaron.

La resolución judicial que se describe en el artículo 149 del código penal está dentro de la descripción típica y por lo tanto constituye un elemento objetivo del tipo penal, y si se constituye como tal, entonces, ante la supuesta inconcurrencia de uno de sus presupuestos debería deducirse una excepción de naturaleza de acción, porque precisamente la conducta sería atípica.

Por lo que la ausencia de una sentencia civil, no da lugar a la cuestión previa ni a la cuestión prejudicial, porque en primer lugar la resolución judicial que se establece en la norma penal comprende tanto las sentencias como los autos, y ante un supuesto de inexistencia de ellas, entonces estaríamos ante la no concurrencia de un presupuesto del tipo penal que deberá ser resuelto a través de una excepción de naturaleza de acción.

20. LA NOTIFICACIÓN DEL REQUERIMIENTO

Como se sabe la sentencia en el juicio de alimentos es notificada en el domicilio procesal que designa el demandado pero el requerimiento se hace tanto al domicilio procesal como al domicilio real.

Esta doble notificación no está señalada en la norma, sino que obedece a la práctica judicial, la razón estriba en que tratándose de una resolución que puede dar lugar a un proceso penal y por lo tanto involucra la libertad del obligado es que se busca otorgarle las mayores garantías para su defensa.

En ciertos casos se puede apreciar que el demandado se desatiende del proceso y de su abogado, y en estas circunstancias no toma conocimiento de la orden judicial y puede darse el caso de que sea sorprendido por una orden de captura. Por ello es que asumió notificar también al domicilio real del demandado.

La norma no señala expresamente que la notificación deba hacerse al domicilio real del inculpado. El artículo 158 del Código procesal Civil prescribe que la notificación puede realizarse en cualquiera de estos domicilios, sin embargo la existencia de jurisprudencia que se pronunciaban en ese sentido ha permitido continuar con esta posición.

Se tiene la jurisprudencia 8483-97 de la Sala de Apelaciones de Reos Libres de Lima⁸³ que señala “Cuando existe dudas respecto al acto procesal de notificación se debe resolver por el in dubio pro reo”.

Se tiene la Jurisprudencia 7270-97⁸⁴ de la misma Sala, que expresamente exige que “uno de los requisitos sine qua non para abrir instrucción en esta clase de delitos es que el demandado haya sido notificado con el requerimiento de ley en su domicilio real y procesal.

De la jurisprudencia emitida sobre este tema destaca la Ejecutoria Suprema 498-99⁸⁵, que fundamenta en que el inculpado no tomó conocimiento de la notificación y que esta no fue realizada de manera personal y por lo tanto no ha tenido la oportunidad de conocer la resolución indicada”.

Si bien en esta Ejecutoria Suprema se resuelve por la absolución por considerar que no se ha acreditado el dolo, se deja ver la necesidad de cumplir con esta formalidad.

La jurisprudencia antes citadas han servido de base de orientación para que muchos órganos jurisdiccionales procedan a notificar estas resoluciones en el domicilio real como si fuera una exigencia normativa, cuando en realidad la norma procesal establece que puede sea alternativamente cualquiera de los domicilios.

En posición contraria a esta formalidad, están los que recurren al principio del “interés superior del niño”. Bajo esta perspectiva solo se considera que conforme a

⁸³ Exp. 8483-97-Sala Superior Penal de Apelaciones para Proceso sumarios con Reos Libres de Lima. “...resulta evidente que se presenta una razonable duda en el juzgamiento respecto del acto procesal de notificación, por lo que se deberá estar al Principio Constitucional de indubio pro reo, previsto por el artículo ciento treinta y nueve inciso once de la Constitución del Estado”.

⁸⁴ Exp. 7270-97-Sala Superior Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de Lima. “...uno de los requisitos sine qua non para abrir instrucción en esta clase de delitos es precisamente que el demandado haya sido notificado con el requerimiento de ley en su domicilio real y legal, por lo que el Ad quo actuó correctamente al emitir su resolución de acuerdo a lo que la ley procesal exige...”

⁸⁵ Exp. 498-99/Ica Sala Penal Suprema”...ni siquiera obra en autos las cédulas de notificación, ni mucho menos ha sido notificado de manera personal, siendo así el obligado no ha tenido la oportunidad de conocer las resoluciones indicadas, en consecuencia no se ha sustraído de la obligación alimentaria dolosamente, por lo que no se configura el delito materia del presente proceso, toda vez que falta uno de los elementos típico, este es el dolo, por lo que debe absolverse al acusado...”.

las normas procesales, basta la notificación hecha en el domicilio procesal para cumplir con dicho acto procesal.

Se argumenta en contra de la notificación al domicilio real, que esta ocasiona demora y dilaciones innecesarias, que perjudican a los menores alimentistas, ya que muchos domicilios reales son muy alejados, y en las provincia del país existe poblados recónditos que hacen compleja la notificación; y por ello se tiene que recurrir al exhorto para realizar esta diligencia, y con las contingencias de que sean devueltas sin haberse cumplido con las mismas por imprecisión de los datos, conllevando consiguientemente a insistir en ella, lo que significa en la practica un verdadero obstáculo que se le coloca a la parte demandante.

Se sostiene que debe darse prevalencia al interés superior del niño, porque es innegable que el demandado muchas veces recurre a todas las argucias para evitar sus obligaciones, y burlar las resoluciones judiciales.

Si bien es cierto que el determinado caso, el procesado se desatiende de su proceso, y se desliga de sus abogados llevando a que no mantenga una información adecuada sobre el juicio civil, esta desidia no puede recaer en perjuicio de la parte demandante y consecuentemente sobre los hijos alimentistas.

El artículo 158 del Código Procesal Civil es claro cuando señala que las notificaciones pueden hacerse en cualquiera de estos domicilios, de tal forma que normativamente es correcto tenerse por notificado cuando se entrega la cédula en cualquiera de esos lugares.

El demandado cuando constituye domicilio legal hace uso de su derecho de defensa, y por lo tanto no puede alegar posteriormente una supuesta afectación a este derecho cuando el mismo ha dejado la comunicación con su abogado.

El pleno del 2002⁸⁶, realizado en la Corte Superior de Junín, se pronunció a favor de esta posición, es decir sobre la notificación al domicilio procesal, sin embargo no

⁸⁶ Pleno Año 2002 Corte Superior de Justicia de Junín. 3ra. Conclusión. “La notificación del requerimiento al demandado para el pago de las pensiones devengadas que se realice en el proceso civil, será suficiente que se efectué en el domicilio procesal señalando en autos, salvo el caso en que el demandado se encuentre en rebeldía procesal, en cuyo caso deberá ser notificado en su domicilio

fue recogido por la totalidad de los órganos jurisdiccionales que siguen notificando el requerimiento al domicilio real.

Se tiene la Ejecutoria Suprema 149-2008⁸⁷, que considera que “al no haberse notificado en el domicilio real no constituye causa de invalidación de la notificación ni mucho menos crea en el procesado una causa de indefensión por cuanto se habría dado un estricto cumplimiento a lo prescrito en las normas del Código Procesal Civil, y salvo que haya señalado en autos otro domicilio real, las notificaciones hechas al domicilio legal consignada en autos resulta validas porque subsistía al momento del requerimiento”.

Existen pronunciamientos de la Corte Suprema en distintos sentidos, pero ante la falta de uniformidad, debemos guiarnos por prevalencia en el tiempo, como también por su congruencia con los principios superiores del niño, por lo que los criterios adoptados en esta ejecutorias resultan más convincente.

Se debe tener en cuenta lo preceptuado por el artículo 158 último párrafo⁸⁸, del Código Procesal Civil, esta puede ser enviada bien al domicilio real o legal, y en cualquier de ellas se da por cumplido el acto procesal.

21. EL EMBARGO Y LA DENUNCIA PENAL

En la vía civil se ha solicitado el embargo sobre los bienes del demandado, pero a su vez se ha solicitado la remisión de copias de los actuados al Ministerio Público. Es decir que se procede simultáneamente con estas dos medidas coercitivas.

real; acuerdo que se adopta conforme al Código Procesal Civil, para resolver las nulidades procesal o cuestiones previas que puedan formular los obligados alimentistas en el proceso penal”.

⁸⁷ Ejecutoria Suprema 149-2008. “si bien se aprecia que el requerimiento de pago de las pensiones devengadas ha sido notificado al procesado en su domicilio procesal, también es que no existe norma legal que ordene a la judicatura notificar al demandado tanto en su domicilio real como procesal. En consecuencia, se tiene que el hecho de no haberse notificado al ahora procesado, la resolución que la requería para el pago de las pensiones devengadas, En su domicilio real, además del procesal. No constituye de manera alguna causa de invalidación de la notificación, ni mucho menos crea en el procesado un estado de indefensión, tal como este argumenta en su escrito de apelación, en razón de haberse dado estricto cumplimiento a lo prescrito en las normas pertinentes”.

⁸⁸ Código Procesal Civil Artículo 158. “...La cédula será entregada por el órgano de auxilio judicial o por el encargado de la oficina respectiva, según el caso, en el domicilio, o legal, o el procesal señalado en autos, de lo que se dejara constancia con el nombre, firma e identificación del receptor”.

El incumplimiento de los pagos de los devengados en el plazo señalado por el requerimiento ya constituye una conducta omisiva que bien puede dar apertura a un proceso penal, de tal manera que pueden realizarse conjuntamente, sin embargo, el juez penal debe evaluar si existe una afectación o riesgo del bien jurídico protegido.

Si se está en trámite el embargo sobre un determinado bien, entonces aunque existe negativa del inculpado a cancelar monetariamente la obligación, no es posible afirmar por un abandono cuando el embargo está encaminado a completar dicho pago.

El juez penal deberá analizar el caso concreto, puesto que si el embargo se ha materializado, entonces existe factibilidad de que la obligación sea cancelada y si es así, no se estaría produciendo realmente la situación de riesgo para el alimentista por lo que no se justificaría entonces la intervención penal.

No basta consecuentemente el solo incumplimiento para abrir instrucción, sino que es necesario que aparezcan indicios razonables de que pueda presentarse un peligro para los alimentistas, y cuando estos ya están siendo asistidos a través de la ejecución de los embargos entonces no se daría la situación idónea de riesgo que exige la norma.

22. CONSUMACIÓN DEL DELITO

No existe uniformidad en la doctrina por cuanto algunos consideran que el delito se consuma desde que el obligado incumple el requerimiento de pago en tanto que para otros basta solo la notificación de la sentencia civil en la que se ordena el pago de los alimentos.

Para el extinto Dr. Mixán Mass el delito se consuma desde que se incumple lo dispuesto en la sentencia civil. En cambio, para otros como Bramont Arias, desde que vence el plazo de requerimiento sin que se cumpla con lo ordenado en la sentencia judicial.

El delito de omisión de asistencia familiar es un delito permanente, y que por lo tanto el momento consumativo si bien se da desde el momento en que el inculpaado incumple la obligación, este periodo se extiende hasta el momento en que se inicia otra denuncia penal por una nueva liquidación ó se ejecuta el pago.

En el delito de omisión a la asistencia familiar por ser un delito de peligro abstracto su consumación se produce cuando se llega a realizar la conducta descrita y consecuentemente se genere un riesgo para el alimentista y ello se entiende desde el momento en que el obligado no cumple con la obligación ordenado en una resolución judicial, y genera un abandono en el sujeto pasivo del delito.

23. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN

En el delito de omisión de asistencia familiar, es difícil admitir la tentativa, por tratarse de un delito de peligro abstracto, de mera actividad, y de modalidad omisiva.

Por lo general, la doctrina no admite formas imperfectas de ejecución en los delitos de mera actividad por cuanto la sola realización de la conducta descrita ya configura el tipo penal, es por ello que también a estos delitos se llama “delitos formales” porque como lo dice la Dra. Maria ACALE SANCHEZ⁸⁹, en estos delitos la acción u omisión basta para violar la ley.

24. PENALIDAD

En el primer párrafo del artículo 149 se sanciona este delito con una pena no mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios de 20 a 52 jornadas, y en su segundo párrafo la pena se incrementa a cuatro años y para los casos de lesión grave de la alimentista la pena es de dos a cuatro y en los supuestos en que concurre la muerte entonces la sanción alcanza hasta seis años de pena privativa de libertad.

⁸⁹ Acale Sánchez, María. “El tipo de injusto en los delitos de mera actividad”. Editorial Granada, año 2000. España Pág. 233. “Los delitos de omisión pura son considerados determinante como delitos de mera actividad, es decir de mero comportamiento. En estos delitos formales la acción u omisión basta para violar la Ley.

En el delito de omisión a la asistencia familiar el tipo penal sanciona este delito con penas alternativas, es decir o bien con la pena privativa de libertad o en su lugar con prestación de servicios comunitarios, dejando en libertad al juzgador para que elija entre estos tipos de penas la más adecuada según cada caso en particular.

Tratándose de una pena privativa de libertad con un máximo de tres años entonces son aplicados tanto la pena suspendida como también la reserva del fallo, dado que la primera de estas es procedente para la condena que no sea mayor a cuatro años y la segunda de las mencionadas opera para los delitos que no estén sancionados con penas mayores a tres años.

De modo que en estos delitos el juzgador puede optar por estas alternativas:

- a) La pena privativa de libertad.
- b) La pena suspendida.
- c) La reserva del fallo.
- d) La prestación de los servicios comunitarios.

Los jueces deben decidir por una pena según cada caso particular y en estos delitos considerar al momento de emitir la sentencia entre otros factores lo siguiente:

- a) Si el inculcado cumplió en parte el pago, o no abono ningún monto o si canceló en la totalidad de la obligación aunque tardíamente.
- b) La edad de alimentista, porque es innegable que el peligro causado es mayor para un joven adolescente.
- c) El número de alimentistas no socorridos con la pensión alimenticia.
- d) El tiempo que dejó de abonar las pensiones alimenticias.
- e) El monto adeudado.

Estos elementos de juicio tienen relación con “la extensión del daño o peligro causado” que se señala en el artículo 46, inciso 4, del Código Penal.

Definitivamente, el autor que ha cancelado la obligación dentro del proceso penal no puede tener la misma sanción que aquel que no pago nada de lo reclamado por sus hijos desvalidos, y que igual forma aquel que ha realizado un pago parcial no puede tener el mismo tratamiento de aquellos dos casos mencionados, y por último ante un reincidente que ha demostrado reiterativamente su negativa a cumplir con sus deberes la pena debe tener mayor severidad que aquellos que infringen la ley por primera vez.

Bajo estos criterios normalmente la pena privativa de libertad se aplica como última instancia y ante los casos más severos, optándose por lo general por la pena suspendida cuando el inculcado ha cancelado en parte la obligación, y optándose por la reserva del fallo cuando ha cancelado íntegramente los devengados.

Por otro lado, son pocos los órganos jurisdiccionales que recurren a los servicios a la comunidad como pena alternativa pese a que la misma norma contiene esta modalidad de sanción, cuando resultaría lo más recomendable puesto que los omisos aducen por lo general no tener empleo alguno, y en esta situación resulta más beneficio para la comunidad como para ellos mismo que brinden sus servicios los fines de semana.

Sin embargo, en la práctica se sigue recurriendo por lo general a la absolución cuando se produce el pago.

Un tema aparte, resulta ser el cumplimiento de las penas de servicio comunitario porque está administrado y supervisado exclusivamente por el Instituto Nacional Penitenciario, y muchas veces no se informa oportunamente a la autoridad judicial sobre el cumplimiento de estas medidas, por lo que es del caso mejorar el sistema de coordinación para efecto de verificar adecuadamente estas labores comunitarias.

Cuando se emite una sentencia de servicio a la comunidad se debe establecer el número de jornadas que en este delito es de veinte a cincuenta y dos jornadas y en la misma sentencia disponer en el acto de la lectura que el sentenciado debe apersonarse dentro de un plazo de ley a la oficina de servicios comunitarios del INPE, en donde se le deberá destinar previa evaluación el lugar y la forma en que

cumplirá la sanción, debiéndose oficiar al Instituto Nacional Penitenciario para que comunique al juzgado la inasistencia del condenado a efectos de hacer el apercibimiento respectivo.

En caso de que el sentenciado mantenga su renuncia, el órgano jurisdiccional deberá, convertir esos servicios a la comunidad en pena privativa de libertad efectiva, a razón de un día de pena privativa de libertad por día de servicio a la comunidad conforme al artículo 55, pues en este caso la pena privativa de libertad es considerada como pena autónoma⁹⁰.

En los casos de la reserva del fallo se observa que en la práctica no se menciona cual sería la pena que debería corresponder por ese delito, cuando lo correcto es que se indique dentro de los considerada de la sentencia la pena que debería corresponderle por la comisión del delito aunque en la parte resolutive solo se exprese la reserva del fallo.

Este defecto en este tipo de sentencia trae como consecuencia algunos problemas al momento de tener que revocar la reserva del fallo, toda vez que ante el incumplimiento de las reglas de conducta, el juez se enfrenta a una situación incierta, porque no ha precisado en la sentencia misma cual sería la pena que le correspondería al autor, no siendo apropiado que intente emitir otra sentencia para establecer la pena privativa.

No sería correcto por otro que se le imponga en la revocatoria una pena privativa de libertad que el inculpado desconocía cuando le fue leída la sentencia de reserva del fallo.

El inculpado al momento de dictarse la reserva de fallo debe conocer en todos los términos y extremos la pena que le corresponde a efectos de que tome conciencia de lo que afrontaría en caso de que incumpla las reglas de conducta. Cuando se omite esta determinación de la pena y luego en la revocatoria se dispone una pena no

⁹⁰ Código Penal Artículo 55. “si el condenado no cumple injustificadamente con la prestación de servicios o con la jornada de limitación de días libre, aplicadas como penas autónomas impuestas en caso de delito o falta, dichas sanciones se convertirán en privativas de libertad previo apercibimiento judicial, a razón de un día de pena privativa de libertad, por cada jornada incumplida de prestación de servicio a la comunidad.

leída en la sentencia entonces se le estaría sorprendiendo. Pese a que nuestro Código Penal contempla la limitación de días libres, no se ha implementado en la actualidad los mecanismos para la aplicación de este tipo de pena, estas según el código, consisten en la obligación de permanecer los días sábados, domingos y feriados en un establecimiento determinado con fines educativos, y pueden ser aplicados como sustitutas cuando la sanción sea superior a cuatro años⁹¹.

En el caso de los delitos de omisión a la asistencia familiar, bien podría aplicarse este tipo de medidas conforme al artículo 32 de Código Penal en donde el sentenciado asista a charlas sobre paternidad responsable. No obstante, estos centros que no debe tener carácter de un centro carcelario no se encuentran aún en funcionamiento⁹².

La pena privativa de libertad ha traído muchas controversias, se ha dicho que este tipo de penas agravan más el estado de abandono de las víctimas y que lejos de fortalecer las relaciones vinculo familiares por el contrario agudizan el conflicto y que con el encarcelamiento el delincuente no podrá cumplir con la obligación a su cargo, y al no poder cumplir con la obligación se estaría castigando a la vez al alimentista.

La pena privativa de libertad conlleva a que el sentenciado pierda su empleo, puesto que al ausentarse de su centro de trabajo pierde su relación laboral, con el consiguiente defecto además de que le será muy difícil obtener ocupación con sus antecedentes.

La pena de prestación de servicio a la comunidad resulta la mejor respuesta para sancionar estos delitos. El inculpado no se ve afectado en su trabajo porque la prestación de estas labores a la comunidad solo realiza los fines de semana, de tal

⁹¹ Código Penal Artículo 55. “si el condenado no cumple injustificadamente con la prestación de servicios o con la jornada de limitación de días libre, aplicadas como penas autónomas impuestas en caso de delito o falta, dichas sanciones se convertirán en privativas de libertad previo apercibimiento judicial, a razón de un día de pena privativa de libertad, por cada jornada incumplida de prestación de servicio a la comunidad.

⁹² Código Penal Artículo 32. “La pena limitativa de derecho previstas en los dos primeros incisos del artículo treinta y uno se aplican como autónomas cuando están específicamente señaladas para cada delito y también como sustitutivas o alternativas de la pena privativa de libertad cuando la sanción sustituida a criterio del juez no sea superior a cuatro años”.

forma que no interfiera en sus ocupaciones ordinarias, y a su vez presta una contribución a entidades públicas que redundan en beneficio de los demás.

No obstante la pena privativa de libertad no puede ser descartada por completo porque actúa como una medida conminatoria frente al incumplimiento de las penas limitativas de derecho, de tal forma que puede efectivizarse cuando el condenado las incumple, y en este caso el sentenciado no puede alegar una afectación injusta por cuanto el mismo se ha colocado en esa posición al desatender las reglas que se le impusieron.

La pena privativa de libertad resulta entonces imprescindible, porque su presencia permite el cumplimiento de las penas alternativas.

Se ha dicho así mismo, que la pena privativa de libertad por el contrario desalienta al pago, porque muchos deciden afrontar la pena y no pagar los alimentos de tal forma que lejos de motivar al cumplimiento de la obligación, en su lugar los desalienta, y que más bien la sentencia absolutoria en los casos de los pagos realizados dentro del proceso constituyen un estímulo para que se cumple con los deberes alimenticios.

De igual manera, se cuestiona la rigurosidad de las sanciones porque si bien muchas veces logran concretar los pagos, promueve el abuso de la vía penal por parte de los alimentistas congestionando los juzgados penales y convirtiéndolos en cierta forma en “juzgados de ejecución de obligación alimenticia”.

Se exponen, así mismo, que muchas acciones penales responden a intereses espurios de la víctima donde la cónyuge alimentista o como representante de los hijos menores recurren a la denuncia penal pese a contar con otros medios para conseguir el pago y que de esta manera se estaría instrumentalizando a la justicia para satisfacer intereses puramente personales como sería los motivos de celos y de despecho.

Con respecto a que la vía penal se ha convertido en juzgados de ejecución de estas pensiones alimenticias, debe indicarse que si bien en la vía penal muchos pagos se

concretan, esto no es su finalidad, sino la de sancionar la puesta en peligro del alimentista.

La norma penal contiene un mensaje para todos los padres omisos de que la pensión alimenticia ordenada en la resolución judicial se cumple por mandato legal y no pueden ser desatendidas.

A los que manifiestan que la sanción penal “desalienta el pago”, debemos refutarles y decir que por el contrario resolver por absolución ante el pago tardío, promueve a que el obligado espere hasta el último día de dictarse la sentencia para recién realizar el pago⁹³. No existiría razón alguna para que el obligado realice el “pago oportunamente” dado que le resulta igual hacerlo hasta el último momento. Lo que fomenta el pago tardío, que es precisamente lo que se quiere desterrar.

En la práctica se observa que los inculpados reclaman la absoluta irresponsabilidad ante el pago realizado, y existen a toda costa el Archivamiento del proceso, dejando ver a través de sus defensores que están dispuestos a ir a la cárcel, y renunciar el pago de la liquidación en caso de que no se les asegure una sentencia absolutoria.

Se ha visto, casos en que recurren hasta el hábeas corpus para exigir la variación del mandato cuando realizan algún pago. En otros casos “quejan” al magistrado por haberlo sentenciado existiendo el pago.

En estas situaciones apreciamos que el inculpadado juega con la víctima, e intenta hacer lo mismo con la justicia, ejecutando la obligación hasta el último momento en que pueda hacerlo y salir librado de cualquier sanción penal. El inculpadado podrá condicionar a la víctima, mas no al órgano jurisdiccional.

Las sanciones como se sabe tienen una finalidad de prevención especial y general y sobre esta última se busca motivar que las personas asuman un comportamiento adecuado a las normas, y esto es, “que se evite el riesgo en los alimentistas”.

⁹³ Torres Gonzáles, Eduardo. El delito de Omisión a la Asistencia Familiar, Idemsa, Pág. 173.

La sanción entonces, aunque se realice el pago dentro del proceso penal, constituye un claro mensaje de que solo se evitará la acción penal y de la condena si es que cancelan los devengados durante el proceso civil o en todo caso dentro del plazo de requerimiento. Es verdad por otro lado, que existen casos en que algunos cónyuges o convivientes procuran la encarcelación del obligado antes que el incumplimiento de la obligación movidos efectivamente por ánimo de venganza, pero son la excepción y no la regla. El juez debe ser cauteloso y estudiar cada caso en concreto a efectos de verificar si es que existen otras formas de obtener el pago de los alimentos. Algunas veces las agraviadas ocultan verdadera información sobre los aportes dados por el inculpado pese a que los comprobantes de giros bancarios las han desmentido, y en otros casos el procesado no puede demostrar la suma de dinero entregada personalmente a la parte agraviada.

En algunos procesos se ha observado que el inculpado adquirió bienes para sus hijos o realiza los pagos por sus estudios y ello no es manifiesto por la representante de los hijos. En otros casos se ha visto también que le menor después de la sentencia civil ha pasado a poder del padre y sin embargo la madre a obtenido una liquidación de devengados sin aclarar que de cierto tiempo ya no le tiene en poder al hijo alimentista. Es innegable que se produce ciertos casos donde la parte agraviada no actúa con probidad y procura por el contrario obtener más que la pensión alimenticia un encarcelamiento efectivo del conviviente que el abandono. Sin embargo, estos casos aislados no pueden llevarnos a la errónea conclusión de que todas las denuncias por omisión a la asistencia familiar sean maliciosas. Los casos aislados no pueden servir de sustento para calificar todos estos procesos como distorsionador.

Similar situación se dan en algunos inculpados quienes presentan documentos de transacción para acreditar el pago íntegro de las pensiones alimenticias, consignando que la agraviada recibe el total de la deuda alimenticia cuando en realidad se entrega una parte mucho menor. No son raros los casos donde posteriormente la agraviada se apersona al juzgado para contradecir el contenido del documento. Desde un punto de vista eminentemente civil, este documento carecería de validez por tener un vicio en la manifestación de la voluntad ya que la

suscribiente habría estado coaccionada para estampar su firma, sin embargo, en la práctica estos hechos, pasan desapercibido. En igual forma, algunos procesados intentan sorprender al juzgado presentado consignaciones a ser aplicada a la devengada materia del proceso penal cuando en realidad estos mismos comprobantes han servido para justificar otras liquidaciones. El órgano jurisdiccional debe ser entonces cuidadoso para no ser sorprendido con ninguna de las partes sin que ello implique abandonar su condición de juez imparcial. Es verdad que hay pocos procesados por estos delitos que están cumpliendo pena efectiva, pero ello no implica que la sanción a perdido su efectividad, puesto que no necesariamente debe recluirse a un inculpado para que pueda surtir efecto la condena, y en cuanto a la pena de prestación de servicios a la comunidad, este régimen si esta implementado en el país desde hace diez años aproximadamente.

La Dirección de Servicios Comunitarios se encontraba contemplada en el Código de 1991 y se incorporó al Código de Ejecución Penal mediante Decreto Legislativo 654 en cuyo artículo 119⁹⁴, lo incorporó en su artículo 243, y en la actualidad se sigue ejecutando estas medidas a cargo del Instituto Nacional Penitenciario.

Por otro lado, el hecho de que la sanción máxima sea de tres años no significa que pueda no ser incrementada en determinados casos, como puede suceder con la reincidencia o habitualidad donde estas penas pueden aumentarse en un tercio o en una mitad por encima del máximo, de tal manera que la pena puede llegar a cuatro años o cuatro años y medio conforme a los artículos 46 B⁹⁵ y 46 C⁹⁶ del Código Penal.

⁹⁴ Código de Ejecución Penal Art. 119 “La pena de prestación de servicio a la comunidad obliga al penado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos y otras instituciones similares u obras públicas. La administración penitenciaria coordina con las instituciones referidas a efectos de conocer las necesidades de la misma, para asignar la prestación de servicios”.

⁹⁵ Código Penal Art. 46 B. “El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El Juez puede aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”.

⁹⁶ Código Penal Art. 46 C. “Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye agravante. El juez puede aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. En esta circunstancia, no se computarán los antecedentes penales cancelados”.

En este sentido, no es tan cierto que la pena para estos delitos sea muy leve, y por otro lado no se puede caer en el error de que aumentando la pena se resolvería el problema.

25. OFENSIVIDAD DEL BIEN JURÍDICO

El delito de omisión a la asistencia familiar por tener una connotación social presenta una diversidad de problemas, lo que amerita su cuidado tratamiento, evitando hacer una regla general para todos los casos. En la práctica, se tiene a considerar los elementos objetivos de la norma para determinar sin más la existencia del delito, olvidando que dada las características especiales surgidas precisamente del contexto social cada caso debe ser evaluado no solamente de la descripción típica, sino también conjugándolo con los principios del derecho penal. Uno de estos principios es de “lesividad”.

Este principio está contemplado en el artículo IV, del Título Preliminar del Código Penal⁹⁷, que establece que la pena requiere necesariamente la “lesión o puesta en peligro del bien jurídico”.

El principio de lesividad posee dos vertientes una “formal” y otra “material”, la primera de ellas entendida puramente como la infracción de la norma; es decir, un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico y el segundo de ellos está referido a la afectación real o la puesta en peligro del bien jurídico, es decir, donde se requiere tanto el desvalor de la acción.

El principio de ofensividad del bien jurídico se corresponde entonces con la concepción material del principio de lesividad por cuanto demanda que para que se imponga una pena no basta solo realizar un comportamiento típico, sino que es necesario que se produzca en la realidad una afectación o una puesta en peligro del bien jurídico.

La condición objetiva de punibilidad que va anexa en el delito de falsificación como es el “perjuicio”, constituye precisamente este requisito de “ofensividad” al bien

⁹⁷ Código Penal Artículo IV Título Preliminar “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la Ley”.

jurídico para conjugarlo consecuentemente con el principio de lesividad material y justificar la sanción.

El concepto material, como la señala el autor CARO CORIA⁹⁸, "limita el poder punitivo del estado restringiendo las penalidades solo en las conductas que resulten realmente dañosos o peligrosas".

El Dr. José Hurtado Pozo⁹⁹, en igual sentido, considera que "la noción material" constituye un medio eficaz para que el estado sea discriminador que conductas deben ser penalizadas"

El tratadista Santiago Mir Puig¹⁰⁰, la relevancia no procede porque el hecho sea típico, es decir "antinormativo" porque infringe la prohibición de la norma sino que supone una "lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico valioso", y por ello el tipo penal no solo se lesiona los hechos penalmente relevantes sino que también condiciona su punibilidad.

⁹⁸ Caro Coria, Dino Carlos. "Principio de Lesividad de Bienes Jurídicos Penales". Código Penal comentado. Tomo I – Título Preliminar Parte –General- Gaceta Jurídica 1ra. Edición 2004, pág. 98. "En tal sentido, la teoría del bien jurídico es de raigambre decimonónica y surge en el contexto del liberalismo con el fin de limitar la obra del legislador penal, mediante la sola criminalización de aquellas conductas socialmente dañosas y lesivas de entidades reales del mundo exterior, dejando fuera, en consecuencia. Los procesos puramente internos y la faceta teológica del ilícito penal de tradición iluminista que concebía el delito como un hecho pecaminoso, estos postulados no eran considerados de modo rígido por la doctrina Alemana e Italia del siglo XIX, pues incluso se entiende que en algunos casos podía faltar un interés protegido sin que ello sea óbice para considerar delictiva la conducta".

⁹⁹ Hurtado Pozo, José. "Manual de derecho Penal Parte General I". Tercera Edición, Editorial Grijley. Año 2005. "Esta noción formal de infracción se limita a precisar cuales son los elementos comunes a los actos incriminados en la parte especial del código o en otras leyes penales, Por lo tanto, no constituye en medio eficaz para saber porque el estado debe o no reprimir un acto determinado; o porque debe calificarlo de comportamiento delictuosos. Cuando se aplica la ley, se determina, por ejemplo, que el hecho de provocar un aborto es reprimible, pero no se sabe porque ha sido incriminado. Debido a esto, se ha realizado numerosos esfuerzos para delimitar la infracción en un sentido material".

¹⁰⁰ Mir Puig, Santiago. "Derecho Penal Parte General". Cuarta Edición Corregida 1995, pág. 130. "Tal significación es, para Welzel. El servir de selección de los hechos relevantes para el derecho penal; relevancia que procederá, según su opinión de infringir las normas prohibitivas de la lesión de los bienes jurídicos (no mataras, no hurtaras, etc.) aunque concurra causas de justificación y no sea antijurídico, el hecho típico seguirá siendo relevante jurídico penalmente porque es anti normativa. El tipo se concibe, así como materia de prohibición, como la materia prohibida., Las causas de justificación no excluyen la prohibición de la norma, sino que permite su infracción".

En el delito de omisión de asistencia familiar suelen presentarse situaciones en que no se produce propiamente una situación idónea para producir un peligro, y el juez debe discriminar para no incurrir en exceso o transgredir este principio. Sobre ello podemos mencionar algunas situaciones en que realmente no justifica la sanción. Por ejemplo:

a) Cuando es poca la demora en el pago.- La norma penal no establece un número de cuotas atrasadas como si lo contempla en el Código Penal Español¹⁰¹, y ello abre el camino a que puedan denunciarse hasta por el atraso de una o dos cuotas. Y por eso nos encontramos a veces con denuncias que contiene sumas muy insignificantes y que corresponden a un periodo muy reducido.

Desde un punto de vista formal todo incumplimiento de pago constituye una trasgresión a la norma que ordena el cumplimiento de esos deberes asistenciales. Sin embargo, no debe perderse de vista la situación presentada y evaluarla si en verdad el retraso de una cuota puede significar realmente una posibilidad de riesgo para los miembros de la familia más aún cuando las cuotas resultan ser exiguas.

Para el tratadista Joseph Miguel Prats¹⁰², el incumplimiento debe ser persistente y duradero, pues los incumplimientos morosos que impliquen mezquindad carecen de tipicidad.

¹⁰¹ Código Penal Español Artículo 227 1. "El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad de matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses. 2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta única en los supuestos previsto en el apartado anterior. 3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas".

¹⁰² Miquel Prats, Josep. "Comentario al Código Penal –Tomo II". Gonzalo Quintero Olivares. 5ta. Edición 2008. Editorial Thomson Adam Sam. Pág. 612 "La acción o dinámica comitiva, es, en realidad, omisiva-comitiva, pues indica o estriba en el incumplimiento de los deberes de asistencia, cuyo concepto es amplio y o se circunscribe exclusivamente a los estrictamente material o económica, inherente a la patria potestad, a la tutela, o guarda o acogimiento familiar, deberes que se concretan, precisamente, en los preceptos penales antes mencionados, siendo indispensable que se trate de incumplimiento total y absoluto, además de persistente y duradero, pues carecen de tipicidad la conductas de incumplimiento intermitente, moroso, o las que implique mezquindad, y suponga para los sujetos pasivos e incomodidad o molestia, pero no carencia o penuria para los efectos de relevancia al principio de ofensividad".

El órgano jurisdiccional debe evaluar el tiempo de retraso y el monto adeudado pues no es lo mismo un retraso de un año, que un retraso de apenas dos meses, y no es lo mismo adeudar 1500 que 100 soles.

a) En los casos en que el obligado abona la mayor parte de los devengados restándole apenas una cantidad muy mínima. Algunas veces el obligado al ser requerido por el pago abona un buen porcentaje de ello, por lo que la denuncia penal viene dada por la diferencia restante a pesar que ese saldo es mínimo. Hay casos en que se cancela el 90 por ciento y el saldo pendiente resulta un monto diminuto, pero pese a ello se llega a condenar al obligado.

En todos los procesos debe realizarse un análisis diferenciado por cuanto no es lo mismo que una persona a pesar del pago parcial continúe solo le reste una mínima cantidad, como sería que de los 1000 soles producto de la liquidación de los devengados haya abonado 1900 y solo reste 100, y por estos cien se les apertura proceso penal.

Los casos en que la pensión es elevada porque responde a un status social de las partes. En estos casos se presenta una situación muy especial que la pensión señalada no solamente va cubrir las necesidades básicas del alimentista o del cónyuge y aquí la pensión va satisfacer otro requerimiento que responde a nivel de vida elevado.

En lo civil se discute si las pensiones deben limitarse únicamente a satisfacer las necesidades básicas del alimentista o si debe cubrir igualmente las comodidades. La posición mayoritaria considera que debe cubrir todas estas demandas, dado que la norma civil establece que los alimentos deben ser prestados de acuerdo a las posibilidades del demandado. En cambio, para otros, “la posibilidad del que debe prestarlo” debería ser interpretada como un límite que no ponga el riesgo la propia subsistencia del obligado. Mas no para mantener el nivel de vida del alimentista.

En el campo penal, en cambio la perspectiva es distinta, y debemos centrarnos sobre “bien jurídico protegido”. En esta vía, vamos a encontrar que su punición esta fundada a proteger a los miembros de la familia de una situación de necesidad que

puede conllevar a que peligre su integridad física como también su proyecto de vida.

Se debe tener en cuenta si la deuda puede producir la afectación del bien jurídico, y si se verifica que el inculcado acudió a los alimentistas en cantidades suficientes, resulta difícil considerar su conducta típica cuando la deuda pendiente de los saldos restantes estén orientadas a solventar otros tipos de necesidades que incluso pueden ser calificadas de superfluas.

La pensión señala en la vía civil constituye un solo monto de tal manera que ante la sustracción total de estos deberes se priva al cónyuge a los hijos de estas necesidades. Sin embargo, el inculcado vino realizando pagos en cantidades distintas pero que razonablemente pudieran cubrir las necesidades prioritarias de los miembros de la familia entonces no se produciría la situación potencial de riesgo sobre el bien jurídico.

No se puede dejar de lado consecuentemente el bien jurídico protegido y la situación del posible riesgo concordante con este principio de ofensividad, porque ello es lo que justifica la intervención penal.

De no atender estas situaciones de manera especial podríamos desnaturalizar propiamente el fin de la norma en su contexto material y estaríamos en su lugar protegiendo simplemente “el nivel de vida”.

El derecho penal, consecuentemente, no está dado para proteger necesidades superfluas, sino solo de aquellos casos que tengan relevancia en las necesidades de los alimentistas.

Para el tratadista Eduardo A. Zhannoni¹⁰³, expresa que “la acción penal solo debe proceder cuando el alimentante se sustrae a la prestación de los alimentos de toda necesidad en sentido estricto, es decir, cuando no provee los recursos indispensables para la subsistencia”.

¹⁰³ Zannoni Eduardo a. “Derecho Civil y de Familia” Tomo I. 4ta. Edición 2002. Editorial Astre, pág. 159. “La sanción penal se prevé exclusivamente cuando no se presta entre quienes la Ley prevé los recursos indispensables para la subsistencia”.

26. FINALIDAD DE LA NORMA

Generalmente en algunos juzgados resolver por la absolución cuando dentro del proceso penal se ha concretado el pago de la deuda alimenticia. El fundamento a que se recurre comúnmente es que ya “se ha logrado el fin que perseguía la norma”. Haciendo referencia con ello, que lo que persigue el artículo 149 “es el cumplimiento del pago de las pensiones devengadas”.

En el delito de omisión a la asistencia familiar, lo que la norma sanciona es el incumplimiento de los deberes asistenciales y por ello basta que el autor omita ese cumplimiento para ya tener configurado el delito.

El pago posterior que significa el cese de esa situación de riesgo puede incidir en ciertos casos sobre la determinación de la pena, y principalmente sobre la reparación civil, mas no para excluir el delito, puesto que la finalidad de la norma, es evitar el riesgo de su afectación, protegiendo de esta manera el bien jurídico que es la asistencia de esos deberes esenciales que tienen los padres para con los miembros dependientes de la familia.

Es un error consecuentemente considerar que la norma penal tiene exclusivamente la finalidad de lograr la cancelación de los devengados. Porque ello implica “confundir la restitución con el injusto”. Las resoluciones que hacen alusión a este argumento de la finalidad de la norma mantienen un vacío total sobre ello.

Es un error considerar que el delito de omisión a la asistencia familiar tiene como finalidad el “pago de las pensiones devengadas”, porque como se sabe “la finalidad del derecho penal que se manifiesta a través de las normas coercitivas” es evitar “la vulneración o la puesta en peligro de bienes jurídicos”.

El Dr. José Luís Díez Ripolles¹⁰⁴ lo resalta indicando que “el derecho penal tiene un efecto instrumental donde se procura evitar la vulneración o puesta en peligro de

¹⁰⁴ Díez Ripolles, José Luís. “Estudios Penales y de Política Criminal”. Editorial Idemsa. Año 2007, pág. 46 “Ese es sin duda el caso de derecho penal: El efecto instrumental que se procura es la evitación de lesiones o puestas en peligro de los bienes fundamentales para la convivencia, en último término la evitación de la delincuencia y el mecanismo utilizado para su consecución es la promulgación de las normas cuya infracción, debidamente comprobada, da lugar a una sanción pero,

bienes fundamentales para la convivencia, y en último término la evitación de la delincuencia”. Por consiguiente se debe tener en cuenta el efecto preventivo general que tienen las normas y que “esta coerción tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos”.

Asimismo el jurista alemán Claus Roxin, se pronuncia en igual sentido cuando dice “la tarea del derecho penal consiste en defender los bienes jurídicos del particular y de la generalidad frente a riesgos socialmente insoportables”.

El delito de omisión a la asistencia familiar la finalidad es esta norma esta la “protección de la familia”, es decir, “que la finalidad de esta ley es, como dice Claudio BELLUSCIO, es el proteger a la familia”.

Cuando nos referimos a la finalidad de la norma lo que estamos haciendo es una interpretación teleológica de ella, y en caso del delito de omisión a la asistencia familiar” la finalidad es evitar que los padres u otros obligados expongan a los miembros de la familia privándolo de los alimentos necesarios”.

La función del derecho penal y las teorías de la pena entonces mantiene una estrecha relación, así lo sostiene Enrique BACIGALUPE cuando resalta que “el derecho penal procura mantener un equilibrio del “sistema social” amenazando y castigando. El castigo entre en consideración cada vez que la amenaza fracasa en su intento de motivar.

El jurista Eduardo DEMETRIO CRESPO¹⁰⁵, haciendo alusión a Roxin, señala que desde su concepción fundamental, es que si la pena tiene una finalidad preventiva no puede entonces bastar para su imposición solo con la culpabilidad, sino tiene que es necesaria desde un punto de vista preventivo”.

en el peor de tal efecto instrumental desempeña un papel especialmente relevante los efectos psicológicos, esto es simbólico, que la amenaza de tal sanción a la mera existencia de la norma produce en ciudadanos que pueden considerarse en muy diversa medidas de delinquentes potenciales. En consecuencia, es improcedente sostener que los efectos simbólicos deben proscribirse del Derecho Penal”.

¹⁰⁵ Demetrio Crespo, Eduardo. “Culpabilidad y Fines de la Pena”. Editorial Grijley. Año 2008, pág. 38. “En la concepción de Roxin es fundamental la idea de que si la pena tiene una finalidad preventiva no puede bastar para su imposición solo con la culpabilidad del autor, sino que también tiene que ser necesaria desde un punto de vista preventivo”.

Este concepto preventivo de la pena se ve recogido en los fundamentos que expuso el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre la reincidencia, en ella se dice: “no debe olvidarse que la reeducación, la reincorporación y la resocialización prevista en el artículo 139, inciso 22, no son los únicos fines de la pena, sino que es también obligación del estado proteger otros bienes constitucionales”¹⁰⁶.

Cuando se resuelve por la absolución porque ya se efectuó el pago en el curso del proceso penal, se desatiende por completo la finalidad preventiva de la pena.

No hay que olvidarse que el delito de omisión a la asistencia familiar es un delito de peligro abstracto, donde el legislador ha considerado que esta conducta, resulta de por sí peligrosa y por ello ha adelantado las barreras de protección. Es decir que se busca salvaguardar de antemano a los miembros de la familia.

Resulta por ello inadecuado considerar que el pago de la pensión realizado dentro del proceso penal sea el propósito de la norma, porque la finalidad del artículo 149, es “evitar el riesgo a que pueden ser expuesto los hijos o el cónyuge necesitado o eventualmente los padres ancianos u otros miembros de la familia”.

Si lo que se busca es evitar la situación de desamparo no resulta lógico que cuando se cumpla con un pago después de varios años, se diga que “no se ha producido ningún riesgo”, cuando en la realidad aunque la norma no lo exija como presupuesto en ciertos casos se ha producido más que un peligro, un verdadero daño en los alimentos.

Se sabe que la nutrición en los primeros años de vida son determinantes en lo que significa la formación, mental y física en los niños, y consecuentemente cuando existe un abandono en determinados casos, la desnutrición ha generado “serios daños que va repercutir en el proyecto de vida del alimentista. No obstante inevitablemente se sigue diciendo en muchas sentencias que ese pago tardío ha cumplido con la

¹⁰⁶ Tribunal Constitucional Sentencia recaída en el expediente 014-2006-PI-TC. “Y es que no debe de olvidarse que la reeducación, la reincorporación y la resocialización, prevista en el artículo 139, inciso 22, no son los únicos fines de la pena, como se ha señalado en el fundamento 13 de la presente sentencia, sino es también obligación del estado proteger otros bienes constitucionales, entre ellos, la seguridad de los ciudadanos, tal como manda el artículo 44 de la Constitución “.

finalidad de la norma obviando por completo esta situación y el perjuicio a veces irreparable que ha traído esa demora.

Para referirnos a la orientación del artículo 149 del Código Penal debemos acudir a su interpretación teleológica, y conforme a ello, vamos a descubrir que el fin que persigue la mencionada ley “es proteger a la familia de los posibles embates más grandes que puede afrontar, como es la carencia de medios elementales para la subsistencia de sus miembros”.

La sentencia absolutoria basada única y exclusivamente por el pago concreto durante el proceso penal desatiende consecuentemente este fin verdadero, y por el contrario promueve los pagos tardíos, y con ello la situación de peligro para los alimentistas.

Si bien en estos procesos penales puede aplicarse el principio de oportunidad, ello no puede llevarnos a una conclusión necesaria de que por el mismo concepto el expediente se debe archivar, ya que el principio de oportunidad está condicionado al pago de la reparación civil, tal como expresamente lo demanda la ley, en tanto que en la sentencia absolutoria se excluye toda indemnización.

El inculcado moroso enfrenta entonces un pago adicional que debe concretar para acogerse, al principio de oportunidad, representando en cierta forma, un costo por su “no cumplimiento oportuno”, y a su vez constituye un resarcimiento por los perjuicios ocasionados por esa morosidad. Mas en los casos en que se emita sentencia absolutoria, todo posible reclamo de la víctima por los daños ocasionados queda afuera de toda exigencia.

El mensaje que se da con la sentencia absolutoria es totalmente opuesto a la finalidad de la norma, porque fomenta el retraso de los pagos que es justamente lo que se quiere evitar.

En el delito de omisión a la asistencia familiar la Corte Suprema ha dejado sentado en este acuerdo plenario¹⁰⁷, que solo realizado el pago antes del proceso penal y bajo

¹⁰⁷ Acuerdo Plenario N° 2-2009/CJ-11, pág. 6. “Sin embargo, el hecho de reconocer la deuda tributaria y su imposibilidad de pago oportuno, al igual que la emisión de la correspondiente

ciertos requisitos podría considerarse como una causal de exclusión penal. Por lo que se dice que cuando el incumplimiento de la obligación constituye el delito tributario el pago en modo alguno tiene relevancia penal “a menos que el legislador, por medio de una norma con rango de ley, así lo decida clara e inequívocamente”. En el campo fiscal la norma persigue el pago, (lo que no ocurre en el delito de omisión de asistencia familiar) aún así, la cancelación solo puede operar como excepción y bajo ciertos requisitos entre ellos que sea realizado antes de la investigación fiscal, pero en modo alguno incide dentro del proceso penal como una exclusión de pena, y se expone claramente que esta exigencia obedece a la “finalidad de la política fiscal y a razones de prevención general”. Consecuentemente la finalidad de la norma y prevención general guarda estrecha relación entre sí y constituyen la razón de mantener la sanción aun así se haya producido el pago. La pena está consecuentemente ligada a la función que tiene el derecho penal, y desde su función de “prevención general” que innegablemente contiene las normas penales además de su prevención especial, esta tiende a evitar que se produzcan situaciones de riesgo principalmente para los hijos que son los sujetos pasivos más vulnerables.

27. POLÍTICA CRIMINAL – MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL

Se dice que en el Perú coexiste una verdadera política criminal, que procure la prevención como la disuasión del delito; y que los problemas que generan la criminalidad deben ser enfocados y combatidos no solo mediante leyes, sino también con programas que fomenten un cambio cultural, es decir; inculcando y promoviendo los valores.

Se ha señalado que es un error combatir la delincuencia recurriendo únicamente al ordenamiento jurídico (intrasistémico), dejando de lado los factores eminentemente

autorización administrativa que acepta el aplazamiento y/o el fraccionamiento de su pago, en modo alguno tiene relevancia jurídico penal cuando el incumplimiento de la obligación tributaria trae su causa en la omisión de delitos tributarios a menor que el legislador por medio de una norma con rango de ley así lo decida clara e inequívocamente. Razones de prevención general explican esta conclusión, en tanto que ya se produjo la conducta delictiva y la consiguiente afectación a la Hacienda Pública. Esta exigencia es compatible con la finalidad de política fiscal de toda regularización tributaria, que persigue que se pague los tributos”.

sociales, y por lo tanto una verdadera política criminal pasa por atender también estos factores vale decir a los entornos del individuo, a lo que llamamos también “extrasistémicos”.

Una política criminal debe entonces centrarse tanto en la prevención de los delitos como también en recuperar al delincuente, y para éste último se demandan programas penitenciarios que busquen realmente reinsertar el individuo.

No obstante, a todo ello es innegable que un verdadero tratamiento penitenciario solo se puede llevar cuando se cuente con la cantidad suficiente de especialista que puedan realmente vigilar periódicamente la evolución de un interno, y en tanto no se pueda concretar esta aspiración por razones eminentemente económicas la política resocializadora, solo se ha mantenido como buenos propósitos.

Sobre la aplicación del principio de mínima intervención subsisten también distintas posiciones, para algunos está dirigida únicamente al legislador, en cambio otros entienden que también le corresponde al órgano jurisdiccional.

El jurista español Juan Saavedra Ruiz¹⁰⁸, refiere que este principio está dirigida exclusivamente al legislador, de tal forma que son orientaciones que se deben tomar en cuenta al momento de criminalizar ciertas conductas”.

Para el tratadista Fidel Rojas Vargas, por el contrario considera que “este principio se aplica tanto para la creación de las normas penales como también durante la investigación penal, es decir tanto para los legisladores como para los jueces”.

El Código Penal ha establecido un abanico de alternativas de sanciones que puede ir desde la pena privativa de libertad hasta la reserva de condena incluyendo los servicios a la comunidad para los que incurra en el delito de omisión de asistencia familiar. Todo ello con la finalidad de proporcionar un margen de libertad en donde

¹⁰⁸ Saavedra Ruiz, Juan. “Comentarios al Código Penal- Candido Conde Pungido”. Editorial Bosh. 1ra. Edición 2007, pág. 168. El principio de intervención mínima puede ser postulado en el plano de la política criminal tratando de orientar al legislador hacia una restricción de las conductas que deben merecer una respuesta penal. Una vez tipificado una conducta como delito por el legislador democráticamente legitimado, la aplicación judicial del precepto no debe estar inspirada por el principio de intervención mínima sino por el de legalidad”.

pueda sancionar conforme a sus criterios. El juez puede hacer uso de cualquiera de estas medidas según la particularidad de cada caso, es decir, desde la pena más severa hasta la más leve, e incluso puede excluir la sanción cuando considere que existen situaciones exculpantes o falta de ofensividad al bien jurídico entre otras circunstancias, pero lo que no puede hacer es desatender completamente la norma penal (salvo los casos del control difuso). La resolución de los casos consecuentemente debe sustentarse en su particularidad y no haciendo una generalidad de ellos, aludiendo al principio de mínima intervención del derecho penal, porque este argumento además no constituye propiamente una verdadera fundamentación, sino por el contrario expresa un simple descuerdo con la criminalización de esta conducta, lo cual no puede ser una salida jurídica y legalmente aceptada. El principio de mínima intervención del derecho penal significa que solo debe producirse la intervención penal cuando sea absolutamente necesario.

Dicho principio como lo manifiesta Fidel Rojas Vargas¹⁰⁹ se relaciona con el principio de ultima ratio y con los principios de fragmentariedad y subsidiaridad del derecho penal y en la necesidad de afirmar el respeto a los derechos humanos limitando la intervención penal solamente en los casos absolutamente necesarios.

Este principio supone también, como lo dice CASTILLO ALVA¹¹⁰, “una consideración del problema social como jurídico, esto es solo una perturbación social grave que atente contra la paz social y que afecta a los seres humanos en su relación cotidiana pueden ser criminalizadas”. De ello se colige consecuentemente que “el derecho penal solo puede ser utilizado por el legislador en la medida que resulta absolutamente imprescindible”. Por eso se dice que guarda relación con el principio de subsidiaridad porque solo interviene cuando los otros ámbitos de control no resultan suficientes.

¹⁰⁹ Rojas Vargas, Fidel. “Estudio de Derecho Penal” Doctrina y Jurisprudencia 1ra. Edición 2004. Jurista Editores. Pág. 40 como consecuencia y en estrecha vinculación con los Principios de fragmentariedad y subsidiaridad se encuentra el principio de mínima intervención. Principio que se expresa con la idea de solo cuando sea absolutamente necesario la pena debe introducirse la acción penal. La noción de Ultima Ratio- se fundamenta negativamente en las características represivo del Derecho Penal que torna irremediable la lesión a los bienes jurídicos de libertad y dignidad”.

¹¹⁰ Sueiro Cristian Carlos. “La Política Criminal de la Post Modernidad”. 1ra. Edición Año 2010. Ediciones Jurídicas del Centro-Universidad de Buenos Aires Argentina pág. 124. “Los minimalistas teniendo como representante mas autorizado como Ferrojoli propone discriminalizar un sin número de comportamiento como modelitos contra la familia”.

Este principio constituye entonces una limitación al poder punitivo del Estado, por cuanto impide que el derecho penal sea utilizado abusivamente teniendo en cuenta que este constituye un control muy gravoso y que limite las libertades de la persona.

En cuanto al delito de omisión de asistencia familiar, desde la “posición minimalista” (tesis que busca reducir a lo mínimo la intervención del derecho penal) se propone la discriminalización de los delitos contra la familia, (entre los que se encuentra el delito de omisión de asistencia familiar).

Este planteamiento busca que el derecho penal quede restringido a la protección de bienes jurídicos más elementales como la “vida”, “integridad física”, “libertad, entre otros.

El jurista Christian Sueiro¹¹¹, señala que “bajo esta corriente se procura reducir la intervención del derecho penal a la mínima expresión, y busca la solución de los conflictos sociales a través de otros métodos alternativos”.

Se incide, en que la solución a estos problemas no pasa por el derecho penal, sino por otros mecanismos alternativo. Así lo expone el jurista Daniel GORRA¹¹², cuando dice que “el derecho penal no le va a reconocer su personalidad ni reivindicar su penalidad porque la solución de todo ello está fuera del derecho penal”.

¹¹¹ Castillo Alva, José Luís. “Derecho Penal –Parte General”. Gaceta Jurídica 1ra. Edición 2002, pág. 211-212. “el principio de intervención mínima supone la conceptualización del delito como un problema social como jurídico. El delito si bien es objeto de sanción del derecho penal, en virtud las consecuencias nocivas que arrastra, su solución que corresponde al Estado y a la sociedad en su conjunto. Implica la renuncia a la contemplación del fenómeno criminal como un problema eminentemente formal o puramente jurídico, es pues, de ser así, el delito tendría que ser resuelto solo por el Derecho sin intervención de otro sector de control social Esto es inaceptable”.

¹¹² Gorra, Daniel Gustavo. “Fundamentos y Fines de la Pena” 1ra. Edición. Editorial Ara, Año 2008. pág. 96 “La pena como redistribución de la culpabilidad, como reproche de persona moral, en algún sentido está reconociendo el libre albedrío del individuo como persona racional, puede elegir entre hacer esto o aquello; ¿pero realmente tiene opciones alguien privado de su trabajo, de la alimentación, de educación?, la respuesta es no; no se la va a responder el derecho penal, lo tiene que responder el estado a través de otra legislación-que no es la penal- paradójicamente, un ser humano privado de sus necesidades básicas, no tiene una vida social adecuada, vulnerando su dignidad como persona, la cual parece olvidada por el estado, pretor que curiosamente con la pena se pretende reconocerle su personalidad, a través de la resocialización, cuando debería haberle sido reconocido antes, pero en definitiva nunca la perdió. Pero surge otro interrogante, ¿Dónde se le quiere reinsertar, en esa sociedad en la cual es excluido? Cualquier intento de prevención no resiste el análisis, no en esas condiciones.

La disminución significativa del desempleo, el crecimiento económico, la eliminación de los sectores de extrema pobreza, en fin, un crecimiento económico integral entre otras metas obedece a políticas que todos queremos y deseamos, pero que la realidad nos muestra sus complejidades, y nos indica que los problemas sociales se resuelven a largo plazo, pero en tanto ello suceda ha de tomarse medidas por el niño no puede esperar: “El recurso más valiosos que tiene una nación para enfrentar el futuro son los niños”.

Entre los planes de los gobiernos se destacan constantemente las propuestas de disminuir el abuso infantil, desterrar la explotación del niño, acabar con el maltrato infantil combatir la desnutrición infantil, disminuir el trabajo infantil, pero en la realidad, somos inconsecuentes con estas metas, y dejamos al niño en total desamparo y convertimos esos programas en lo que es hasta ahora proyecto.

La familia es la institución más elemental donde se forjan los valores de la persona, y el delito de omisión a la asistencia familiar tiene incidencia significativa en esta célula elemental de la sociedad. Muchos de los problemas de delincuencia que podemos enfrentar mañana pueden surgir del descuido y de la falta de protección de los hijos.

El doctor Antonio GARCIA PABLOS DE MOLINA ¹¹³, destaca que las formas de maltrato que puedan generarse dentro de una familia produce el llamado “efecto espejo” donde la víctima que sufre las desatenciones y otros tipos de maltratos, cuando llega a la adultés, práctica, lo mismo con sus hijos, pasando de víctima a maltratador, y así se va haciendo una secuencia de estas malas prácticas. Resulta imperativo romper este círculo.

Es difícil entonces concebir una política criminal desatendiendo la importancia de la familia, porque los problemas delincuenciales tienen mucho que ver con ello.

¹¹³ García-Pablos de Molina, Antonio. “Crimen -Fundamentos y principio para el Estudio científico del delito, la Prevención de la criminalidad y el tratamiento del Delincuente”. INPECP. 1 Edición Enero 2008, pág. 104. “La doctrina suele llamar la atención sobre el llamado-efecto espejo- esto es, sobre el fenómeno comprobado de que la víctima de malos tratos durante la infancia practicara en la madurez los mismos malos tratos, pasando, pues de víctima infantil a maltratador adulto, de niño maltratado a paciente psiquiátrico criminal violento. Se habla también de criminalización de la víctima para designar tal realidad”.

El incremento de efectivos policiales como modo disuasivo, los sistemas de seguridad, entre otras medidas igualmente resulta costoso y por ello difícil de ser asumida por los funcionarios del estado de tal forma que la sanción penal sigue siendo una alternativa con la que no podemos prescindir en tanto no se produzcan los cambios que todos deseamos.

Es bien sabido por todos, que los problemas de la delincuencia deben ser atacadas desde su raíz y por lo tanto enfocando los factores sociales y principalmente fortaleciendo los sistemas de control no formales (el hogar, el colegio, las instituciones religiosas, etc), sin embargo somos conscientes también, que lo ideal no siempre se cumple y aunque no renunciemos a ello debemos asumir alguna medida persuasiva, eso es innegable.

El derecho civil ya mostró su ineficiencia para dar solución al incumplimiento de los alimentos y es por ello que ante el fracaso de esta vía, el estado se ha visto obligado a recurrir al derecho penal.

La política criminal no solo se avoca a combatir el delito sino fundamentalmente a su prevención, y por ello que se debe atender los factores sustanciales que en muchos casos constituye la raíz de la delincuencia. La familia como institución básica donde se forjan los valores de los individuos debe merecer una atención especial, mediante la penalización de estas omisiones familiares el estado busca dar protección a esta célula básica evitando en cierta forma los hogares disfuncionales, donde muchas veces conllevan más adelante a incrementar el índice de la delincuencia. Dentro de un plan de política criminal las sanciones efectivas juegan un papel importante.

Estudios sobre criminología ha llegado a comprobar que más importante que el monto de la pena es la seguridad de que se cumpla. Si no se sancionara estas conductas omisivas como es la sustracción a la asistencia familiar muy seguro esta seguirá repitiéndose.

Al respecto se tiene la frase de MONTESQUIEU, citado por José Avila Herrera¹¹⁴, en donde dice “cuando visito un país no me paro a examinar si hay buenas leyes, sino si se cumplen las que hayan pues leyes buenas en todas partes las hay”.

El cumplimiento de la pena tiene que ver entonces con la seguridad jurídica. Es verdad que en la actualidad subsiste la polémica entre la sobrepoblación de los penales y por otro lado la seguridad, y que existe la corresponsabilidad del delincuente y la sociedad, sin embargo reiteramos que existen diversos tipos de sanciones que permiten castigar a los transgresores sin que implique necesariamente tener que recurrir al internamiento en un centro penitenciario, no siempre cuando se habla de sanción nos referimos a la pena privativa de libertad.

28. NECESIDAD DE PENA

El principio de la mínima intervención del derecho penal no es lo mismo “falta de necesidad de la pena”, puesto que cuando se hace alusión al principio de mínima intervención se hace referencia a los casos en que no deberían ser considerados delitos porque se supone que existe otras vías más efectivas incluso para sancionar determinadas conductas. En cambio, la necesidad de pena está en función de determinados casos concretos donde a pesar de constituir delito por una mínima culpabilidad del autor o poca ofensividad sobre el bien jurídico no justifica la pena.

Por otro lado la pena se fija también en función de la culpabilidad, porque está en relación con el grado que esta ostenta. La culpabilidad y las medidas de política criminal entonces son indicativos al momento de medir o de eximir la pena.

Un hecho delictivo puede ser merecedor de una sanción, pero no obstante, por determinadas circunstancias pueden estar exentos de pena y en éstos casos se tiene que por configurado el delito, pero se le exime de la sanción penal. Un hecho puede ser calificado de típico antijurídico y culpable, y por lo tanto merecedor de pena,

¹¹⁴ Avila Herrera, José. “El Derecho de Ejecución Penal en el Perú”. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 12 Junio 2010. “En este brevísimo repaso histórico, llama también la atención la reflexión que hace sobre el tema Montesquieu. En uno de sus escritos dice: cuando visito un país, no me paro a examinar si hay buenas leyes, sino si se cumplen las que haya, pues leyes buenas en todas partes las hay”.

pero puede que la sanción no sea necesaria por concurrir algunas circunstancias de política criminal.

Por otro lado la pena se fija también en función de la culpabilidad, porque está en relación con la culpabilidad y las medidas de política criminal entonces son indicativos al momento de medir a de eximir de pena.

Como lo dice Claus Roxin¹¹⁵, la culpabilidad no constituye la única restricción al poder punitivo del estado, sino también a través de la necesidad preventiva de la sanción.

El artículo 2 del Código Procesal de 1991¹¹⁶, y del Código Procesal Penal del 2004 contemplan estas circunstancias bajo el “principio de oportunidad”, y en ella se señala que el Ministerio Público podrá abstenerse de ejercitar la acción penal cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, o cuando el agente haya sido afecto gravemente por las consecuencias de su delito o cuando conforme a las circunstancias del hecho o condiciones personales se puede apreciar que concurren iguales atenuantes.

En el primer caso se está frente a actos u omisiones carentes de poca lesividad sobre el bien jurídico, en el segundo caso la afectación sobre el mismo agente ya constituye implícitamente un sufrimiento para el propio autor, es decir que ya asimila de por sí una sanción, y en el tercer caso estamos frente a situaciones de mínima culpabilidad.

¹¹⁵ Roxin, Claus. “Entonces, la categoría sistemática de la responsabilidad penal que yo he desarrollado se basa en la idea de la sobre limitación del derecho punitivo estatal: a través de la culpabilidad y a través de la necesidad preventiva de punición. Si faltara alguno de estos presupuestos, desaparecerá la punibilidad de punición. Si faltara alguno de estos presupuestos, desaparecerá la punibilidad. El que esto tenga que ser así se deriva de la teoría de los fines de la pena, según la cual la pena no puede ser fundamento, de manera exclusiva, ni por la culpabilidad ni por objetivos preventivos. Y es que, para su legitimación, la pena requiere tanto la necesidad social (es decir, preventiva) como también una reprobabilidad personal ligada a la existencia de la culpabilidad” pág. 67.

¹¹⁶ Código Procesal Penal 1991. Artículo 2 “El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito...b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público...c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado...”

La falta de necesidad de pena sustenta entonces el principio de oportunidad que es ejercido a través del Ministerio Público y en ciertos casos el órgano jurisdiccional también puede valorar determinadas circunstancias como la poca ofensividad del bien jurídico como sería el caso de la deuda pendiente sea escasas y por ser diminuta no constituye realmente una situación capaz de significar un riesgo para la pena.

En cuanto al principio de oportunidad aplicado a los delitos de omisión de asistencia familiar, debe enfatizarse, que no se trata de que éste delito sea visto como uno de “bagatela” sino por su naturaleza de producirse mayormente en un ámbito familiar. De allí que sea considerado delito semipúblico, porque se requiere de la iniciativa de la parte agraviada.

Cuando en una sentencia se invoca la falta de necesidad de pena debe necesariamente explicarse el criterio por la cual el juzgador considera que para ese caso en particular se considerara exenta de punición.

La responsabilidad penal consecuentemente, como lo dice ROXIN, “se basa en una idea de doble limitación al derecho de sancionar como es a través de la culpabilidad y también a la necesidad de pena”.

No puede hacerse un razonamiento simplista de justificar la exclusión de pena en los delitos de omisión de asistencia familiar, cuando ocurre la cancelación dentro del proceso, acudiendo a que en estos delitos procede el principio de oportunidad, porque ello significa desconocer la naturaleza de tal institución, y porque además se olvida que aún en esta aplicación, se respeta el resarcimiento a la víctima, lo que no sucede en la sentencia absolutoria.

Frecuentemente los trasgresores por estos delitos se sienten indignados por la sanción penal, pues se consideran que no son delincuentes, y por el contrario se muestran como personas sufridas y víctimas de la crisis económica, y que su conducta no tienen semejanza alguna con los actos de los delincuentes propiamente dichos.

Quienes consideran que en los casos de cancelación de los adeudos alimenticios la pena resulta innecesaria, asumen que el pago ha cumplido con la finalidad de la

norma, el tipo penal no busca en sí el pago de los alimentos sino el que no se exponga en riesgo a los miembros más vulnerable de la familia.

Desde una prevención general, que también debe ser atendida por la pena, no resulta ni justo ni aconsejable que se le libere al trasgresor que ya puso en peligro a los alimentistas, porque nada lo mueve a cambiar de actitud, de tal forma, que no lo desanima a volver a incurrir nuevamente en estos incumplimientos. En estos casos existe la necesidad de imponer la sanción.

29. LAS MEDIDAS COERCITIVAS

El delito de omisión a la asistencia familiar contiene una pena máxima de tres años y hasta hace poco el presupuesto para la detención exigía que el delito sea sancionado con una pena mayor a cuatro años, y dado que este delito no alcanzaba a ese límite entonces se recurría al principio de interés superior del niño, lo cual en cierta forma no satisfacía verdaderamente el fundamento jurídico.

El problema para dictar los mandatos de detención se resolvió con la promulgación de la Ley 28726¹¹⁷, dictada en el mes de mayo del 2006 que modificó el artículo 135 en su considerando segundo y rebajando la prognosis de la pena de cuatro a un año para los casos de dictarse la detención.

A partir de esta ley se resolvió esta contradicción que existía con el artículo 135, permitiendo con ello que se pueda dictar esta medida coercitiva para los delitos de omisión a la asistencia familiar.

Algunos juzgados optan por señalar la orden de detención cuando el alimentista es menor de edad y cuando se trata de sujetos mayores entonces se dispone la comparecencia.

Es claro que en los casos de hijos menores, el daño o en todo caso el riesgo a que se le somete es mucho mayor que aun joven por cuanto en el primero está en riesgo

¹¹⁷ Ley N° 28726 promulgada el nueve de mayo del dos mil seis “artículo ciento treinta y cinco segundo párrafo. Que la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente del delito”.

su desarrollo integral e incluso su vida. Un niño mal alimentado está más expuesto a las enfermedades y están cerca del grupo de mortalidad infantil.

30. LA CAUCIÓN

Ante el cuestionamiento que se hacen por la orden de detención en estos delitos se ha optado por el mandato de comparecencia imponiendo a su vez una caución como regla de conducta.

La caución como se sabe es el importe de una suma de dinero señalada por el juzgado para garantizar la concurrencia del inculcado al proceso. El Código Procesal Penal lo define en su artículo 289¹¹⁸. Como “una suma de dinero para asegurar que el procesado cumpla las ordenes de la autoridad”.

Por otro lado el artículo 143¹¹⁹ del Código Procesal Penal de 1991 contempla en su sexto considerando, de tal forma de que el juez puede disponer la prestación de una caución en los casos que lo considere conveniente, atendiendo además de que “la caución tiene una finalidad de atenuar el riesgo procesal”, es decir que debe existir un cierto riesgo y que puede ser conjurado a través de esta garantía económica. La caución resulta entonces como lo refiere Manuel MORENO SUCRE¹²⁰ “una garantía real que garantice que el sujeto no rehuirá la acción de la justicia”.

Si las “posibilidades económicas del imputado” están impuestas como una condición para fijar la “Caución”, resulta inadecuado que se fijen en estos delitos de “omisión

¹¹⁸ Código Procesal Penal. Artículo 289. “La caución consistirá en una suma de dinero que se fijara en cantidad suficiente para asegurar que el imputado cumpla las obligaciones impuesta y las ordenes de la autoridad.

¹¹⁹ Código Procesal Penal. Artículo 1991. Art. 143 inciso sexto “El Juez podrá imponer algunas de las alternativas siguientes...La prestación de una caución económica si las posibilidades del imputado lo permiten”.

¹²⁰ Moreno Sucre, Manuel. “La Comparecencia y las Reglas de Conducta”. Revista JUS-Jurisprudencia del 05 Mayo 2005 pág. 313. “La caución es una garantía real consistente en la afectación provisional del patrimonio del procesado en una medida que garantice que éste no rehuirá la acción de la justicia. Es necesario aclarar que no se trata de una afectación patrimonial que tenga por finalidad responder por la posible reparación del daño civil que se haya causado por el delito, sino que se trata de una medida exclusivamente destinada a garantizar la sujeción del imputado al proceso”.

de asistencia familiar”, donde precisamente las dificultades de pago en la mayoría de las veces ya se encuentran presentes en el obligado.

Cuando la norma permite la sustitución de la caución por una fianza personal estaría dejando abierta la posibilidad de que se puede imponer la caución aun cuando el inculpado no cuente con las posibilidades económicas, porque contaría con esta alternativa, ello surgiría además de interpretar el inciso 2, del artículo 289 en donde se dice que si el inculpado carece del insuficiente insolvencia podrá ofrecer una fianza personal escrita”.

No obstante, el inciso primero del artículo 289 en su último párrafo, donde se dice que “no podrá imponerse una caución de imposible cumplimiento del imputado en base a su situación personal y carencia de medios, y de la característica del hecho atribuido”, podemos inferir vía esta interpretación sistemática que “la caución debe estar siempre condicionada a que el inculpado cuente con cierta posibilidad de pago”, y por ello el inciso segundo del artículo doscientos ochenta y nueve que trata sobre la fianza personal precisa que ésta procede cuando se carece de “suficiente solvencia” que no es lo mismo que una “completa carencia”. Las dificultades económicas no pueden servir de justificación para eludir la obligación alimenticia, y que todos los esfuerzos en aras de satisfacer aunque sea mínimamente las necesidades del alimentista, ello no quiere decir que desconozca las dificultades que representa parar algunos padres estas obligaciones.

En esta línea, la imposición de una caución en los delitos de omisión de asistencia familiar, resulta un problema adicional que agrava más la situación del inculpado y que lo coloca en una situación difícil por cuanto además de enfrentar el pago que se le exige en el proceso penal debe satisfacer el pago de la caución. En otras palabras el importe del dinero que bien podría ir como parte de pago o cancelación de los devengados van a ser utilizado, para esta garantía.

Si la libertad constituye la principal preocupación del inculpado, entonces sus esfuerzos básicamente están orientados a ello, y el pago de las pensiones alimenticias pasa a un segundo plano.

Como se ve, la caución coloca en apuros al procesado e indirectamente perjudica a la parte agraviada porque el pago de la caución no va ser revertido a ella si al Estado, y en los casos en que éste sea condenado aun así tampoco ese dinero podrá ser utilizado para la reparación civil.

La caución tiene como finalidad garantizar la concurrencia del inculpado al proceso, mas no así resarcir un daño, de tal forma que se desnaturaliza la caución si es que se pretende utilizar el importe consignado para el pago de la reparación civil.

El nuevo Código Procesal Penal del 2004, corriendo la mal redacción del Código Procesal de 1991, establece ahora en el inciso 4, del artículo 289¹²¹, que la “devolución de la caución en los casos en que el imputado sea absuelto o sobreseído o condenado, siempre que no haya infringido las reglas de conducta”.

El nuevo Código Procesal respeta el carácter de la caución como garantía de sujeción del inculpado al proceso aclarando las confusiones que genero el artículo 188 del Código Procesal Penal de 1991, y evitando además situaciones incongruentes que se podrían presentar cuando el inculpado sustituía la caución por una fianza personal.

En efecto, cuando un tercero garantiza la concurrencia del inculpado con sus bienes hasta por el importe fijado en la caución, éste no debe ser utilizado al final del proceso como pago de la reparación civil en el caso de que concluyera en una condena.

La fianza personal en estos casos como se podrá apreciar tiene como razón exclusiva garantizar que el procesado no eludirá la acción penal, de tal manera que su aval no va mas allá de esta finalidad, siendo por ello incongruente que se pretenda utilizar los bienes de éste tercero para el pago de la reparación civil.

¹²¹ Código Procesal Penal Artículo 289 “cuando el imputado sea absuelto o sobreseído y siendo condenado no infrinja las reglas de conducta que le fueron impuestas, le será devuelta la caución con los respectivos intereses devengados, o en su caso quedara sin efecto la garantía patrimonial constituida y la fianza personal otorgada”.

Para el Dr. Pablo Sánchez Velarde, la caución difícilmente podrá equiparar al perjuicio causado por cuanto se trata de dos instituciones distintas. Resaltando además que la caución solo debe ser fijada cuando lo establece la ley es decir cuando se estima que el imputado cuenta con medios económicos.

Por lo que la caución no puede ser impuesta en forma indiscriminada inobservando la posibilidad económica del procesado, y tampoco puede ser utilizado para cubrir el monto de la reparación civil en los casos en que se imponga una condena.

31. SOBRE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El principio de oportunidad como se sabe es una facultad irrestricta del fiscal, que obedece a razones de política criminal donde se busca favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas como también a evitar los efectos criminológicos de las penas privativas de libertad y en donde se busca contribuir a una justicia material sobre la forma.

El principio de oportunidad, como lo manifiesta PALACIOS DEXTRE¹²², responde a las exigencias de un moderno Estado de Derecho y a la función de prevención especial de la pena, seleccionado algunos casos que no merecen el concurso del derecho punitivo.

Normalmente en estos casos el inculpaado tras arribar en un acuerdo con la parte agraviada y presentado una transacción notarial de que se ha cancelado la deuda alimenticia solicita el archivamiento del proceso, sin hacer expresa mención de este instituto procesal.

En estos casos aunque la defensa no lo pida expresamente ni invoque la norma legal el juez, deberá correrle traslado al Ministerio Público para su pronunciamiento, no obstante por lo general se emite un auto desestimatorio explicando que no procede el archivamiento por la sola cancelación del pago.

¹²² Palacios Dextre, Darío. "El Principio de Oportunidad en el proceso Penal Peruano". 2da. Edición, 2010. Editorial Grijley. pág. 19 "La facultad de aplicar los criterios de oportunidad que se le asigna al fiscal responde a las exigencias del moderno Estado Derecho y a la función de prevención especial de la penal y del derecho penal. La disponibilidad de la acción penal es una facultad irrestricta del fiscal. Múltiples razones de política criminal al llevado al legislador a matizar a nuestro modelo de proceso penal con una institución de clara raigambre anglosajona".

Existe una incongruencia entre las normas civiles y penales en estos procesos de alimentos, por cuanto conforme el artículo 487¹²³ del Código Civil, el derecho de los alimentos es “intransigible”, lo que se corresponde con su carácter de ser “personal”, y por ello el artículo 1305¹²⁴ del mismo código, prescribe que solo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción.

Bajo estos supuestos, “los alimentos entonces no deberían ser materia de transacción en el principio de oportunidad”. Ante esta situación se tiene dos soluciones, la primera de considerar como un caso excepcional dado que el principio de oportunidad resultaría ser una norma especial que debe primar sobre la norma general, y la segunda, entender que los alimentos no son objeto de transacción pero si de conciliación. Los derechos alimenticios no son materia de transacción ni de conciliación. En el principio de oportunidad, estos caracteres de los alimentos permanecen intactos. Lo que se concilia es el delito y la reparación civil, mas no el derecho de los alimentos.

El acuerdo entre las partes se centra en el resarcimiento sobre “el riesgo en que se generó a los miembros de la familia”. La deuda alimenticia por su parte sigue siendo exigible tal como el mismo artículo 149, lo señala cuando dice expresamente que la sanción penal se impone “sin perjuicio de cumplir con el mandato judicial”.

Los alimentos consecuentemente son independientes de la indemnización que el denunciado otorgue a la víctima. Lo que se libra el inculpado es del proceso y de la sanción penal, más no así de esta obligación alimenticia que de todas formas de será exigible.

32. LA TRANSACCIÓN EXTRAJUDICIAL

El principio de oportunidad es solicitado por el inculpado luego de acreditar el pago de las pensiones atrasadas mediante un documento notarial en donde participa la parte agraviada afirmando haber recibido el total de la deuda alimenticia.

¹²³ Código Civil Art. 487 “Características del derecho alimentario: El derecho de pedir alimentos es intransmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable”.

¹²⁴ Código Civil Art. 1305 “Derechos transigibles: Sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción”

El Código Procesal Penal en su artículo 2 preceptúa “Si el acuerdo con la víctima constan en instrumento público o documento privado legalizado por notario no será necesario que el juez cite a las partes para que presten su consentimiento expreso para la aplicación del principio de oportunidad.

33. LA REPARACIÓN CIVIL

La reparación civil constituye un resarcimiento que se hace a la víctima del delito por los daños ocasionados cuyo monto es obligado a pagar por el sentenciado.

Como lo indica el Juez Superior Sócrates Zevallos Soto¹²⁵ “Todo el tiempo nos hemos preocupado por los derechos y garantías del procesado, y de la víctima nos ha importado nada”.

PABLO TALAVERA ELGUERA¹²⁶ también lo expresa así indicando “que la víctima ha sido mantenida en el olvido y exclusión durante varios siglos, pero hoy en día constituye una preocupación central de la política criminal.

Es de la misma posición el Dr. Alejandro SOLIS ESPINOZA¹²⁷, indicando que “el proceso penal ha venido expropiando a la víctima de su conflicto relegándolo a un papel secundario o a veces olvidado por el Estado.

En este delito se le priva la víctima de cualquier tipo de compensación pese a que ha recorrido dos vías para poder obtener la pensión de sus hijos, ha malgastado tiempo y dinero desde el juicio civil acudiendo a las citaciones y costearo algunos gastos, y por ello el dinero que reciba durante el proceso penal resulta mucho menor a lo que

¹²⁵ Zevallos Soto, Sócrates Juez Superior de la Corte Superior de Junín “ Conferencia sobre el Novísimo Código Procesal Penal en la Corte Suprema” dado en la Corte Superior de Junín, el seis de mayo del dos mil diez.

¹²⁶ Talavera Elguera, Pablo. “Comentarios al Código Procesal Penal”. Editorial Grijley. Año 2004. pág. 31. “La participación de la víctima en el procedimiento penal es un tema que ha destacada un interés en los últimos años. Después de varios siglos de exclusión y olvido la víctima reaparece en la actualidad en el escenario de la justicia penal con una preocupación central de la política criminal.”

¹²⁷ Solís Espinoza, Alejandro. “Criminología Panorama Contemporáneo”. Editorial Edili. Año 1984. Universidad de Texas. Pág. 150. “Por ello ya los abolicionistas, entre otros estudiosos, han venido señalando que en el proceso penal moderno, prácticamente la víctima ha sido expropiada de su conflicto, quedando relegado en un papel secundario o a veces olvidado por el sistema procesal que se halla centrado en el delincuente y el estado”.

realmente le correspondía, y en algunos casos ha tenido que recurrir a un apoyo legal mermando más aún su economía para costear esta asistencia.

La madre consecuentemente obtiene una suma muy distinta a lo que esperaba. La víctima no es reinvidicada y por el contrario se siente maltratada y burlada cuando el obligado espera hasta el último momento para realizar el pago, porque en este caso conforme a los criterios mayoritarios, se resolverá por la absolución y no se le asignará indemnización alguna.

Desde el punto de vista de la “Victimología” a esta situación se le conoce como victimización terciaria porque se produce en el momento posterior del juicio, donde el condenado asume una posición triunfante y muchas veces con altanería provocando indignación y vejación en la víctima. Cuando se resuelve por la absolución ante el pago realizado dentro del proceso, no se toma en cuenta los perjuicios ocasionados a los hijos menores consistentes en “no poder realizar algunas actividades propias de su edad, obtener una mejor alimentación”, una adecuada formación profesional”, acceder a tratamiento médicos, entre otras situaciones, que son conocidas como “pérdida del chance”, porque sus posibilidades en el futuro pueden verse melladas por su deficiente formación física y psíquica.

La “recreación” es también una de esas situaciones elementales de las que se le priva al niño. “Los juegos que no se disfrutaban en esa etapa, es una felicidad perdida, que nunca más volverá”.

El niño no solo sufre sus propias acreencias, sino que además, esas limitaciones pueden conllevarlo a una relegación por los otros niños que intercambian sus juegos.

Como lo sostiene el Dr. Claudio BELLUSCIO¹²⁸: “Tras este abandono hay un dolor en los sentimientos más íntimos de estos hijos abandonados, y este padecimiento

¹²⁸ Belluscio, Claudio. Ob.Cit. pág. 903. “Ferrer ejemplifica las situaciones que llevan a configurar ese daño en el menor: el menoscabo que sufre socialmente, las angustias, los padecimientos espirituales por las diversas carencias a que se ve sometido ante el incumplimiento alimentario (no poder concurrir a cursos, clubes, practicar deportes y viajar con fines deportivos, realizara viajes de egresados, seguir tratamientos médicos, cambiar de escuela, a o sufrir una mala alimentación). Con tales padecimientos influirá la comparación con el resto de sus congéneres que tiene esas posibilidades, por el efectivo, aporte pecuniario de sus padres- y su eventual humillación por parte de

influirá en el resto de sus congéneres que si cuentan con estas posibilidades, pudiéndose presentar eventuales humillaciones y tratos discriminatorios que afecten su autoestima y su potencial realización”.

En el delito de omisión a la asistencia familiar, además de un daño material que podría darse (salud e integridad física del menor alimentista), concurre innegablemente un daño moral afectivo, que es lo que se le conoce también en la doctrina como “la intensidad del sufrimiento”. Si bien el tipo penal no exige la comprobación de un daño de un peligro ello no quiere decir que muchas veces es la práctica así se produce una afectación que por lo general lleva a estos hijos abandonados a una “baja autoestima”, cuyo grado es deficiente cuantificable.

El Dr. Juan ESPINOZA¹²⁹ expresa que es lo más injusto es dejar sin reparar el daño causado a la persona en cuanto a lo más valioso que ella tiene; “su proyecto de existencia de vida”. Por lo que enfatiza que el daño incide más bien en las consecuencias que en el futuro se evidenciarán.

La privación de alimentos es también una forma de maltrato como lo dice Fermín Chunga¹³⁰ desde un “criterio amplio”, el maltrato presenta múltiples evidencias de daño emocional como también nutricional, porque constituye un daño en su salud física o emocional, indicando que en el Perú se hace muy poco o nada por este problemas, y considera que es una de las formas de abuso contra el niño a lo que se denomina síndrome de maltratamiento, dentro del cual contiene el abandono no solo de la atención afectiva del padre, sino también de los alimentos.

aquellos, lo que inclusive podrá derivar en ser discriminados y, por ende, no ser aceptado en determinados grupos de niños/as o de adolescentes de su edad”.

¹²⁹ Espinoza Espinoza, Juan. “Derecho de la Persona”. Gaceta Jurídica 4ta. Edición Año 2004. Pág. 457. “Fernández Sessarego, que mucho más injusto es el hecho de dejar sin reparación el daño causado a la persona en cuanto a lo mas valiosos que ella tiene; su proyecto existencial de vida”.

¹³⁰ Chunga Lamonja, Fermín. “Aspectos Legales del Maltrato Infantil”. Revista del Colegio de Abogados de Lima. N° 1. Año 2005. pág. 191 “El abandono de menor constituye una forma de maltrato consistente en la irresponsabilidad, desinterés, negligencia que pueda ligar mas tarde a constituir una figura delictiva. Se configura mayormente cuando uno de los padres o ambos no pueden satisfacer las necesidades del menor, en cuanto a alimento, ropa, educación y atención médica. El síndrome de maltratamiento incluye signos al menor del daño emocional o de privación nutricional”.

34. CONTROVERSIA SOBRE EL PAGO DE LA REPARACIÓN CIVIL TRATÁNDOSE DE UN DELITO DE PELIGRO

La reparación civil resulta ser una consecuencia jurídica del delito y debe ser resarcido por el responsable. Esta comprende conforme al artículo 93 del Código Penal “la restitución del bien” y la “indemnización de los daños y perjuicios causados”.

El delito de omisión a la asistencia familiar es un delito de peligro abstracto porque no se requiere que se produzca una lesión en el bien jurídico para que se configure el delito.

Para jurista Tomás GALVEZ VILLEGAS¹³¹ considera que “no cabe imponer la reparación civil en los delitos de peligro, porque en estos tipos penales la lesión no llega a ocurrir y al coexistir afectación particular no se produce un daño que debe ser resarcible y en estos casos no debe operar la responsabilidad civil”. En la posición contraria están algunos juristas como Víctor PRADO SALDARRIAGA¹³² para quién existe siempre una obligación de indemnizar aunque se trate de delitos de peligro, porque debe realizarse siempre una valoración objetiva tanto material como moral, y aunque no desarrolla ampliamente este expresa su desacuerdo con lo que niegan la reparación civil en los delitos de peligro.

En el delito de omisión a la asistencia familiar los alimentistas se ven expuestos a muchas eventualidades desfavorable, sin embargo, el tipo penal no demanda que se pruebe esta situación, pero ello no quiere decir que en la realidad muchas veces si

¹³¹ Gálvez Villegas Aladino. “La reparación Civil en el Proceso Penal”. Editorial Idemsa Segunda edición. Año 2005. págs. 297-299. “En los delitos de peligro no se causa una lesión o daño al bien jurídico sino únicamente se genera un riesgo o peligro para este..., consecuentemente al coexistir afectación particular no se habrá ocasionado un daño resarcible, por lo que tampoco habrá prevención privativa del bien jurídico, y por lo tanto no operar la responsabilidad civil. Esta conclusión será la misma tanto para los delitos de peligro concreto como para los delitos de peligro abstracto”.

¹³² Prado Saldarriaga, Víctor. “Las consecuencia Jurídicas del delito-doctrina Jurisprudencial y Legislación”. Gaceta Jurídica. 1ra. Edición año 2000, pág. 286. “Por otro lado estimamos también coherente con la objetividad del juicio reparatorio tener en cuenta el grado de realización del injusto penal. Lo que equivale a sostener que la reparación civil tiene que ser menor en una tentativa que en un delito de lesión que en uno de peligro. No compartimos pues, la posición doctrinaria y jurisprudencial que estima que al no producirse un daño reparativo para la víctima. Por lo demás en Jurisprudencia y doctrina nacionales tal posibilidad no se ha negado expresamente”.

ocurre tal exposición, es decir que si ocurre el peligro, e incluso, puede darse la lesión. Consecuentemente, la imposición de la reparación civil en el delito de omisión de asistencia familiar resulta pertinente pese a su carácter de ser un delito de peligro abstracto.

35. LOS INTERESES EN LA REPARACIÓN CIVIL

El Dr. Víctor PRADO SALDARRIAGA¹³³, considera que el monto de la indemnización genera intereses “desde la fecha en que se produce el daño”.

En el caso de omisión a la asistencia familiar donde no se produce un daño sino una puesta en peligro entonces los intereses deberían calcularse desde el momento en que existió la situación idónea para producir el riesgo, vale decir desde el momento en que el obligado dejó de pagar las pensiones establecidas en la sentencia civil.

En cambio para el jurista Tomas Aladino GALVEZ VILLEGAS el cálculo de intereses sobre el monto de la reparación civil debe realizarse “desde el momento de la sentencia penal” porque es allí donde se determina el monto a resarcir¹³⁴. El delito de omisión de asistencia familiar tiene una característica especial que lo diferencia de otros delitos. Es cierto que los intereses deben calcularse sobre una base ya determinada, y en un proceso penal este monto recién se establece en la sentencia, por cuanto el juez al fijar la reparación civil ya estima todos los daños, tanto personales como materiales, incluyéndose los perjuicios ocasionados a la víctima, entre ellos el lucro cesante, daño emergente entre otras afectaciones desde el momento en que se produjo el delito hasta la fecha de la sentencia. Por otro lado los intereses propiamente vienen a compensar el tiempo en que se restituye el dinero y

¹³³ Prado Saldarriaga, Víctor. Ob. Cit. pág. 285. “La indemnización comprende las consecuencias de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde el momento que se produjo el daño”.

¹³⁴ Gálvez Villegas, Tomas Aladino. “La reparación civil en el proceso penal”. Editorial Idemsa. 2da. Edición año 2005. pág. 231. “Nos encontramos con un problema conceptual relativo a los intereses que devengaría el monto de la prestación resarcitoria, pues la última parte del artículo 1985 del Código Civil, indica que el monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha que se produjo el daño, disposición que si la aplicamos estrictamente implicaría que primero tendríamos que determinar el monto del resarcimiento para luego aplicar la tasa de interés. Por lo que no se corresponde aplicar el computo de intereses desde el momento de que se ha causado el daño sino a partir del momento que se determina la prestación el monto de la prestación únicamente se determinará en la sentencia que ampara la pretensión”.

en un proceso penal, los posibles responsables no saben aun si deberán responder por estos daños, y mal se podría hablarse de una demora de pago.

La reparación civil preceptuado en el artículo 93 del Código penal, comprende la restitución del bien y la indemnización por los daños y perjuicios, por lo que el monto adeudado más los intereses deberá agregarse el pago por los perjuicios sufridos, representan propiamente el daño moral. En consecuencia el monto de la reparación civil se establece recién en la sentencia y debe ser desde allí que debe correr los intereses. Es verdad que en estos procesos ya preexiste una cantidad determinada sobre la deuda alimenticia, pero este monto corresponde a dichos devengados, mas no a la reparación civil. De tal forma que sería un error asumir dicho monto como una referencia a considerar para los intereses del resarcimiento que si bien lo contiene, no significar lo mismo.

36. LA INHABILITACIÓN

El artículo 149 del Código Penal no contiene la inhabilitación como pena principal, sin embargo ello no es óbice para aplicarla como accesoria en virtud al artículo 39 del Código Penal, que faculta al órgano jurisdiccional imponerla cuando el hecho punible constituye la violación de un deber de la patria potestad, tutela o curatela.

La desatención alimenticia significa una trasgresión a estos deberes especiales que tienen los padres para con los hijos menores, y por lo tanto cuando no se cumple con estas resoluciones judiciales se quebranta estos deberes paterno filiales.

El artículo 463 del Código Civil¹³⁵ preceptúa la privación de la patria potestad cuando se les niega los alimentos a los hijos. Esta inhabilitación entonces concuerda con las normas de carácter civil.

El Código del Niño y del Adolescente igualmente en su artículo 75, inciso f¹³⁶ contiene la suspensión de la patria potestad por la misma causa es decir negarse a

¹³⁵ Código Civil Artículo 463. “Los padres pueden ser privados de la patria potestad por negarse a prestar alimentos”.

¹³⁶ Código de los Niños y Adolescentes. Artículo 75 inciso f) “La patria potestad se suspende por...negarse a prestar los alimentos”

prestar alimentos, y más específica resulta aún, el artículo 77¹³⁷ de este cuerpo legal cuando señala como causales de la pérdida de la patria potestad el haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos.

El Código Penal por su parte en su artículo 39¹³⁸ contempla la inhabilitación como pena accesoria cuando el hecho es cometido trasgrediendo los derechos y deberes de la patria potestad, tutela y curatela.

37. PRESCRIPCIÓN

El delito de omisión a la asistencia familiar prescribe en su primer párrafo a los tres años y en todo caso a los cuatro años y medio en los casos que existe interrupción conforme el artículo 83 último párrafo del Código Penal, esto es cuando el tiempo transcurrido sobrepasa a una mitad el plazo ordinario de prescripción.

Para el cómputo de la prescripción debe tomarse desde el momento en que cesa la situación antijurídica; y de allí hacia delante deberá computarse los cuatro años y medio. En el caso contemplado en el segundo párrafo, donde la pena alcanza hasta cuatro años, el plazo ordinario será el mismo y de seis años cuando haya existido interrupción, este plazo también debe computarse desde el momento que cesa la situación antijurídica porque son situaciones que se dan conjuntamente con el incumplimiento, y por tanto están ligadas a las características de este delito.

En lo referente al último párrafo el plazo de prescripción será de cuatro años cuando resulte una lesión grave a causa del incumplimiento, y si sucede interrupciones entonces se aplicará el plazo extraordinario de seis años, y en caso de que se produzca la muerte del alimentista el plazo ordinario es de seis años, y en el plazo extraordinario consecuentemente de nueve años, entendiéndose que en este

¹³⁷ Código de los Niños y Adolescentes. Artículo 75 inciso d) “Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos”.

¹³⁸ Código Penal. Artículo 39 “La inhabilitación se impondrá como pena accesoria cuando el hecho cometido por el condenado constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, de oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela curatela o actividad regulada por Ley. Se extiende por igual tiempo que la pena principal”.

caso el delito debe computarse desde el momento en que se produce la lesión o la muerte del alimentista.

El artículo 149 contiene dos tipos de penas una privativa de libertad y otra de prestación de servicios comunitarios. Estas penas son alternativas porque la misma redacción así lo deja ver al utilizar la palabra o que implica disyunción.

38. SANCIONES ADMINISTRATIVAS

La Ley N° 28970¹³⁹ establece la creación del “registro de deudores alimentarios morosos”, dispuso la conformación de un órgano de Gobierno del Poder Judicial encargado a inscribir los nombres de todas aquellas personas que estén incumpliendo los alimentos. Mediante esta norma se elabora un registro consolidado de todos aquellos demandados por alimentos que hayan incurrido en mora en el cumplimiento de esas obligaciones contenidas en las sentencias, y tiene como finalidad dar a conocer públicamente la lista de estas personas como sujetos de poca confianza crediticias, y de esta manera restringirle su capacidad de adquirir obligaciones con diversas entidades pública o privadas.

Esta norma de alguna manera significa una presión contra los obligados para que cumplan con el pago de los alimentos.

La Dra. Gabriela LOPEZ ZAPATA, resalta las bondades de la Ley del registro de deudores alimentarios morosos, y señala que no se vulnera ningún derecho constitucional, puesto que “si una persona no cumple con su obligación más elemental no puede pretender asumir nuevas deudas” y menos intentar eludir la deuda alimenticia grabando sus bienes para cubrir nuevos créditos, y que la medida está dirigida básicamente a que el deudor no eluda su obligación alimentaria¹⁴⁰.

¹³⁹ Ley N° 28970, de fecha 29 de enero del año 2007. Art. 1°, “Créese el registro de deudores alimentarios morosos cuya gestión estará a cargo de la Gerencia General del Poder Judicial, donde se inscribirán a los sujetos que adeuden tres cuotas sucesivas o no de sus obligaciones alimentarias establecidas en sentencias consentidazas o ejecutoriadas o en acuerdos conciliatorios con calidad de cosa juzgada, así como aquellos sujetos que no cumplan con efectuar el pago de las pensiones devengadas durante el proceso judicial de alimentos si no las cancelan en un período de tres meses, contados a partir de la fecha de su exigibilidad”.

¹⁴⁰ LOPEZ ZAPATA, Gabriela. “Registro de Deudores Alimentarios”. Revista Legal actualidad Jurídica Tomo 159. Gaceta Jurídica, Año 2007. pág. 19. “Por otra parte, debe resaltarse que la comunicación que debe hacer. Otras instituciones el órgano jurisdiccional que conoce ó conoció el

Destaca la mencionada autora de que” la dación de esta ley obedece al papel tuitivo del Estado frente al drama de las personas que necesita una pensión alimenticia”.

El Ministerio de Justicia afirma que en la actualidad (agosto del 2010) el 60 por ciento de la carga procesal que se lleva en los juzgados de paz letrado corresponde a los problemas de familia¹⁴¹.

La Ley 28970, tiene un efecto coercitivo sobre los demandados en estos procesos de alimentos, y por ello fue recibida con beneplácito por la mayoría de las madres por cuanto el registro permitía un control de las transferencias de bienes muebles o inmuebles que realizan estas personas morosas, evitándose de esta manera, que fomenten su propia insolvencia y sigan eludiendo el pago de los alimentos, y así mismo, se busca que las empresas colaboren en los descuentos por planilla de los demandados, y por otro lado, permite tener una información precisa sobre la cantidad de estos incumplimiento y elaborar las políticas necesarias para disminuir esta problemática social.

proceso de alimentos, tampoco vulnera derecho alguno del deudor alimentario, toda vez que si no cumple con su deuda alimentaria, no puede pretender asumir otras nuevas deudas.

¹⁴¹ Diario El Peruano “Simplificarán Juicios de Alimentos” agosto 23 de 2010, pág. 14 “En la actualidad el 60% de los juzgados, la carga procesal se concentra en temas de familia”.



CAPÍTULO III

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

1. PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

a. Introducción

La idea del hombre y de su dignidad promovida por la Ilustración condicionó la evolución de la regulación y aplicación de las sanciones penales en particular de las penas privativas de libertad. Surge la necesidad ineludible de racionalizar la pena con el objeto de establecer un sistema punitivo acorde con el principio de humanidad y basado en la proporcionalidad entre delito y pena. En la encrucijada de los siglos XVIII y XIX una nueva legislación define al poder de castigar como una función general de la sociedad que se ejerce de la misma manera sobre sus miembros y en la que todos están igualmente representados¹⁴².

La pena privativa de la libertad tiene un origen humanista, en la medida que su aplicación tuvo por objeto suprimir y erradicar las penas corporales. Este sentido humanitario estuvo acompañado del interés del estado por regular, en beneficio del mercado de trabajo, la mano de obra marginal y desocupada. El efecto Resocializador buscado era disciplinar a los campesinos y marginales para que trabajen en las fábricas.

Sin embargo, desde su origen fue muy cuestionada debido a los efectos negativos que tenía su aplicación. Las diferentes técnicas elaboradas para materializar sus supuestos fines positivos no dieron los resultados esperados. Su evolución pone de manifiesto su constante fracaso. Aún en los países altamente desarrollados y con medios para dotarse de los establecimientos y el personal necesario, su aplicación es deficiente y se le utiliza como instrumento de una política criminal simbólica, efectista. En tal sentido, la crisis de la pena privativa de libertad se profundiza a tal punto que, en criterio de algunos autores, ésta pierde legitimidad por ser ineficaz e influir negativamente sobre los detenidos.

Los efectos perniciosos de la ejecución de las penas privativas de libertad constituyen un claro indicador de las carencias sociales y políticas que identifican su realidad. Los esfuerzos realizados para mejorar su regulación no han tenido los

¹⁴² Hurtado Pozo, Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo II. 2007. pág. 261.

efectos esperados. A título de ejemplo, la promulgación del CP de 1863 y la construcción de una Penitenciaría Central en Lima no constituyeron pasos decisivos en la instauración de un sistema racional y eficaz de ejecución de penas, a pesar de que quizás fueron los más serios esfuerzos desplegados por el Estado Peruano para organizar un sistema penitenciario eficiente.

Lo acontecido con los establecimientos penales, en los años venideros se distingue por el desinterés y la improvisación conyuntural, lo cual ha determinado el deterioro e insuficiencia de su infraestructura, la ausencia de tratamiento especializado y las altas cuotas de reincidencia. Otro hecho que gráfica esta situación crítica en nuestro país es el hacinamiento producido por el gran número de “presos sin condena” o de personas condenadas a penas privativas de libertad de larga duración o de cadena perpetua. En la actualidad, pese a la regulación moderna del sistema de penas y a la reglamentación humanista de la ejecución de penas, su cumplimiento tiene lugar en locales insalubres en los que reinan la anarquía, la promiscuidad, la explotación y el hambre. Realidad cruel que contradice la finalidad de reinserción social prevista en el art. 140, Inc. 22. Const. y el art. II del CEP.

Según una encuesta realizada en setiembre de 2008, la tasa nacional de sobrepoblación carcelaria era de 189% y la de hacinamiento de 64%, en consecuencia, los establecimientos penales no pueden albergar más detenidos y son inapropiados para reinsertarlos a la sociedad¹⁴³.

Éste es el resultado de la falta de voluntad política de los diversos gobiernos para implementar y desarrollar las condiciones materiales y personales para la ejecución de las penas privativas de libertad. Las denuncias y las propuestas de reforma no han producido un cambio esencial en su aplicación¹⁴⁴.

La situación que impera en nuestro medio carcelario también se ha presentado en otros países latinoamericanos o europeos¹⁴⁵. Es el caso, por ejemplo de España, cuyo sistema penitenciario ha inspirado al nuestro. En este país, se ha afirmado que la

¹⁴³ Manzano Martel, Liliam. Penas Limitativas de derechos: ejecución y problemática, en Separata Oficina Regional Oriente INPE-Pucallpa, pág. 3ss.

¹⁴⁴ Modesto Villavicencio, Víctor. La reforma penitenciaria en el Perú. Lima. pág. 1ss.

¹⁴⁵ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Sistema penal y derechos humanos en América Latina (Informe Final) 1986. Buenos Aires.

cárcel tradicional, tal como existe y está regulada en la Ley General Penitenciaria, no es el local adecuado para la terapia social y el tratamiento. Por el contrario, “fomenta la delincuencia y desocializa a los detenidos¹⁴⁶.”

No obstante, las deficiencias inherentes a la pena privativa de libertad, agravadas por la manera como es aplicada, ésta sigue siendo el tipo de sanción penal predominante tanto en nuestro país como en el extranjero. Se la acepta como un “mal menor” por ser considerada como insustituible. Sin embargo, se hacen esfuerzos para reemplazarlas. (p. ej., en los países desarrollados, por la pena pecuniaria) o, al menos, circunscribir su aplicación a las formas de criminalidad más grave y violenta. Buscándose, por tanto, un “crecimiento cero de la prisión y convertida en el último recurso punitivo¹⁴⁷.”

Esta tendencia a disminuir sensiblemente la importancia de la pena privativa de libertad se percibe sobre todo en la lucha contra la pequeña y mediana delincuencia.

2. CLASES DE PENAS

En la versión original del código, el legislador innovó de manera importante la regulación de la pena privativa de libertad. Suprimió las categorías de penitenciaría, relegación y prisión, prevista en el CP de 1924. Así, abandonó los tradicionales criterios con que se las caracterizaba; la significación moral negativa que representaban, la duración prevista y la gravedad de las condiciones de ejecución. Paralelamente, incorporó la pena privativa de libertad de cadena perpetua junto a la pena privativa de libertad temporal (art. 29).

La reforma de 1991 constituyó una victoria de los partidarios de la función resocializadora de la pena privativa de libertad, ya que se buscaba, precisamente, evitar la estigmatización, sobre todo, de los condenados a la pena de reclusión. La ejecución de la pena privativa de libertad debía depender sólo de las calidades

¹⁴⁶ Muñoz Conde, Francisco. La prisión como problema: “Resocialización versus Desocialización” En Derecho penal y control social, 1985, pág. 116.

¹⁴⁷ De La Cuesta, Arzamendi, José Luís. “Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el Proyecto de 1992”, en Política Criminal y Reforma Penal, Madrid, 1993. pág. 322ss.

personales del detenido y de las necesidades propias para progresar en su reintegración social¹⁴⁸.

La pena privativa de libertad supone la restricción de la libertad ambulatoria del condenado. Se restringe coactivamente su libertad de movimiento mediante el internamiento de éste en establecimiento penal.

a. Pena privativa de libertad temporal

La pena privativa de libertad temporal tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años. Se ha cuestionado el elevado tiempo de límite máximo fijado en la ley por el promedio de vida existente en nuestro país y las condiciones en que son ejecutadas las penas. En efecto, el carácter temporal de la privación de la libertad desaparece cuando se impone una sanción por tantos años de duración. Esta constatación se conforma al tenerse en cuenta la frecuencia con que el legislador, simbólicamente, recurre a penas severas para reprimir un gran número de delitos. Al llevarse al extremo el criterio retributivo, el sistema deviene irracional e inhumano.

b. Pena privativa de libertad de cadena perpetua

La pena privativa de libertad de cadena perpetua es la pena más grave en nuestro sistema y tiene una duración indeterminada. Fue incorporada en el año 1992 en el Código, siendo concedida como una privación de libertad de por vida.

Teóricamente, esta pena dura a partir de la imposición de la condena tanto tiempo como su destinatario viva. Por tanto, lo principal forma de extinción de su ejecución sería la muerte del condenado (art. 85, inc.1). Siendo esto así, la causal de extinción de la ejecución de la pena prevista en el art. 85 inc. 2 (el cumplimiento de la pena) sería inaplicable. Paulatinamente, y como reacción simbólica ante situaciones que aumentaban la inseguridad ciudadana, ha perdido su carácter excepcional y se ha convertido en un medio de lucha contra la criminalidad común.

¹⁴⁸ Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Barcelona. 1996. pág. 705.

La expansión del ámbito de aplicación de la cadena perpetua también es cuestionable por los efectos negativos respecto a las futuras víctimas.

En ocasión de la revisión de las disposiciones represoras del terrorismo, el Tribunal Constitucional rechazó la indeterminación de la pena por considerarla inconstitucional y, al mismo tiempo. Buscó superar esta dificultad previendo que, periódicamente, debería comprobarse si procedía la excarcelación mediante beneficios penitenciarios¹⁴⁹. De acuerdo con este criterio, se estableció, en el art. 4 del D. Leg. N° 921, del 18 de enero de 2003, un procedimiento para el otorgamiento de dichos beneficios a condición de que el condenado hubiese cumplido 35 años de pena impuesta¹⁵⁰.

Tanto la decisión del Tribunal Constitucional como su implementación legislativa han sido fuertemente criticadas por algunos autores. Al respecto, un sector de la doctrina nacional estima que dicha decisión es ambigua, contradictoria y poco conforme con los principios establecidos por el mismo tribunal. Se sostiene, correctamente, que la pena de cadena perpetua, sólo dejará de ser inconstitucional cuando pierda su carácter de perpetua. Para lo cual se debe establecer como obligación que se otorguen, sin restricciones, los beneficios penitenciarios previstos para las demás penas privativas de libertad; siendo obligación del juez, tanto de revisar la sentencia periódicamente como de excarcelar al detenido. Por consiguiente, no basta prever la simple probabilidad de conceder restrictivamente ciertos beneficios penitenciarios. Sin embargo, la solución, conforme a la Constitución y a una política criminal racional, es la derogatoria de la pena de cadena perpetua.

3. PENAS RESTRICTIVAS DE LIBERTAD:

a. Denominación y carácter jurídico

Toda pena, implica una restricción a la libertad. En el caso de las penas de expatriación y de expulsión se trata, más precisamente, de una restricción a la

¹⁴⁹ Stc del 4 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC.

¹⁵⁰ Art. 59-A del CEP.

libertad de residencia o establecimiento en sentido amplio, prevista en el art. 2, inc. 11, Const. Esta libertad se manifiesta de modo diverso en las posibilidades de ingresar, permanecer, residir, transitar y reingresar en el territorio nacional. Todas estas manifestaciones son igualmente restringidas por la privación de la libertad.

Sin embargo, no afectan el mismo aspecto de la libertad de movimiento. Si bien las penas privativas de libertad limitan ciertamente la libertad de residencia o establecimiento, sus efectos recaen en todas las personas sin distinción de nacionalidad. Este último aspecto de la libertad está sujeto a las restricciones de la ley de extranjería tratándose de los extranjeros (D. Leg. N° 703, del 05 de noviembre de 1991).

De acuerdo a cómo fueron reguladas la expatriación y la expulsión en el Código, es indudable que tiene el carácter jurídico de penas. No sólo por el criterio sistemático de estar previstas en el catálogo de penas (art. 28) y por su denominación, sino también por sus presupuestos. Su finalidad es evitar que el condenado vuelva a cometer un nuevo delito en el territorio nacional. Se trata de penas conjuntas a una pena privativa de libertad, en los casos previstos en la parte especial del Código, y de ejecución diferida hasta el cumplimiento de esta última.

b. Expulsión de extranjeros

Es una pena conjunta a la pena privativa de libertad que se impone a los condenados extranjeros su ejecución es diferida en la medida que se aplica subsecuentemente a la ejecución de una pena privativa de libertad. Consiste, pues, en la expulsión forzosa de condenado y en la prohibición permanente de reingresar al territorio nacional

Constituye por tanto una restricción absoluta a la libertad ambulatoria del condenado dentro del territorio nacional. Es diferente a la expulsión motivada por infracciones a la ley de extranjería, que es una medida administrativa. Tampoco es una medida de seguridad.

Tratándose de una pena de duración perpetua (o indeterminada) su aplicación no tiene como finalidad la defensa o protección desorden jurídico. La aplicación de la

pena privativa de libertad, a la que está asociada de manera complementaria, no tendría tampoco una finalidad de prevención especial; puesto que los objetivos de reeducación, readaptación y reinserción no tendrían sentido si es que deben ser ejecutables mediante la imposición de una pena y en un contexto diferente. Mediante esta pena, el Estado se salvaguarda de la presencia de extranjeros “Indeseables” en su territorio.

Resulta cuestionable que su imposición se aplique, inexorablemente, una vez cumplida la pena privativa de libertad, y que su duración sea de carácter perpetuo. Respecto a la primera cuestión, el código no presenta la misma flexibilidad que con respecto a la imposición y ejecución de otras penas. La pena de expulsión no puede, por ejemplo, ser sustituida por otras penas. Tampoco es concebida como una pena alternativa a otra en los supuestos específicos de la parte especial. No cabe tampoco la reserva del fallo ni la suspensión de su ejecución. Y, finalmente, no es posible la exención de su imposición. El Juez, en este sentido, no tiene la necesaria libertad para individualizar la pena.

Con relación a su duración, la inexistencia de límites máximos va más allá de lo previsto en la legislación foránea. Esto es desproporcionado sobre todo porque puede tratarse de extranjeros que residen en el país durante un período más o menos largo, que tienen vínculos sociales, familiares, o económicos bien establecidos. En este caso, la expulsión constituye una pena marcadamente desocializadora, con potenciales efectos negativos incluso en el país de origen del condenado.

4. PENAS LIMITATIVAS DE DERECHOS:

a. Antecedentes

Las penas limitativas de derechos comprenden las penas de prestación de servicios a la comunidad, de limitación de días libres y de inhabilitación (art. 319. Las dos primeras son nuevas en nuestro sistema penal. El CP de 1924 sólo preveía la inhabilitación (art. 279. La fuente de nuestra legislación es el CP brasileño de

1984¹⁵¹En los Proyectos de 1985 y 1986, la inhabilitación (art. 55) y la prestación de servicios a la comunidad (art. 56) fueron reguladas entre “las penas restrictivas de derechos”. En el Proyecto de 1989, se creó la sección denominada “penas limitativas de derechos” y en las que se estatuto, además de las dos ya mencionadas, la limitación de días libres (art. 35). Esta solución fue mantenida en el Proyecto de 1990 (art.35) y se previó en el actual Código.

b. Denominación y concepto

Todas las penas son limitativas o restrictivas de derechos. Por consiguiente, denominar a algunas de las penas limitativas de derechos resulta tautológico. Mediante la denominación escogida el legislador no alude a la retribución de la libertad de movimiento, sino a la restricción de derechos vinculados con el ejercicio de funciones, atribuciones o capacidades especiales del condenado, así como también a su disposición del tiempo libre. —en razón de ello se ha dicho que las penas limitativas de derechos constituyen una restricción a otros derechos constitucionalmente reconocidos”.

Definir de manera positiva la categoría “penas limitativas de derechos” es muy difícil por la amplitud, vaguedad y disimilitud de los derechos afectados por las tres penas previstas en el art. 31. No basta afirmar, por ejemplo, en razón a que el prototipo de las penas limitativas de derechos es la inhabilitación¹⁵², que son penas que afectan los derechos vinculados al ejercicio profesional o la participación en la vida política del país.

Del mismo modo es insatisfactorio sostener que las penas restrictivas de derechos se distinguen de las penas privativas de libertad porque éstas se ejecutan materialmente sobre la persona del condenado, mientras que aquéllas sólo privan al condenado de ciertos derechos, limitando su capacidad jurídica.

¹⁵¹ El art. 43 del CP brasileño establece que “As penas restritivas de direitos são: I. prestação de serviços á comunidades; II. Interdicação temporaria de directos; III. Limitacao de fim de semana”.

¹⁵² Prado, Op cit., pág. 78. En el mismo sentido Peña Cabrera, sostiene que estas penas se caracterizan porque limitan al delincuente del goce de ciertos derechos civiles y políticos o del ejercicio de un arte profesional”.

Sólo se puede darse una definición negativa, en el sentido que estas penas no afectan directamente los derechos a la vida, a la libertad y al patrimonio. Sin embargo, esta definición no comprende del todo a la pena de limitación de días libres, la que puede ser también considerada como una forma de restricción de la libertad de movimiento.

b. Regulación

Según el texto original del art. 32 “las penas limitativas de derechos previstas en los dos primeros incisos del art. 31 (prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres), se aplican como autónomas cuando están específicamente señaladas para cada delito y también como sustitutivas de la pena privativa de libertad cuando la sanción sustituida a criterio del juez no sea superior a tres años”. De esta manera, el legislador amplía la función de estas penas, en la medida en que, como en el CP brasileño¹⁵³, éstas sean autónomas. Ya que, por un lado, son aplicadas independientemente de que sean previstas en la Parte Especial del Código y, por otro, su característica es la de ser sustitutivas de la pena privativa de libertad.

d. Condiciones político administrativas de aplicación

En la evaluación de la viabilidad de la penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, no se puede caer en la visión simplista de sólo destacar los aspectos económicos. Esta percepción es contraproducente si es que no se consideran debidamente cuestiones tales como el costo real (por tanto, el ahorro real) de tales sanciones, la programación de su ejecución (estructura de un sistema de administración, control y supervisión) y los efectos globales de su aplicación en el sistema penal.

Para reducir la exagerada importancia que el legislador dio al criterio económico, deberían también evaluar la duración de las penas sustituidas, el tipo de establecimiento en el que tiene lugar la detención, el número de procesos a que da lugar la revocación de la sustitución o conversión, los costos marginales de la

¹⁵³ En efecto, el art. 44 del CP brasileño establece que: “As penas restrictivas de direitos seja autónoma se substituem as penas privativas de liberdade...” Este criterio era asumido em el art. 36 del Proyecto de 1989 que prescribía: “Lãs penas limitativas de derechos son autónomas y pueden sustituir a la pena privativa de libertad...”.

detención, los costos de gestión de las penas limitativas, la intensidad de la supervisión en la ejecución de estas penas, los costos de mantenimiento y ampliación de los establecimientos penitenciarios.

La implementación del sistema de ejecución de estas penas implica evaluar, por un lado, los factores internos o propios del sistema penal y, por otro, los factores externos o ambientales que influyen en el funcionamiento del sistema penal.

A diferencia de las penas privativas de libertad, las penas limitativas de derechos requieren una mayor participación de las instituciones sociales y económicas. Un sistema penal abierto necesita, por ende, una proyección permanente hacia el ambiente externo. De la manera cómo interacciones los actores del sistema penal con otras organizaciones del sistema económico y social, depende de éxito y el nivel de aceptación de las nuevas sanciones. En este sentido, el art. VI del CEP prevé “la participación de la sociedad, las instituciones y personas en el tratamiento...en las acciones de asistencia post-penitenciaria”, debe ser interpretado en forma amplia. Esto significa, en principio, involucrar las entidades asistenciales, de educación, los municipios y otras instituciones públicas que pueden no sólo ser beneficiarias de la aplicación de las penas limitativas de derechos, sino que pueden igualmente contribuir al control en la ejecución de las mismas. De este modo, el sistema de ejecución penal tendría una mayor transparencia externa. Un fuerte factor de éxito en la aplicación de estas sanciones es, precisamente, la creación de un “paternariat public-privé”. El cual, sin implicar una renuncia absoluta al rol del estado en la ejecución de penas, permitirá otorgar mayores márgenes de control a la sociedad.

La forma cómo debe concretarse este proceso de “socialización” en la ejecución de las penas limitativas de derechos, tendría que enmarcarse dentro los nuevos criterios de funcionamiento de la administración pública. Tendría que superarse, por tanto, la visión vertical y paternalista implícita en el CEP. Según esta percepción, la Administración Penitenciaria asigna a las instituciones sociales la prestación de servicios en función de las necesidades de las mismas (art. 119) o gestiona la implementación de locales adecuados para la ejecución de la pena de limitación de días libres (art. 123), quedando la supervisión bajo su control absoluto (art. 121).

Se debe promover sinergias en la ejecución de ambas penas, para lograr, por ejemplo, que la “asignación” de servicios sea una prestación que tenga como contraprestación la implementación de los programas de ejecución de la pena de limitación de días libres. Así mismo, debe quebrarse el monopolio del control en la ejecución por parte de la Administración Penitenciaria, a favor de las instituciones sociales, quienes están en posibilidades de evaluar el cumplimiento de estas penas. Lo peor que puede ocurrir, burocratizando aún más el sistema de ejecución penal, es que se genere una nueva fuente de corrupción y se desprestigie socialmente estas nuevas penas cayéndose una vez más en el círculo vicioso del endurecimiento del sistema penal.

La aplicación de estas penas exige igualmente la conjunción de diferentes factores inherentes al sistema penal. La primera condición es el funcionamiento de un sistema de información fluida que permita al juez individualizar debidamente la pena a imponer. Fundamentalmente, porque la elección de una pena limitativa de derechos o la sustitución de una pena privativa de libertad requieren aquél tenga un conocimiento previo de la personalidad del condenado y de las posibilidades de éxito.

La segunda condición concierne a la organización de la aplicación de estas penas. Las críticas a la ubicación de la ejecución de las penas limitativas de derechos en el CEP dejarían de ser pertinentes si dicho código deja de ser comprendido sólo como un instrumento de regulación coercitiva de la vida en detención y se le considera como marco legal garantizador de los derechos de todo condenado.

Esta visión integradora es, además compatible con “los procedimientos para asignar los lugares y supervisar el desarrollo de la prestación de servicios a la comunidad (art. 34); y para establecer “los procedimientos de supervisión y cumplimiento de la pena, tratándose de la pena de limitación de días libres (art. 35). Es, pues, esencial para el desarrollo de estas penas que sea una ley (en sentido formal) la que regule dichas funciones.

La tercera condición concierne a la organización del sistema de gestión, control y vigilancia de estas penas. Ciertamente en las circunstancias actuales, es difícil

aceptar que sea la administración Penitenciaria la encargada de organizar dicho sistema. Las carencias de recursos, autonomía y los servicios problemas de corrupción que ella afronta, conspiran contra el grado de credibilidad que pueda adquirir estas penas.

5. CLASES DE PENAS

a. Pena de prestación de servicios a la comunidad

a.1. Generalidades

Esta pena limitativa de derechos es expresión de una concepción alternativa al tradicional sistema de penas, caracterizada por su índole represiva y su recurso a la pena privativa de la libertad. Sanciones como el trabajo comunitario exigen del condenado y un compromiso activo, en lugar de la simple actitud de soportar las penas coercitivas estatales. En tal sentido, permiten que la comunidad perciba que el condenado haga esfuerzos para reintegrarse a la sociedad; por lo que es de admitir que su previsión y aplicación son apropiadas para lograr la reinserción del condenado. Esto hace posible que sean previstas en muchas legislaciones modernas. Sin embargo, es de admitir que su aplicación efectiva depende de los recursos personales y materiales con que se cuentan.

La pena de prestación de servicios a la comunidad, como destaca la doctrina especializada, es una variante especial y renovada del trabajo correccional en libertad. En el derecho extranjero, se concede a esta modalidad punitiva hasta tres roles funcionales, primero, la de una pena autónoma y de conminación directa, segundo, la pena sustitutiva de penas privativas de libertad¹⁵⁴, y, tercero, la de regla de conducta en los regímenes de probación.

Su origen se encuentra en la super población carcelaria existente en Inglaterra como consecuencia de la segunda Guerra Mundial. Entre construir nuevos centros penitenciarios o reducir el número de detenidos, el legislador inglés, de manera pragmática, optó por la segunda solución. Así, mediante la criminal Justice Act de 1972, estableció la Community Service Order, como alternativa a la pena privativa

¹⁵⁴ Art. 49 del Código Penal Español de 1995.

de libertad. Los argumentos favorables a su creación fueron más económicos que humanitarios.

Históricamente, en nuestra legislación penal no hay antecedentes directos de esta clase de penas. Quizá lo más cerca de una sus características actuales podría ser el trabajo que, en obras del Estado o de instituciones de utilidad social, incluyó el Código Maúrtua como forma de sustituir la prisión convertida por el no pago de una multa /art. 24). En el Proyecto Hurtado, la pena de prestación de servicios a la comunidad figuró solamente como sanción sustitutiva (arts. 38 y 45).

a.1.1. Concepto, antecedentes y denominación

Según la regulación del Código, la pena de prestación de servicios a la comunidad constituye una pena, autónoma o de sustitución, consistente en la realización “obligatoria” por parte del condenado de trabajos gratuitos a favor de instituciones estatales o privadas de utilidad pública.

Esta clase de pena afecta la disposición del tiempo libre del condenado, el cual será ocupado en la realización de trabajos o servicios gratuitos en beneficio de la comunidad. Cabe señalar que, conforme a las normas internacionales, las penas de prestación de servicios comunitarios no contravienen los convenios de la OIT¹⁵⁵, ni tampoco los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. En ese sentido, el art. 8 del DS N°, del 28 de junio de 2000, precisa que: “Se considera prestación de servicios a la comunidad todo trabajo voluntario, gratuito, personal, de utilidad pública y respetuoso de la dignidad de la persona realizado en cumplimiento de una pena legalmente impuesta”.

La pena de prestación de servicios a la comunidad no ha alcanzado, aún, un rol relevante en la praxis judicial, en la medida que se la emplea, sobre todo, para reprimir las faltas. Su aceptación social también es todavía limitada. En ese contexto, pues, otros factores coyunturales como la crisis del mercado laboral, la desconfianza social en el condenado y la alta tasa de empleo informal, limitan, de modo considerable, su desarrollo y utilidad. Al respecto, es interesante el enfoque y las expectativas de la administración Penitenciaria sobre la situación actual de la

¹⁵⁵ Convenio N° 29 de la OIT Sobre el Trabajo Forzoso de 1930, art. 2, inc. 2-b.

prestación de servicios a la comunidad. Se afirma que la problemática en torno a la ejecución de las penas limitativas de derechos consiste en que, a pesar de que éstas tienen varios años de vigencia, no han impactado a la ciudadanía, además, que en algunos casos ciertos magistrados prefieren imponer penas privativas de libertad en lugar de prestación de servicios comunitarios.

Respecto a las entidades que reciben los condenados a esta pena, se señala que discrimina en cuanto a las plazas que proveen, aun cuando existen convenios suscritos con el INPE. Así, pese a que algunos sentenciados son profesionales, médicos, abogados, contadores u otros, las plazas que se suministran normalmente son para actividades menores como la limpieza de servicios públicos y baños, mantenimiento de jardines, faenas que estas personas son reacias de cumplir. Sin embargo, el futuro de la pena de prestación de servicios a la comunidad está asegurado en nuestra legislación. Efectivamente, el Proyecto de la Comisión Revisora Especial le da mayor espacio conminatorio al excluir la pena privativa de libertad para delitos leves y autorizar su aplicación sustitutiva en caso de delitos de mediana gravedad (arts. 29,31 y 53).

Esta posición legislativa, por lo demás, concuerda con las recomendaciones de diferentes organismos internacionales que, como el Consejo de Europa o Reforma Penal Internacional, vienen sosteniendo, desde hace décadas, que deben agotarse los esfuerzos por promover y evaluar “las ventajas del servicio a favor de la comunidad; y además, en particular, las posibilidades dadas al delincuente de expiar su pena realizando servicios a la comunidad; y que la comunidad contribuya aceptando su participación el trabajo voluntario¹⁵⁶.

a.1.2. Diferencias con otras formas de prestación de servicios

Ante todo, esta sanción no debe ser confundida con el trabajo realizado (por el condenado a una pena privativa de libertad) en el marco del tratamiento penitenciario. Se diferencian porque: a) la pena de prestación de servicios a la comunidad se realiza en el medio libre; el trabajo como forma de tratamiento se

¹⁵⁶ Resolución N° 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 09 de marzo de 1976, sobre medidas penales sustitutivas de la pena privativa de libertad, Consejo de Europa, 1992, pág. 208.

ejecuta necesariamente dentro del recinto penitenciario; b) Las tareas cumplidas por el penado son gratuitas; las cumplidas por la persona sujeta a tratamiento son remuneradas; c) la beneficiaria de los servicios prestados por el penado es la comunidad en general, en el caso del trabajo penitenciario, el destinatario de la prestación puede ser cualquier persona o institución (pública o privada); d) la pena de prestación de servicios a la comunidad está sujeta a honorarios y límites de ejecución más restringidos que el trabajo penitenciario debidamente ejecutado hace posible el beneficio de la reducción de la pena privativa de libertad.

También debe distinguirse de la reparación civil a favor de la víctima. Esta reparación es determinada conjuntamente con la pena (art. 9). Puede constituir, igualmente, una regla de conducta impuesta al suspenderse la ejecución de la pena o de reservarse el fallo condenatorio. La ejecución de la pena de prestación de servicios a la comunidad no exime al penado de la obligación de pagar la reparación civil.

El trabajo al servicio de la comunidad no es igual al que realiza un condenado a pena privativa de libertad en uso del beneficio de la semilibertad. Las diferencias son las mismas que las señaladas con relación al trabajo penitenciario, salvo que el trabajo ejecutado en el marco de este beneficio sea efectuado fuera de la prisión.

La pena de prestación de servicios a la comunidad se diferencia claramente de los servicios prestados por obligación cívica. Esta sería el caso, del llamado servicio civil de graduandos. En el primer caso, se trata de cumplir una pena, en tanto que en el segundo caso se trata de asumir una carga administrativa.

Sus características esenciales son las mismas que destaca y describe Valdir Sznick¹⁵⁷, del modo siguiente: “1) Naturaleza: La naturaleza jurídica de la prestación de servicios comunitarios es la misma que posee la pena pecuniaria o patrimonial. 2) Especie: La especie de la prestación de trabajo es de naturaleza pública, o sea trabajo público o de interés social o de interés de la comunidad. 3) Tiempo libre: Es realizado sin perjudicar las actividades laborales o estudiantiles, y es realizado en el horario de trabajo más conveniente con la capacidad del

¹⁵⁷ SZNICK, Valdir. “A pena de trabalho e suas características”, en Justicia N°. 130, pág. 69.

condenado, inclusive en los feriados y fines de semana aunque ello no coincida con el que realicen los restantes condenados. 4) Local: Los locales donde el trabajo puede ser realizado son numerosos: puede ser prestado junto a entidades asistenciales que trabajen con niños, huérfanos o incapaces, instituciones de asistencia hospitalaria”.

a.1.3. Prestación de servicios y limitación de derechos

La inclusión de la pena de prestación de servicios a la comunidad dentro de las llamadas penas limitativas de derechos deja un amplio margen a la interpretación, respecto a los derechos que resultan afectados por su aplicación. La cuestión no tendría mayores consecuencias prácticas, si no fuera por el hecho que su imposición y ejecución debe igualmente respetar los derechos no concernidos por la condena.

Las consecuencias limitativas de su aplicación son de diverso orden. En principio, se limita el derecho a la libertad de trabajo (art. 2, inc. 15, Const.) mediante la imposición de una actividad laboral, en cuya elección, modo de cumplimiento, duración, forma de control, está excluida la voluntad del condenado. Su asentimiento está limitado a la aceptación de la pena y está condicionado por la amenaza de la aplicación de una pena privativa de libertad sustantiva.

El hecho de que esta pena, por su propia índole, deba ser ejecutada sin beneficio pecuniario alguno para el condenado va contra el derecho a ser remunerado (art. 23, pf. 4, Const.), por lo que resulta indispensable su consentimiento.

También se limita el derecho al disfrute del tiempo libre y al descanso (art. 2, inc. 22, Const.), sobre todo si se tiene en cuenta que su ejecución se realiza fuera del horario del trabajo del condenado. De ahí que esta pena tenga normalmente lugar los fines de semana.

La pena tiene otras repercusiones que conciernen otros derechos como los sociales y laborales (seguridad por enfermedad o accidente) o el de rechazar la prestación de servicios excepcionalmente peligrosos. Por esto es indispensable que la legislación

sobre esta materia tenga mayor desarrollo debido a la parquedad con que se regula tanto el Código como el CEP.

a.2. Características

Según el art. 34: “la pena de prestación de servicios a la comunidad obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares y obras públicas”.

Los servicios serán asignados, en lo posible, conforme a las aptitudes del condenado, debiendo cumplirse en jornadas de diez horas semanales, entre los días sábados y domingos, de modo que no se perjudique la jornada normal de su trabajo habitual.

El condenado puede ser autorizado para prestar estos servicios en los días útiles semanales, computándosele la jornada correspondiente.

a.2.1. Contenido de la prestación

El Código no enumera las prestaciones que el condenado pueda cumplir, ni precisa el carácter de los trabajos que pueden serle asignados. Puede tratarse de servicios de mano de obra cualificada o no. Al respecto, se ha señalado que debe tratarse de trabajos que sean efectuados en interés de la comunidad social en general, o de una comunidad en particular y que no entren en competencia con las actividades ejercidas a título oneroso por los profesionales, respecto de los cuales no sería equitativo privarles de su sustento. Estas restricciones son, sin embargo, incompatibles con nuestro contexto social.

El criterio decisivo deben ser las condiciones personales del potencial prestatario de la actividad y no la calidad de la prestación en abstracto. Por lo tanto la determinación del trabajo se hará caso por caso, de acuerdo con las particulares circunstancias materiales y personales.

a.2.2. Instituciones beneficiarias de la prestación

La pena de prestación de servicios a la comunidad tiene una clara proyección social, de modo que debe beneficiar a una colectividad, sea estatal o no (de utilidad pública). En ningún caso debe ser utilizada en beneficio de particulares o de empresas privadas con fines lucrativos. Esta condición fue expresamente considerada en el art. 9 del DS N° 005-2000-JUS, a la fecha derogada. En el Código, se mencionan a título de ejemplo las entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos u otras instituciones similares, así como las obras públicas (art. 34).

El funcionamiento de la pena requiere que se establezca, administrativamente, una lista de instituciones en las que se podría implementar programas de ejecución de esta pena. El servicio de programación y ejecución dispondría así de un instrumento de planificación que le permitiría asignar prestaciones con criterios amplios y objetivos. Se trataría, evidentemente, de un registro flexible y actualizable.

Las Instituciones beneficiarias no son únicamente receptoras de prestaciones, sino también garantes del cumplimiento de las mismas. Siendo imposible que el órgano de tratamiento penitenciario controle permanentemente a todos los condenados por esta pena, las instituciones beneficiarias deben informar del cumplimiento al órgano de Ejecución. En este sentido el DS. N° 005-2000-JUS, estableció que era de competencia de las unidades receptoras¹⁵⁸, encargarse de llevar el registro y control laboral diario del penado, informando a la autoridad penitenciaria en caso de incumplimiento, así como de remitirle la constancia de trabajo, una vez cumplida la sentencia. A este efecto, la institución beneficiaria llevaría una hoja de control laboral en donde se consignan las fechas, horas de entrada y salida, la firma y la huella digital del condenado (arts. 22, 23 y 28).

Faltan aún mecanismos de coordinación más directos y efectivos entre la administración penitenciaria y las instituciones beneficiarias. El DS N° 005-2000-

¹⁵⁸ Según el art. 2 de la Ley N° 27030, Ley de ejecución de las penas de prestaciones de servicios a la comunidad y limitación de días libres, del 19 de diciembre de 1998.

JUS y el DS N° 022-2003-JUS¹⁵⁹, se limitaron a establecer la obligación de coordinar con las instituciones beneficiarias lo concerniente a sus necesidades para efecto de asignación de sentenciados. Dentro de este marco cabría pensar, por ejemplo, en la preparación de contratos de prestaciones que garanticen un mínimo de calidad en los trabajos realizados, y de las condiciones en que debe trabajar el condenado.

a.2.3. Elección de la pena y del contenido de la prestación

El Código, fuera de los pocos casos en que prevé esta sanción como pena autónoma, deja en manos del juez la elección de la pena que debe sustituir a la privativa de libertad. La elección de esta pena como sustitutiva de la pena privativa de libertad está sujeta a un sistema que le privilegie frente a otras penas de sustitución, como la limitación de días libres o la multa. Esto significa que es el Juez quien debe evaluar, de acuerdo a criterios de oportunidad, la conveniencia de imponer esta pena y no otra. Sin embargo, tanto el Código como el CEP no señalan cómo el juzgador puede formar su decisión, asegurando así un mínimo de posibilidades de eficacia del efecto preventivo especial de la pena. El juez dispondrá únicamente de los datos personales del condenado.

En nuestro país, a diferencia de otros países en los cuales el servicio de ejecución y control actúa como un órgano consultivo e informa sobre la conveniencia de la imposición de la pena, la elección de la pena es materia sólo judicial. El juez decide, en muchos casos, intuitivamente.

En el art. 120, pf. 1, del CEP se precisa que “se tienen en cuenta las aptitudes, ocupación u oficio, edad y estado de salud del penado”. Así mismo, la prestación de servicios debe realizarse de preferencia en el lugar del domicilio del penado (art. 120, pf. 2). La aptitud del condenado debe por tanto ser interpretada de manera amplia, no sólo como la capacidad laboral para el cumplimiento del servicio, sino como el conjunto de condiciones personales, que lo hacen apto para el cumplimiento

¹⁵⁹ DS N° 022-2003-JUS, del 07 de noviembre de 2003, por el cual aprobó el reglamento para la ejecución y supervisión de penas de protección de servicios a la comunidad y de limitación de días libres a cargo de Municipalidades y la PNP.

de una prestación específica: experiencia laboral, edad, sexo, nivel de calificación, estado de salud, disponibilidad, etc.

Este requisito, sin embargo, no es de aplicación estricta, ya que no siempre es posible adaptar la asignación de servicios a las condiciones personales del condenado. En este sentido, en el art. 34, pf. 2, se establece que la asignación de los servicios se hará “en lo posible”, conforme a las aptitudes del condenado. Por su parte, en el art. 121 del CEP, se señala que estas condiciones deben “tener en cuenta” y que debe realizarse una evaluación.

El Órgano penitenciario también debe enfrentar algunas dificultades objetivas para ubicar de modo óptimo al condenado en una institución. Por ejemplo, el citado art. 120 del CEP señala como una limitación el domicilio del condenado, en función de factores como gastos de desplazamiento, posibilidad de control, facilidades para el condenado. Además, en la elección de la prestación a cumplir por el condenado debe apreciarse el tipo de infracción cometida para no atribuirse un servicio que pueda dar ocasión a la reiteración. En efecto, a un condenado por delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad o bajo la influencia de drogas no debe asignársele una prestación relacionada con esta actividad.

Del mismo modo, el servidor público que comete un delito de comercialización de desechos sólidos, debe realizar labores cualitativamente diferentes a su función anteriores.

a.2.4. Consentimiento del condenado

El consentimiento del condenado es un requisito indispensable al momento de imponer la pena de prestación de servicios a la comunidad, muy a pesar de que la ley no lo prevea expresamente. Por tal razón, el art. 34 debe ser interpretado de conformidad con la Constitución y los convenidos internacionales, sobre todo porque las disposiciones procesales y administrativas que complementan el art. 34, tampoco establecen reglas precisas sobre dicho requisito.

En el art. 17 del citado DS. N° 005-2000-JUS, por ejemplo, sólo establecía, con limitada claridad, que el consentimiento del condenado debía tomarse en cuenta para

efectos complementarios, a fin que garantice el cumplimiento exitoso de la pena. Por tanto, el órgano de ejecución se limitaba únicamente a hacer cumplir lo ya dispuesto por el juez, sin considerar si éste obtuvo el consentimiento del condenado antes de decidir.

Para completar el vacío detectado, hay que considerar, por ejemplo, la Convención 29 de la OIT de 1930, sobre el trabajo forzado y su abolición. Asimismo, la CADH y el PIDCP. La primera convención define el trabajo forzado u obligatorio como todo trabajo de un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y con respecto al cual éste no se ha mostrado de acuerdo (art. 2, inc. 1). Sin embargo, en esta misma Convención se establece que este término no comprende todo trabajo o servicio exigido a un individuo como consecuencia de una condena pronunciada por una decisión judicial, a condición que este trabajo o servicio sea ejecutado bajo la vigilancia y el control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea puesto a disposición de particulares, compañías o personas morales privadas (arts. 2, inc. 2, lit c).

Por su parte, tanto el PIDCP (art. 8, inc. 3, lit. c) como la CADH (art. 6, inc. 3) señalan que no constituye trabajo forzoso u obligatorio los trabajos o servicios que se exigen normalmente a una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por autoridad judicial competente.

En la legislación extranjera y la doctrina, se ha considerado que el trabajo en favor de la comunidad deja de ser forzado u obligatorio desde el momento en que el condenado expresa su asentimiento. Pero hay más de ficción que de realidad en esta condición. La voluntad del condenado es más un eufemismo e influye poco frente a la amenaza de la pena privativa de libertad sustitutiva.

La compatibilidad de esta pena con los instrumentos internacionales ha sido más o menos justificada con criterios de interpretación progresiva como el que formuló, en 1980, la CoEDH en el caso Guzzard. Interpretando la CEDH señal que ésta es un instrumento vivo que debe leerse “a la luz de las nociones corrientemente en vigor en los Estados democráticos”. La necesidad de buscar alternativas a la pena privativa de libertad, llevó al Comité Europeo a decir que “se puede considerar

anormal que estas Convenciones elaboradas teniendo en cuenta diferentes abusos puedan frenar el desarrollo de medidas no privativas de libertad cuando éstas no implican excepciones específicas que autoricen el trabajo obligatorio ejecutado por personas que cumplen una pena privativa de libertad; parece necesario precisar que las Convenciones no deben oponerse a las medidas no privativas de la libertad como el servicio en favor de la comunidad”. El consentimiento del condenado permite adecuar mejor esta pena al fin preventivo especial que la orienta. Ya que siendo el trabajo una obligación personal, sólo ejecutable por el condenado, sería inconstitucional imponerlo mediante la fuerza física o la coacción. Así, el condenado debe ser consultado sólo respecto de la posibilidad de cumplir una prestación a favor de la comunidad, mas no sobre los detalles concretos de su ejecución (lugar de ejecución, duración de la pena). Estando dicha condición dentro de la competencia exclusiva del juzgador, mal podría el órgano de ejecución negociar su cumplimiento una vez dictada la sentencia. A la inversa, el juez no es el encargado de establecer las condiciones concretas de cumplimiento y, por tanto, no podría discutir con el condenado sobre las mismas.

Una vez que el condenado haya dado su consentimiento a la ejecución de un servicio a favor de la comunidad debe cumplirlo en las condiciones establecidas. En el acta de Compromiso, que firma ante la autoridad penitenciaria, se compromete no sólo a ejecutar los servicios que le han sido asignados, sino también a prestar las normas internas de la institución donde va a ejecutar la prestación, así como las del órgano de ejecución. Difícilmente puede reconocérsele la facultad de revocar su consentimiento con posterioridad. Por lo que el consentimiento del condenado no es una confesión de culpabilidad ni tiende a la enmienda o arrepentimiento moral del condenado, es sólo una manifestación de voluntad de ejecutar la prestación del servicio.

En razón a que resulta difícil imaginar que alguien pueda preferir la prisión que realizar un trabajo a favor de la comunidad, es que Vass ha considerado que esta visión “voluntarista” es un “respetable mito” que en la práctica no tiene significación alguna. Debemos, sin embargo, matizar esta afirmación en

consideración de nuestro sistema de sanciones. Es verdad que el condenado de esta pena, al existir como penas de sustitución la multa o la limitación de días libres.

Así por ejemplo, un condenado solvente puede ser más proclive a pagar una multa que a realizar prestaciones en favor de la comunidad o sufrir limitaciones de días libres. La mayor visibilidad social a la que se expone el condenado en este caso es un criterio decisivo. Empero, este “poder de negociación” del condenado es más limitado si es insolvente. En el mismo Código, se establece que el condenado que devenga insolvente por causas ajenas a su voluntad deberá sustituirse la multa por una pena limitativa de derechos (art. 56, pf. 2).

La misma situación se da en los casos en los que la pena de prestación de servicios es prevista como pena autónoma y alternativa. Salvo el caso del delito de conducción en estado de ebriedad (art. 274), que se le considera como pena acumulativa a la inhabilitación, en el resto de supuestos aparece como alternativa a la pena privativa de libertad o a la multa. En países como Brasil, Portugal o España, la pena de prestación de servicios a la comunidad es considerada únicamente como pena de conversión o sustitutiva y no como pena autónoma, por lo que el problema del asentimiento del condenado es menos importante.

a.2.5. Duración y modo de cumplimiento

El art. 34, pf. 4, establece que esta pena tendrá una duración entre 10 a 156 jornadas semanales de diez horas cada una, y que debe cumplirse normalmente los sábados y domingos. Sólo de manera excepcional se puede autorizar su cumplimiento en los días útiles. Calculada en términos absolutos, la pena de prestación de servicios a la comunidad deberá cumplirse en un plazo máximo de tres años y podrá alcanzar hasta 1560 horas de prestaciones. Esta duración difiere ligeramente de la establecida en los Proyectos de 1985 y 1986. En éstos, la duración era entre 12 y 144 jornadas de ocho horas cada una, salvo en el caso de conversiones. De lege ferenda cabe recordar que en el Proyecto Hurtado, se consideró la remisión de parte de la pena de prestación de servicios a la comunidad impuesta al condenado, atendiendo a lo óptimo de su desempeño (art. 46)

La opción adoptada por el legislador nacional no parece ser la más adecuada a los fines que se persiguen con esta pena. Fijar el máximo de duración en 1560 horas de trabajo gratuito es excesivo y contraproducente. Si la pena de prestación de servicios a la comunidad está destinada a sustituir las penas privativas de libertad de corta duración, su alcance temporal debe mantenerse igualmente dentro de los límites de una pena limitativa de derechos de corta duración. Al igual que en la pena privativa de libertad, la fuerza simbólica o instrumental de la pena de prestación de servicios a la comunidad no es directamente proporcional a su duración sino a su efectividad. A su vez, la efectividad depende de la capacidad de gestión, control y vigilancia en su cumplimiento.

La fijación en 10 horas de cada jornada semanal es demasiado rígida. Hubiera sido mejor fijar como márgenes horarios más flexibles, dentro de los cuales el juez pudiera decidir. Esto permitiría una mejor individualización de la pena. Los días en que debe cumplirse la prestación son, por regla general, los sábados y domingos. Sólo excepcionalmente, como se ha señalado, podrá autorizarse el cumplimiento de esta pena durante los días útiles.

El DS. N° 011-97-JUS, del 29 de octubre de 1997¹⁶⁰, mantuvo tácitamente dicho criterio al señalar que el trabajo puede realizarse “dentro de los 7 días de la semana” (art. 5, inc. 4).

La pena de prestación de servicios a la comunidad también puede aplicarse como sustitutiva de penas privativas de libertad no mayores de cuatro años (arts. 32 y 52), La equivalencia es de siete días de pena privativa de libertad por una jornada semanal de prestación de servicios.

Esta equivalencia fue introducida mediante la Ley N° 27186, del 20 de octubre de 1999, ya que originalmente la conmutación procedía sólo respecto a penas privativas de libertad de hasta tres años. Un día de pena privativa de libertad equivalía a una jornada semanal de prestación de servicios, lo que daba resultados desproporcionados e incompatibles con los fines de estas penas.

¹⁶⁰ EL DS N° 011-97-JUS, del 29 de octubre de 1997 (Manual de procedimientos para la ejecución de las sentencias a penas limitativas de derechos), fue derogado por la Segunda disposición Complementaria de la Ley N° 27030, del 19 de diciembre de 1998.

Mediante esta ley, no sólo se racionalizó el régimen de la sustitución, sino que se dio coherencia a los rangos fijados por el art. 53, para el supuesto de una revocación por incumplimiento injustificado de la pena convertida de prestación de servicios a la comunidad. En efecto, para estos casos, la citada disposición que el retorno a la pena privativa de libertad, originalmente impuesta, se haga descontando a los condenados siete días de privación de libertad por cada jornada de prestación de servicios a la comunidad cumplida antes de decretarse la revocación.

a.2.6. Gratuidad de la prestación

Tratándose de una pena, los servicios realizados por el condenado son gratuitos. Sería inadmisibles que el delincuente obtuviese un beneficio institucionalmente aceptado a través del cumplimiento de una pena. A diferencia del trabajo penitenciario, en el que las labores del condenado son remuneradas, en la prestación de servicios a favor de la comunidad el contenido aflictivo se relaciona no sólo con la privación del tiempo libre, sino con el hecho de tener que ejecutar trabajos sin la obtención de una contraprestación.

La compatibilidad de la pena prestación de servicios a la comunidad con el postulado constitucional que prescribe que “nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución”, El asentimiento del condenado en cumplir la pena supone la aceptación de las condiciones de su ejecución, entre ellas, la de realizar el servicio sin ser remunerado. Por tanto, en la medida en que el condenado sea informado de esta característica de la pena y acepte, “se obliga” a realizar el trabajo sin retribución.

La gratuidad de la prestación no implica que el condenado deba asumir el gasto por desplazamiento al lugar en que debe efectuar el servicio. El condenado sólo aporta gratuitamente su fuerza de trabajo. Lo contrario es contraproducente para la efectividad de la pena. El condenado podría argumentar la falta de medios para desplazarse a efecto de incumplir el servicio.

a.3. Aplicación práctica

La aplicación de esta pena en nuestro país evoluciona favorablemente en el período de 1994 a junio de 1997, las estadísticas muestran un primera fase de aplicación incipiente (1994: 34 penas), luego una fase de aparente consolidación (1995 y 1006: 117 y 177 penas, respectivamente) para finalmente percibirse una disminución de su nivel de aplicación (1997:39 penas). Sin embargo, en la década siguiente las cifras reflejan un notable incremento tanto en el registro de unidades receptoras (2007:998) como en penas aplicadas (2008:2539).

Las instituciones beneficiadas son principalmente los colegios y municipalidades. Los comedores populares, las asociaciones de madres, los centros de salud, la división de menores de la Política nacional, o los hospitales, se han beneficiado en menor proporción. Un primer balance sobre estos datos permite afirmar que se debe ampliar la lista de instituciones y desconcentrar las prestaciones.

Las prestaciones que mayormente se asignan a los condenados son, por ejemplo, las de mantenimiento y de limpieza, jardinería, cocina. En menor medida, se cuentan labores de administración, de seguridad y guardianía, de auxiliar, albañilería, mecánica, etc. Un grupo mínimo está constituido por profesionales, como las de médico, ingeniero, abogado, trabajador social o profesor.

Según la Directiva N° 04-2007-INPE, la organización, asignación y supervisión de la ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad corresponde a la Oficina de Medio Libre y Penas Limitativas de derechos de la Oficina General de tratamiento del INPE.

b. Pena de limitación de días libres:

b.1. Generalidades

En el derecho extranjero ha sido frecuente la regulación de penas privativas de libertad de ejecución fraccionada como el arresto de fin de semana. Esta modalidad punitiva determinaba el internamiento y la permanencia discontinua del condenado en un centro carcelario por períodos breves que tenían lugar los días sábados, domingos o feriados. Según la doctrina, esta sanción podía imponerse como pena

autónoma para delitos leves o culposos y, también, como pena sustitutiva por el incumplimiento del pago de la pena de multa” La primera modalidad fue seguida en el Proyecto de CP español de 1983 (arts. 34 y 36), la segunda, en el CP Portugués de 1982 (art. 44) y en el CP Colombiano de 2000 (art. 40).

A pesar de constituir una privación de libertad, presenta efectos positivos. En especial porque “no obliga al delincuente ni a abandonar su familia ni a dejar su trabajo”. En la experiencia nacional, sólo en el Proyecto Alternativo se consideró la aplicación de una pena de arresto de fin de semana. Sin embargo, ella fue concebida como forma alterna de ejecución de la pena privativa de libertad que sustituía una pena de multa no pagada (art. 39).

b.2. Concepto y denominación

La pena de limitación de días libres restringe el derecho al tiempo libre, y consiste en obligar al condenado a permanecer entre 10 y 16 horas, los días sábados, domingos y feriados, en un establecimiento no carcelario.

Si bien en el código se encuentra prevista como una pena limitativa de derechos (diferente, por tanto, de la pena privativa de libertad y de las restrictivas de libertad) lo cierto es que su aplicación restringe también la libertad ambulatoria de condenado. Por esto, se le considera a veces como una variante de la privación de libertad. De modo que para designar a esta pena, en la doctrina, se utilizan diversas denominaciones. Por ejemplo, “arresto de fin de semana”, “prisao por días libres”, “arresto saltuario” “prisión de fin de semana”. **La formulación “limitación de días libres”,** adoptada ya en el Proyecto de 1989 y mantenida en el Código vigente, es preferible a las demás. Con esta designación se comprende no sólo los fines de semana, sino también los días feriados.

b.3. Naturaleza jurídica

Si se toma al pie de la letra la expresión utilizada para denominarla, se puede pensar que es una pena privativa de libertad de ejecución fraccionada ¹⁶¹. Esta falsa apariencia desaparece cuando se tiene en cuenta que es ejecutada en un centro que no

¹⁶¹ Prado Saldarriaga, Víctor. “Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú: doctrina, jurisprudencia, legislación, Lima, Pág. 90.

debe ser un establecimiento carcelario. Por tanto, no debe ser confundida, por ejemplo, con el arresto de fin semana que regulaba el CP español de 1995¹⁶², pues en su art.37, inc 2, se estableció que el cumplimiento de dicha pena “tendría lugar durante los viernes, sábados o domingos en el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del arrestado¹⁶³”.

b.4. Antecedentes y fuente legal

Prevista por primera vez en el Proyecto de 1989 (art. 39), fue conservada, con ligeras modificaciones de forma, en el Proyecto de 1989, luego fue mantenida tanto en el Proyecto de 1990 (art.39) como en el actual Código (art. 35).

El modelo seguido por el legislador es el previsto en el art. 48 del CP Brasileño, en el que se estatuye que la “limitación de fin de semana consiste en la obligación de permanecer, los sábados y domingos, por cinco horas diarias, en caso del albergado o en otro establecimiento adecuado. Durante la permanencia se podrá suministrar al condenado cursos y conferencias o asignársele tareas educativas”.

Las diferencias con el modelo seguido radican en la duración de la pena por cada fin de semana (duración de diez a dieciséis horas por jornada), en los días en que puede ser aplicada (inclusión de los días feriados) y en el carácter imperativo y no potestativo de las actividades educativas a realizar durante su ejecución.

b.5. Finalidad político-criminal

Se busca limitar los inconvenientes propios a la ejecución discontinua de la pena de limitación de días libres y superar los efectos derivados de la ejecución discontinua de la pena privativa de libertad. Así mismo, no desarraigar de su entorno social y familiar al condenado. De esta manera, el Estado interviene para lograr integrarlo socialmente. Por tanto, esta pena se encuentra conforme con los objetivos de prevención especial positiva reconocidos en la Constitución.

No obstante, el éxito de su aplicación depende de diversos factores, como por ejemplo, la debida elección de sus destinatarios, la adecuada elección y

¹⁶² Identifican esta pena al arresto de fin de semana; Peña Cabrera, 1995, pág. 517.

¹⁶³ Esta descripción de la pena determina que exista unanimidad en la doctrina española en catalogarla como una pena privativa de libertad de corta duración.

administración de los cursos a impartir, la disponibilidad de locales idóneos para su ejecución, la existencia de personal docente debidamente preparado para esta tarea, su razonable duración y; claro está, el debido control que debe ejercer el órgano a cargo de su supervisión.

b.6. Características:

b.6.1. Destinatario

La pena de limitación de días libres está destinada a ser impuesta por la comisión de delitos de poca gravedad. En general, es recomendable aplicarla a delincuentes juveniles (entre dieciocho y veinticinco años). Puede ser impuesta también a delincuentes primarios, incurso en la comisión de determinados infracciones como los delitos de tráfico, contra la familia, contra el orden económico o infracciones cometidas con ocasión de manifestaciones deportivas.

En el caso de los delitos de tráfico, la índole de la infracción se presta para que el condenado reciba orientaciones destinadas a evitar la comisión de futuras infracciones del mismo tipo. Tratándose del delito de omisión de asistencia familiar, su aplicación depende de que el condenado pueda pagar la pensión alimenticia y reciba orientaciones sobre sus responsabilidades familiares. Con relación a jóvenes violentos en los espectáculos deportivos, esta pena puede funcionar como una medida de seguridad.

Según la escala de conversión del art. 52, se puede aplicar esta pena en lugar de una pena privativa de libertad no mayor a cuatro años. El juzgador deberá tener en cuenta, aunque el Código no establezca expresamente este requisito, la personalidad del condenado a efectos de determinar si su aplicación resulta idónea desde la perspectiva de su finalidad político criminal. Es posible, por ejemplo, imponerla aun reincidente que acaba de cumplir una pena privativa de libertad y ha cometido un delito leve.

b.6.2. Contenido de la pena

Su contenido no está determinado por el hecho de la permanencia física del condenado en un establecimiento cerrado, sino por su participación en actividades

educativas. El condenado debe recibir orientaciones tendentes a su rehabilitación. Por esto, se le puede calificar como pena-tratamiento.

Tanto el CEP (art. 129 como en las disposiciones complementarias, se repite lo establecido en el Código (art. 35). El sentenciado debe ser evaluado por los profesionales del equipo de tratamiento a efecto de determinar las orientaciones psicológicas o las tareas educativas que resulten pertinentes. Esta evaluación permitirá adaptar el tratamiento a las necesidades del condenado. La determinación de las tareas educativas debe contemplar programas de atención integral al condenado, por parte de la asistencia social y del psicólogo. Este régimen fue ratificado por el derogado DS N° 005-2000-JUS (art. 16) y Ley N° 27030 (arts. 9, lit. e, 10 y 16¹⁶⁴).

La identificación de los programas educativos, así como la modalidad de enseñanza deben ser objeto de una discusión multidisciplinaria. Siendo los destinatarios personas adultas y que han cometido un delito, el contenido de la pena debe ser especializado. Las decisiones al respecto estarán ciertamente condicionadas por los costos y la duración promedio de la condena.

b.6.3. Horario y duración de la pena

Los horarios deben ser reglamentados de tal manera que faciliten su cumplimiento efectivo. El Código se limita a señalar que las jornadas deben durar en general entre 10 y 16 horas. En el art. 5, inc. 4, del derogado DS N° 011-97-JUS, reestableció que la pena se cumpliría los días sábados, domingos y feriados “a razón de cinco horas diarias”. Si bien la Ley N° 27030 no hace mención expresa a los días del cumplimiento de esta pena, si se ha hecho mención a que será el Jefe de Órgano Técnico quien deberá presentar al sentenciado ante la correspondiente unidad receptora, mediante un oficio en la cual constará el horario que éste habrá de cumplir (art. 9, inc. d.29).

¹⁶⁴ El art. 16 de la citada Ley N° 27030, Ley de ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres, fue introducido por el art. 2 de la Ley N° 27935, del 12 de febrero de 2003.

b.6.4. Lugar y modo de cumplimiento

Las penas de limitación de días libres se deben cumplir en un establecimiento organizado con fines educativos y sin las características de un centro carcelario. Estos establecimientos estarán a cargo de la administración penitenciaria. En particular, bajo la dirección de la Oficina de Medio Libre y Penas Limitativas de Derechos de la Oficina General de Tratamiento del INPE, según se dispone en el art. 31 del Reglamento de Organización y Funciones del INPE (Res. Mis. N° 040-2001-JUS, del 02 de febrero de 2001).

A este órgano corresponde disponer la evaluación del sentenciado para la asignación de tareas educativas, así como el control de la asistencia del mismo. Para tal efecto, los condenados deben registrar su concurrencia en un libro de control y firmar y estampar su firma o huella digital en una planilla individual en la que se consigna la fecha y actividad realizada así como la hora de entrada y salida (según se disponía en el art. 22 del DS. N° 005-2000-JUS).

Las normas complementarias no especifican cómo están constituidos los equipos encargados de orientar a los penados. El CEP sólo establece que los establecimientos de ejecución contarán con los profesionales necesarios para orientar al penado a efectos de su rehabilitación (art. 123, in fine). Por su parte el art. 4 del DS. N° 011-97-JUS y luego la Ley N° 27030, señalaron qué especialistas en asistencia social y psicológica serían los encargados de evaluar al sentenciado y emitir opinión sobre el tratamiento aplicable, así como de brindarle atención integral.

b.7. Ejecución

A pesar del relativo optimismo existente en la doctrina respecto a las posibilidades de aplicación de esta pena, la realidad nos muestra una situación diferente. De acuerdo con los datos estadísticos del INPE, ésta no ha sido aplicada en igual proporción que la prestación de servicios a la comunidad. Las razones que explican esta lamentable constatación son de distinto orden. Sin embargo, entre ellas destacan la falta de establecimiento especializado y la apatía judicial por su aplicación.

Desde el punto de vista técnico-legislativo, la imposición de penas de limitación de días libres está sujeta a algunas dificultades. Entre ellas, la elección y determinación del quantum de la pena. En el caso de pena de prestación de servicios a la comunidad, el juez no cuenta con ningún tipo de ayuda para decidir sobre el particular en la sentencia. Además, la decisión de aplicar una pena de limitación de días libres, como sustitutiva de penas privativas de libertad, implica necesariamente un análisis de riesgo respecto a las probabilidades de reincidencia, que se adiciona las exigencias y valoraciones propias de la individualización de la pena. El juez, en estos casos, debe tener en cuenta los siguientes indicadores de riesgo:

- El número e índole de los delitos anteriormente cometidos;
- El número de sentenciados condenados a penas privativas de libertad;
- La edad en que el condenado cometió la primera infracción y en que sufrió la primera privación de libertad;
- El abuso de drogas y alcohol;
- La necesidad de una terapia contra el alcohol o la droga;
- El record laboral;
- La necesidad de educación.

Estos criterios permiten clasificar en categorías, de acuerdo con el nivel de riesgo, a los condenados e individualizar correctamente la pena de limitación de días libres que se aplique como pena sustitutiva.

c. Pena de inhabilitación

c.1. Generalidades

Se discute mucho sobre la índole jurídica de la inhabilitación. En nuestra legislación, ha sido considerada como una pena¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Peña Cabrera, 1995, pág. 383 es de anotar que en el Proyecto de la Comisión Revisora Especial de 2008/2009, se incluye una nueva medida de seguridad denominada restricción de derecho y

Privar a una persona del ejercicio de uno o varios derechos políticos, civiles o económicos; así como de funciones, profesiones, artes u oficios, tiene un sentido fuertemente punitivo, aunque menos grave que otras penas.

La inhabilitación impone la privación o suspensión del goce de un o más derechos, pero de forma diferente a como se hace con la pena privativa de libertad o la pecuniaria¹⁶⁶. Con la pena de inhabilitación se sancionan, sobre todo, actos que violan deberes especiales o que implican el abuso de posiciones de poder, de capacidades o de habilidades técnicas. Por ejemplo, en el caso de la comisión de delitos por funcionarios o servidores públicos, el art. 36, inc.4, prevé la inhabilitación profesional, por la cual se incapacita para ejercer actividades de comercio, arte o industria.

c.2. Clases de inhabilitación

La utilidad político criminal de la pena de inhabilitación es innegable, pero son discutibles su oportunidad y alcances. En particular, respecto a los sistemas que, como el peruano prevén, según el modelo español, las formas absoluta y perpetua. Las consecuencias graves y amplias de carácter retributivo que tiene sobre los derechos del condenado pueden tener efectos estigmatizadores e infamantes¹⁶⁷

Con el objeto de contrarrestar carácter altamente represivo de esta pena, en el Código se reformó su estructura, previéndose las formas de inhabilitación especial y temporal, y los tipos de inhabilitación impuestas como pena principal o accesoria.

c.3. Incapacidades impuestas al condenado

En el art. 36, se establece el tipo de inhabilitación que puede imponerse al condenado (incapacidades, suspensiones o restricciones):

- Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.

facultades; la misma que consiste en imponer, con fines de control y vigilancia, limitaciones o prohibiciones a imputables relativos que lo requieran según el art. 79.

¹⁶⁶ Zafaroni, Eugenio Raúl. Derecho Penal, PG. Buenos Aires. 2000, pág. 931.

¹⁶⁷ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, 1986 pág. 79ss.

- Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.
- Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia.
- Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria, que den especificarse en la sentencia.
- Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.
- Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego.
- Incapacidad definitiva para obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia condenatoria por delito doloso con pena privativa de libertad superior a cuatro años; medida que debe ser impuesta en forma obligatoria en la sentencia.
- Suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo.
- Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos y otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.

Corresponde al juez seleccionar e imponer en la sentencia condenatoria el tipo de inhabilitación que resulte adecuada a las características del delito cometido y a la condición o modus operando de su autor. Al respecto, es pertinente destacar que en el AP N° 2-2008/CS-116, del 18 de julio de 2008¹⁶⁸, se afirma que en “la relación de derechos afectados, algunos tienen un carácter genérico y otros, en cambio, requieren de una prestación judicial. Los incs. 3,4 y 8 del art. 36, por ejemplo, demandan del juez que, motivadamente, identifique los derechos comprendidos por la inhabilitación. A este efecto es de tener en cuenta, desde una perspectiva preventiva especial, que la pena debe quedar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto

¹⁶⁸ AP N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, fj.8.

se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito. En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena”.

c.4. Tipología: inhabilitación principal y accesoria

En el art. 37 se estipula que la pena de inhabilitación puede ser impuesta como principal o accesoria. Es principal cuando la inhabilitación está prevista en el mismo tipo penal de la parte especial del Código (o en sus leyes penales complementarias o accesorias). Sobre esta problemática, el citado AP N° 2-2008/CJ-116, añadió que, aún cuando a algunos tipos legales (p. ej. Los arts. 177, 181-B y 398), señalen que la inhabilitación conminada es accesoria, en realidad, por su propia ubicación sistemática, debe entenderse que es principal.

El Código estatuye la pena de inhabilitación accesoria en dos casos. Primero, según el art. 39, cuando el delito cometido por el agente, el cual no teniendo previsto una pena de inhabilitación principal, representa por su naturaleza o modo de ejecución la infracción de un deber especial del autor o el manifiesto abuso de una atribución o facultad que aquél posee por razón de su cargo, profesión o industria. En segundo término, conforme al art. 40, estaremos frente a una pena de inhabilitación accesoria cuando el agente haya realizado un delito culposos de tránsito, previéndose la “suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo” (art. 36, inc.7).

c.5. Duración de la inhabilitación

Conforme al art. 38, la duración de la pena de inhabilitación principal es de seis meses como mínimo y de cinco años como máximo. Sólo según el Proyecto de 1986, su duración era hasta 10 años (art. 59). En algunas leyes penales complementarias, se han establecido límites máximos superiores. En cuanto a la duración de la pena de inhabilitación accesoria, se ha planteado un problema interpretativo. El art. 39, in fine, sostiene que ésta se “extiende por igual tiempo que la pena principal”. Un sector de la doctrina ha entendido que la duración de esta

pena depende de la duración de la pena privativa de libertad principal. Sin embargo, otros sector ha rechazado este criterio por la incoherencia que supone el que la pena de inhabilitación accesoria, de menor rango, podría durar más que la pena de inhabilitación principal. Esta cuestión fue resuelta en el Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, precisándose que “en el caso de la pena de inhabilitación accesoria, ésta se extiende por igual tiempo que la pena principal. Luego, el art. 39 debe interpretarse sistemáticamente en función a la duración asignada a la pena de inhabilitación principal en el art. 38. En consecuencia, la inhabilitación accesoria no puede ser superior a cinco años”.

La pena de inhabilitación principal o accesoria se cumplirá simultáneamente a la pena privativa de libertad efectiva impuesta conjuntamente. No cabe, por tanto, la ejecución posterior de las penas de inhabilitación.

c.6. Modo de ejecución de la pena

Un aspecto no abordado por el Código ni por las normas procesales vigentes, es el concerniente al modo de ejecución de las penas de inhabilitación. Ello ha motivado que en su imposición resulten intrascendentes sus efectos de suspensión o restricción de derechos y facultades. Por esto la Corte Suprema, mediante el AP N° 2-2008/CJ-116 señaló que “la ejecución de la pena de inhabilitación, sea que haya sido impuesta como pena principal o accesoria, requiere, como paso previo, que el adquirir firmeza la sentencia condenatoria, el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el art. 332 del C. de PP.

Esto es, que remita el testimonio de condena respectivo para su inscripción en el Registro Judicial y, si correspondiera, al INPE y al establecimiento Penal donde se encuentra el reo. A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al juez penal competente para dar inicio al proceso de ejecución. El juez penal proceda con el siguiente procedimiento: “notificará al penado para que cumpla con la prohibición impuesta, bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de desobediencia a la autoridad (art. 369). Remitirá al –Registro Personal el correspondiente testimonio de condena, conforme a lo dispuesto en los arts. 2030 y 2032 del CC. En caso de privación de función, cargo o comisión de carácter

público o de su incapacitación (art. 36 incs. 1 y 2), remitirá testimonio de condena a la entidad pública donde prestaba servicios el condenado y, en su caso, a la que correspondiera en atención a la función, cargo o comisión afectados. Si la privación o la incapacitación se refieren a cargos o comisiones públicas de elección popular, así como a la suspensión de derechos políticos (art. 36, incs. 1,2 y 3), se deberá remitir testimonio de condena al Jurado Nacional de Elecciones para su debida anotación y difusión.

Si la incapacitación se refiere al ejercicio de profesión, comercio, arte o industria, enviará testimonio de condena al colegio profesional respectivo o a la federación de Colegios profesionales de la profesión concernida cuando se trata de aquellas de necesaria colegiatura; o a la entidad oficial que corresponda si se trata del ejercicio de una actividad sujeta a control público.

Si se dicta la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para portar o hacer uso de armas de fuego se deberá remitir testimonio de condena al organismo respectivo del Ministerio del Interior encargado de su control; y, si se dicta la suspensión cancelación de la autorización para conducir vehículos, el testimonio de condena se remitirá a los organismos competentes del Ministerio pertinente o del Gobierno Regional, así como del Ministerio del Interior encargado del control del tránsito.

Si la incapacidad es del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela se remitirá testimonio de condena a la persona con quien se comparte la primera; o, en su defecto, a la autoridad encargada de designar a quien haya de sustituir al penado, así como- si correspondiere- a la autoridad judicial o administrativa competente en materia de institución tutelar o de acogimiento, incluso al Juzgado que esté conociendo de un proceso de Derecho de Familia del que sea parte el condenado.

El control de la efectividad de las prohibiciones o incapacitaciones impuestas, como queda expuesto, corresponde al juez penal, quien deberá comunicar e instar la vigilancia correspondiente a la autoridad administrativa competente-nacional, regional o municipal- y, en todo caso, a la policía. Al cumplirse el tiempo de duración de la pena de inhabilitación, el penado recupera, de pleno derecho, sin

necesidad de resolución judicial, el goce del ejercicio de los derechos suspendidos o afectados, con exclusión-claro está-de aquellas privaciones definitivas de derechos ya indicadas en el fundamento jurídico pertinente¹⁶⁹.

c.7. Comienzo de la ejecución de la pena e impugnación

Uno de los aspectos no resueltos por el AP N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, pero sí discutido en el AP N° 10-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009¹⁷⁰ ha sido el referente al comienzo de la ejecución de la pena de inhabilitación en el supuesto que la sentencia que la impuso haya sido objeto de impugnación. Así mismo, su relación con la vigencia paralela de dos sistemas procesales en los diferentes distritos judiciales del país.

Esto no es un minúsculo problema en razón de la vigencia paralela del C de PP y el NCPP, cuyas reglas de ejecución de sentencias y de efectos de la impugnación, divergen. Por tanto, el problema se presenta en la ejecución de la pena de inhabilitación en primera instancia, esto es, si ésta debe ser ejecutada inmediatamente a dicha condena independientemente que exista un recurso impugnatorio pendiente de ser resuelto.

El art. 402, incs. 1, NCPP, señala: “La sentencia condenatoria, en su extremo penal, se cumplirá provisionalmente aunque se interponga recurso contra ella, salvo los casos en que la pena sea de multa o limitativa de derechos”. Así mismo, el art. 412, inc. 1 se dispone: “Salvo disposición contraria de la Ley, la resolución impugnatoria mediante recurso de ejecución provisionalmente, dictando las disposiciones pertinentes si el caso lo requiere”. En consecuencia, conforme a esta última norma, se advierte que por disposición expresa de Ley (art. 402, inc. 1) la pena de inhabilitación no puede ser ejecutada provisionalmente si existiese un recurso de apelación de sentencia en vigor. Siendo así, queda claro que en los procesos penales donde se aplica el NCPP rige un sistema de ejecución suspendida, por ello, un recurso de apelación de sentencia que cuestione el extremo de la imposición de una pena de inhabilitación, tiene efecto suspensivo, por lo que será el Tribunal de

¹⁶⁹ AP N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, Fs. Js. 15 y 16.

¹⁷⁰ V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema del 13 de noviembre de 2009.

segunda instancia quien, mediante sentencia de apelación, levante la suspensión y disponga la ejecución de esta pena.

6. PENA DE MULTA

a. Realidad socio-económica

En muchos países desarrollados, la pena de multa constituye, actualmente, junto a la pena privativa de la libertad, uno de los medios más importantes del sistema punitivo. El objetivo buscando con la previsión de la pena de multa es el de evitar la aplicación de penas privativas de libertad de corta duración.

Respecto a su evolución en la sociedades desarrolladas, se ha afirmado que: "la revolución francesa recurrió a la pena privativa de libertad porque, como Montesquieu lo había formulado, la libertad es el bien que permite gozar de todos los demás". Esta función clave es actualmente asumida por el dinero que se consolida como una especie de libertad materializada.

La multa aparece como una sanción de innegable carácter económico que no ha estado exenta de cuestionamientos¹⁷¹. Así Franz Von Liszt, afirmó que esta clase de pena: "no sólo es inútil, sino que provoca perjuicios más graves que los que produciría la impunidad completa del delincuente". Esta inutilidad tendría su razón de ser, según sostiene este sector doctrinario, en que no serviría para reeducar al detenido; perjudicando, además, tanto al desarrollo de la vida familiar y profesional del condenado, como afectándolo económicamente por los costos excesivos de la multa.

b. Dominio de aplicación de la multa

El art. 52 sostiene que: "en los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el Juez podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres". De esta manera, nuestro legislador, dispone

¹⁷¹ Hurtado Pozo, José, El sistema días –multa fue previsto en diversos códigos penales de Latinoamérica. Perú.

un sistema de cascada que le permite al juez convertir la pena de privación de libertad en la pena de multa, cuando llegue a la conclusión que el agente, en primer lugar, no merece una pena superior a dos años de privación de la libertad; en segundo, cuando compruebe que no se han reunido las condiciones para reservar el fallo (art. 62) o suspender la ejecución de la sanción (art. 57); y, finalmente, deberá decidir si es o no conveniente sustituir la pena de privación de libertad por la pena de multa, y no por la de prestación de servicios a la comunidad (art. 34) o la limitación de días libres (art. 35).

c. Reglamento de la multa

c.1 Fijación de la multa según la capacidad económica del delincuente

En el sistema de los días-multa, la sanción pecuniaria es fijada en un número de unidades (días –multa) cuyo monto es determinado según la situación económica de cada condenado. Al respecto, Thyren¹⁷², afirmó que: “mientras las penas pecuniarias sean infligidas sin considerar de manera efectiva la capacidad económica del condenado, la misma pena será para una persona muy grave, para otra en cambio insignificante”.

El procedimiento establecido para la fijación de la multa consiste en dos etapas. En la primera, el juez debe precisar la gravedad tanto del acto ilícito así como de la culpabilidad del autor y evaluarla en un cierto número de unidades penales (días-multa). A este nivel, no tendría en cuenta la capacidad económica del delincuente. La segunda etapa, consiste en establecer, considerándola solvencia del condenado, el monto del día multa.

Así se logra establecer la igualdad ante la ley. Por ejemplo, dos coautores, culpables en el mismo grado de una infracción, serán castigados con la misma pena: se les impondrá el mismo número de días-multa. En seguida, se establecerá “la igualdad en el sacrificio” considerando las diferentes capacidades económicas de los delincuentes, pudiéndose fijar montos proporcionales a su condición económica.

¹⁷² THYREN, Johann, C. Principien einer Strafgesetzsreform, Berlin-lund. 1970 pág. 73.

Este sistema permite individualizar con más precisión la sanción. La segunda operación, efectuada independientemente de la primera, facilitará la búsqueda de una equivalencia entre el sufrimiento que debe siempre producir la pena y la situación personal del delincuente. –Así mismo, se garantiza la estimación real de la solvencia del condenado y obliga a las autoridades judiciales a demostrar en qué medida han tenido en cuenta dicha solvencia al momento de fijar los días multa. De esta manera, se logra dar a la sanción pecuniaria una “base social”, y respetar mejor el principio de la “igualdad de sufrimiento”.

En la doctrina, se considera como ingreso neto al conjunto de recursos pecuniarios cotidianos de un individuo, deducido tanto los impuestos, los grupos sociales y privados, como el monto de los gastos indispensables para el ejercicio de un trabajo, profesión u oficio.

En el Código, se distinguen dos grupos de personas: por un lado, quien vive “exclusivamente de su trabajo” (art. 43) y, por otro, quienes sin trabajar viven de sus rentas, u otros quienes además de las remuneraciones obtenidas por su trabajo que realizan, poseen patrimonio, rentas, etc. En cuanto a este segundo grupo, el importe del día-multa es “equivalente al ingreso promedio diario” (art. 41, inc. 2). No se fija, en este caso, ni el mínimo ni el máximo; en razón tal vez a que se haya pensado que se trata de personas pudientes (en el inciso citado, se dice y demás signos de riqueza”). Por el contrario, respecto al primer grupo, se ha previsto que el monto del día-multa “no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado” (art. 43). Además, en caso de que el pago se efectúe mediante el descuento de la remuneración, éste no “debe incidir sobre los recursos indispensables para el sustento del condenado y su familia” (art. 44, inc.3). Pero, en la gran mayoría de casos, descontar del salario de un trabajador el veinticinco por ciento, ya significa privarlo de los medios indispensables para sobrevivir. Este aspecto debe ser puntualmente evaluado, caso contrario, el sistema de días-multa fracasará¹⁷³.

¹⁷³ Prado Saldarriaga, Víctor, Derecho Penal Jueces y Jurisprudencia, Lima 1999, pág. 213 ss.

c.2 Conversión de la multa en pena privativa de la libertad:

c.1.1 Trabajos legislativos

El Código ha adoptado por un sistema flexible. El punto de partida es que el juez imponga una pena de multa conforme a la culpabilidad de la gente y adecuada a su situación económica. (art. 41). Lo cual supone que el multado sea una persona solvente, capaz de disponer de una parte de su patrimonio sin afectar “los recursos indispensables para su sustento y el de su familia (art. 44, in fine).

Si ese es el caso, el condenado podrá pagar la multa dentro de los diez días de dictada la sentencia (art. 44, ab initio). Según el citado dispositivo, según las circunstancias y a pedido del condenado, el juez podrá autorizar a pagar la multa en cuotas mensuales. De esta manera, se busca una mejor adecuación de la pena a la situación personal del condenado y, en lo posible, asegurar el pago de la multa.

La ejecución de la sanción gana en eficacia resocializadora, en la medida que dicha forma de pago supone la buena voluntad del condenado para cumplir con lo dispuesto en la sentencia. Este acuerdo es indispensable para que el pago se efectúe mediante el descuento de la remuneración del condenado. Así, el art. 44, inc. 2, no establece expresamente estas condiciones, como lo hizo con relación al pago por cuotas, sin embargo se deduce del hecho que el condenado podría pagarla de una sola vez.

Cuando la multa no se paga dentro de los diez días o se frustra su cancelación, el juez ejecutará la multa en los bienes del condenado solvente o la convertirá en pena privativa de libertad. Antes de practicar esta conversión, el condenado será requerido judicialmente. La equivalencia es de un día de pena privativa de libertad por cada día-multa no pagado.

Según esta medida de conversión, cuando el condenado deviene insolvente por causas ajenas a su voluntad, la multa deberá convertirse en una pena de limitación de días libres (la ley dice equivocadamente “limitativa de derechos”) o de prestación de servicios a la comunidad. Debido a la ausencia de mala voluntad, se establece una equivalencia favorable al condenado “de una jornada por cada siete días-multa”.

Esta regulación contrasta con la ausencia de disposición referente a los condenados insolventes al momento de dictar la sentencia. Insolventes porque sólo gana lo suficiente para sobrevivir o porque carecen de toda fuente de recursos (p. ej. Desocupados). Parecería que se ha partido de la idea que toda persona, puesto que vive en sociedad, cuenta necesariamente con alguna fuente de ingresos. De allí que tampoco se haya establecido criterio alguno para determinar, en los casos indicados, el monto del día multa.

c.1.2 Ventajas del sistema

A pesar de la constatación de los efectos nefastos de las penas privativas de libertad de corta duración, la conversión de la pena de multa no pagada en detención ha subsistido en todas las legislaciones. Se pretende en efecto disuasivo para el deudor reacio a pagar la multa, y se espera que la conversión se colme el vacío existente por la inejecución de la sanción pecuniaria, evitando que una infracción permanezca impune. Hoy en día, casi no existen partidarios de la eliminación total de la conversión.

c.1.3 Inconvenientes

La pena privativa de libertad que sustituye la pena de multa constituye una verdadera sanción penal. No se trata, en este caso de la prisión por deuda según el modelo francés “contrainte par corps”¹⁷⁴. Sin embargo, se sostiene que la conversión tiene como efecto el reintroducir la criticada ejecución de penas privativas de corta duración.

d. Problemas específicos de la aplicación del sistema de días-multa a determinación categorías de la población

La aplicación de una sanción pecuniaria moderna (de acuerdo con el modelo escandinavo) a grupos de personas sin ingresos o con ingresos bajos constituye un

¹⁷⁴ El art. 131-25, del CP francés señala: “Le défaut total ou partiel de paiement de ce montant entraine l’incarcération du condamné pour une durée correspondant à la moitié du nombre de tours-amendes impayées; il est procédé comme en matière de contrainte par corps. La détention ainsi subie est soumise au régime des peines d’emprisonnement”.

problema específico. No se trata de grupos marginales sino antes bien de personas integradas en la vida social: amas de casa, estudiantes, pequeños artesanos, desocupados, entre otros. Aquí dos aspectos deben ser distinguidos.

El primero, es relativo a la fijación del monto de los días –multa conforme a la capacidad económica del procesado. Constituye, por ejemplo, una violación de este principio, el tomar en consideración la capacidad económica del cónyuge que no ha cometido el hecho o el nivel de vida de la familia. La mayor parte de estos casos están vinculados a la comisión de infracciones a la ley de tránsito y de infracciones benignas contra el patrimonio. Para resolver este problema. Se ha planteado en qué medida sería necesario tener en cuenta las fuentes potenciales de ingreso del procesado. Así, el CP alemán prevé que el juez debe, al momento de fijar el monto día día-multa, considerar el ingreso neto medio diario del cual dispone el autor 22º del que podría disponer”.

7. PENA DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL

Mediante el art. 4 de la Ley N° 29499, del 19 de enero de 2010, fue incorporado el art. 29-A, previéndose la pena de vigilancia electrónica personal. Ésta presenta las características de una pena alternativa a la privación de libertad de mediana duración, siendo aplicable mediante el régimen de la conversión.

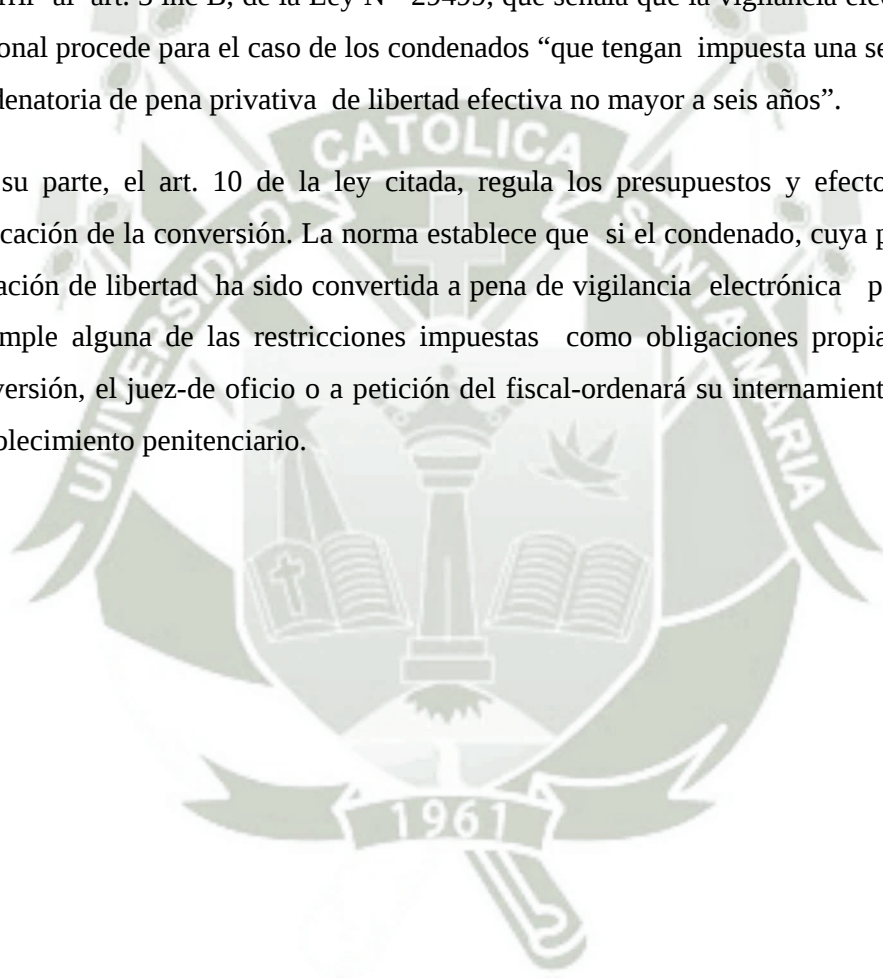
Según el art. 29-A, entre los requisitos especiales para que sea aplicable esta pena, destacan que el condenado no haya sido sujeto de previa sentencia condenatoria por delito doloso; que acredite con un informe técnico aspectos de su vida familiar, laboral y social que resulten compatibles con su condición de pena no privativa de libertad; y, que se fije su domicilio-u otro lugar a fin-como el lugar de ejecución de este tipo de pena. Asimismo, se prevé que esta pena es principalmente aplicable, entre otros, a personas mayores de 65 años, o a quienes padezcan de enfermedades graves, a mujeres gestantes, y discapacitados.

La norma establece, a su vez, que el juez deberá fijarle al condenado las reglas de conducta correspondientes que permitan asegurar el control eficaz del cumplimiento de la sanción.

Por su parte, el art. 5 de la Ley N° 29499, modificó el art. 52, correspondiente a las reglas de conversión de la pena privativa de libertad. Conforme a la nueva redacción de esta norma, el juez, de oficio o a petición de parte puede convertir, a razón de un día de pena privativa de libertad, un día de pena de vigilancia electrónica personal.

Sin embargo, ni el art. 52 ni el art. 29-A permiten determinar cuál es el límite de privación de libertad que puede dar lugar a la conversión. Para ello es necesario recurrir al art. 3 inc B, de la Ley N° 29499, que señala que la vigilancia electrónica personal procede para el caso de los condenados “que tengan impuesta una sentencia condenatoria de pena privativa de libertad efectiva no mayor a seis años”.

Por su parte, el art. 10 de la ley citada, regula los presupuestos y efectos de la revocación de la conversión. La norma establece que si el condenado, cuya pena de privación de libertad ha sido convertida a pena de vigilancia electrónica personal, incumple alguna de las restricciones impuestas como obligaciones propias de la conversión, el juez-de oficio o a petición del fiscal-ordenará su internamiento en un establecimiento penitenciario.





CAPÍTULO IV

DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

1.- PRINCIPIOS RECTORES:

a. Principio de la función preventiva

Este principio también denominado teleológico sostiene que toda sanción penal, en tanto es expresión del poder estatal, persigue una finalidad preventiva y una utilidad social. Por tanto a través de ella se comunica la necesidad de preservar bienes jurídicos y de consolidar la plena vigencia del orden jurídico. Por consiguiente, su configuración normativa y su aplicación concreta deben legitimarse en su coherencia con el marco político que define la Constitución en su artículo 1°. En esencia, el Principio de la Función Preventiva, exige que la pena, en su rol funcional de mecanismo de mantenimiento de la confianza social y de la defensa de bienes jurídicos, no pueda ni debe ser usada por el Estado de modo prepotente o arbitrario, como un medio perturbador de la seguridad ciudadana. Ni mucho menos ella ha de convertirse en instrumento útil para la implantación o el mantenimiento de políticas autoritarias o totalitarias que desconozcan, tras discutibles razones de Estado o Programas de Seguridad Ciudadana, la dignidad humana y el derecho de las personas a la pluralidad o la discrepancia. La sanción punitiva, por consiguiente, no ha de usarse para atemorizar a la población, ni tampoco para la realización de fines meramente retribucionistas mediante la experimentación de inocuas y simbólicas medidas de sobrecriminalización abiertas o encubiertas. Este principio se encuentra formalizado en los artículos I y IX del Título Preliminar del Código Penal. Su base de legitimación constitucional es el artículo 1 de la Constitución.

b. Principio de legalidad

Los artículos II, III y VI del Título Preliminar del Código Penal definen los presupuestos y efectos del Principio de Legalidad.

Por su parte la Constitución lo regula en los literales a), b) y d) del inciso 24 del artículo 2°, en el inciso 9° del artículo 139°, y en el párrafo segundo del artículo 103°.

En su enunciado formal este principio precisa que sólo la ley puede señalar cuáles son las penas que se pueden imponer al autor o participe de un delito. Asimismo,

determina que¹⁷⁵. Las penas sólo podrán ejecutarse del modo establecido por la ley. Dichas exigencias alcanzan a otras consecuencias jurídicas del delito como las medidas de seguridad y a las consecuencias accesorias¹⁷⁶.

c. Principio de culpabilidad

El artículo VII del Título Preliminar del Código Penal trata del Principio de Culpabilidad y de sus efectos sobre la Pena y se resume en la clásica frase no hay pena sin culpabilidad. De ella derivan tres consecuencias de relevante sentido garantista y que son las siguientes:

- No hay responsabilidad objetiva ni pena por el mero resultado.
- La responsabilidad y la pena son por el acto y no por el autor.
- La culpabilidad es la medida y límite de la pena.

El Código Penal de 1991 ratifica su compromiso con el principio de Culpabilidad al tratar de las llamadas lesiones con resultado fortuito en el artículo 123 (“Cuando el agente produzca un resultado grave que no quiso causar, ni pudo prever, la pena será disminuida prudencialmente hasta la que corresponde a la lesión que quiso inferir”). Sin embargo, también se observan disposiciones en las cuales aparece implícito el versari in re ilícita, como en el caso de párrafo in fine del artículo 152 que sobre criminaliza el delito de secuestro en función de un resultado más grave que puede sobrevenir con independencia de la intervención dolosa o culposa de la gente (“La pena será de cadena perpetua cuando:...Si se causa lesiones graves o muerte al agraviado durante el secuestro o como consecuencia de dicho acto”). Una disposición similar se ha incluido en el párrafo in fine del artículo 189 sobre el delito de robo con agravante (“La pena será de cadena perpetúa...si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves o su integridad física o mental”).

Sobre el Principio de Culpabilidad BUSTOS RAMIREZ, propuso una interpretación político-criminal que demandaba hacer una lectura democrática de la exigibilidad o

¹⁷⁵ Bustos Ramírez, Juan, *Perspectivas y Desafíos de la Política Criminal en Latinoamérica*, pág. 164.

¹⁷⁶ Polaino Navarrete, Miguel, *Introducción al Derecho Penal*, Grijley. Lima, 2008, pág. 168 y ss.

motivación como la base de determinación de toda responsabilidad personal. Según él: "... la perspectiva político-criminal del principio de responsabilidad o culpabilidad, se convierte en un desafío en la medida en que sea necesario establecer las garantías indispensables para que el sistema y sus operadores den cuenta, por una parte, de qué han hecho para otorgar a una persona las condiciones suficientes que le posibiliten la respuesta que se le está exigiendo y, por otra parte, si las circunstancias en que esa persona se encontraba, a pesar de aquellas condiciones suficientes otorgadas, permitían exigir dicha respuesta. Es por eso por lo que siempre responsabilidad es igual a exigibilidad, esto es, se trata de determinar y, por tanto, de garantizar qué es lo que el sistema y sus operadores pueden exigir de una persona. Y no es ello una cuestión de fundamentación absoluta o puramente dogmática, sino de resolver desde las bases mismas de los objetivos de un sistema democrático¹⁷⁷.

De esa perspectiva resulta relevante la inclusión en el inciso 1 del artículo 454° del Código Penal, de un criterio de fundamentación y determinación de la pena que resulta compatible con la denominada co-culpabilidad social. A respecto ha sostenido HURTADO POZO: "La co-culpabilidad o culpabilidad parcial, a la cual se refiere la exposición de motivos, se comprende mejor si se tiene en cuenta la explicación siguientes, dada en el mismo párrafo citado: la sociedad acepta así una responsabilidad parcial en la conducta delictiva: es decir, responsabilidad de que el autor haya cometido una acción típica, antijurídica y culpable, De este modo, por un lado, la reacción penal sigue explicándose y justificándose con relación a la autodeterminación de la gente en calidad de persona y, por otro, en que la imposición de una pena determinada y la manera de ejecutarla están condicionadas por el contexto social¹⁷⁸.

d. Principio de humanidad

Junto con el Principio de Legalidad el Principio de Humanidad fue un importante aporte del iluminismo. Él "garantiza que las sanciones penales no sobrepasen los

¹⁷⁷ Bustos Ramírez, Juan, Perspectivas y Desafíos de la Política Criminal en Latinoamérica, pág. 164.

¹⁷⁸ Hurtado Pozo, José, Derecho Penal. Parte General I, pág. 600.

niveles de incidencia sobre los ciudadanos que son admisibles en el marco de las condiciones de aceptación del contrato social”.

El Dr. José Luís Castillo Alva refiere que el Estado no puede diseñar, aplicar ni ejecutar sanciones penales que afecten la dignidad de la persona, ni que dañen la constitución psicofísica de los condenados. Por tanto, mucho menos se pueden incluir penas que destruyan la vida de las personas. En ese sentido afirma CASTILLO ALVA: “el principal cometido del principio de humanidad es reducir la violencia estatal, conduciendo la configuración y aplicación de las penas, según criterios razonables. No sólo se busca, con ello, reducir el quantum o marco penal de las sanciones, sino además, determinar la clase de pena a crear e imponer, adecuándola a la humanidad del hombre. En base al principio de humanidad es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias, como las que comprometen la vida del sujeto”. Asimismo, este principio demanda que los centros de reclusión y detención así como el procesamiento penal no constituyen riesgos de deterioro o de lesión para el interno o detenido.

Materialmente el Principio de Humanidad es, pues un límite a las penas crueles o a las penas de muerte y de prisión indeterminada o perpetua. Él además, impone al Estado la obligación de esforzarse por dotar a su infraestructura carcelaria de los medios y recursos mínimos que impidan que el interno sufra vejámenes o que se desocializarse paulatinamente.

El Principio de Humanidad se encuentra reconocido formalmente en los literales g y h del inciso 24 del Artículo 2º, incisos 21 y 22 del artículo 139 de la Constitución de 1993. Él se refleja también en el Título Preliminar del código de Ejecución Penal.

e. Principio de proporcionalidad

También se le conoce como principio de prohibición de exceso o de la pena justa. Esta política penal de origen retribucionista, y muy ligada la noción clásica de culpabilidad, demanda que la pena debe guardar relación con el grado de responsabilidad del agente, con la magnitud del daño ocasionado y con la trascendencia del bien jurídico lesionado. Por consiguiente, la definición y aplicación

de sanciones penales debe guardar una equivalencia razonable, en sus dimensiones cualitativas o cuantitativas, con el tipo de delito cometido, con las circunstancias de su realización y con la intensidad del reproche que cabe formular a su autor.

Sobre sus efectos ha señalado CASTILLO ALVA, José: “Para el Derecho penal la proporcionalidad supone la correspondencia valorativa entre el delito y la sanción respectiva (pena o medida de seguridad) o entre el injusto y la sanción que se le asocia. En sentido negativo el principio de proporcionalidad supone el rechazo del establecimiento de conminaciones y la imposición de penas que carezcan de toda relación valorativa con el hecho delictivo, ya sea cuando, el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando no siéndolo, la afectación de derechos es groseramente desproporcionada respecto a la lesividad del conflicto”.

El Principio de Proporcionalidad se desprende, como contenido esencial, que toda imposición desmedida o necesaria de sanciones, sean penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias, representará siempre una retribución o privación abusiva y arbitraria de derechos. Además de él también se deriva como regla para el legislador la necesidad de establecer límites claros y tolerables para cada pena. Esto es, en la praxis legislativa o judicial debe afianzarse la materialidad de una pena justa.

Nuestro sistema punitivo ha demostrado en su evolución histórica una vocación sobrecriminalizadora y preventivo general negativa. La pena, en ese contexto, pues, ha sido y sigue siendo un medio simbólico de apaciguamiento y de terreno social. En este contexto cierto sector de la judicatura ha recurrido con frecuencia al principio de proporcionalidad para imponer sanciones por debajo del mínimo legal sin expresar ninguna razón atenuante específica o privilegiada. Y sin argumentar de modo sistemático el exceso penal aludido. Esta praxis deviene en ilegal y arbitraria cuando no desarrolla una motivación suficiente. Al respecto es de advertir que la mera invocación de proporcionalidad no configura, por sí misma, una pena justa ni legal.

El Principio de Proporcionalidad no está regulado de modo expreso en nuestra legislación. Sin embargo, su aceptación como política reguladora del control penal

surge del artículo 3º de la Constitución, del artículo VIII del Título preliminar, pero, sobre todo, de una equilibrada y razonada aplicación judicial de los criterios de determinación de la pena que regulan, entre otras disposiciones, los artículos 45 y 46 del Código Penal. Como destaca POLAINO NAVARRETE la coherencia de este principio deriva de que “es un límite normativo, tanto para el legislador- en el momento de configurar la norma penal- como para el juez- en el momento de aplicar la norma.

2. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA:

a. Concepto y características

El delito es un injusto culpable graduable, la determinación de la pena no es más que la graduación del injusto culpable¹⁷⁹. En efecto, la determinación judicial de la pena parte de un hecho histórico verificable judicialmente y al cual cabe adscribirle consecuencias jurídicas de naturaleza punitiva en función a su magnitud y significado social o político criminal. Para ello, el órgano jurisdiccional es una sentencia penal emite hasta tres juicios importantes. En un primer momento sobre la tipicidad o relevancia penal de la conducta atribuida al procesado (juicio de subsunción). Luego a la luz de la evidencia existente decide la inocencia o culpabilidad de éste en base a los hechos probados (declaración de certeza). Y, finalmente, si declaró la responsabilidad penal del imputado deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicarle como autor o partícipe de la infracción penal cometida (individualización de la sanción).

La determinación judicial de la pena tiene, relación con esta última decisión judicial. Su función, por tanto es identificar y medir las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe culpable de un delito. Se trata, por tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales.

Por consiguiente, en términos concretos la expresión determinación judicial de la pena, se alude a toda la actividad que desarrolla el operador jurisdiccional para

¹⁷⁹ Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 23, 2008, pág. 199.

identificar de modo cualitativo la sanción a imponerse en el caso sub judice. Esto es, a través de ella se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulten aplicables al caso. Al respecto desde un enfoque más general JESCHECK precisa que la “determinación judicial de la pena es la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho punible llevada a cabo por el juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución, eligiendo una de las diversas posibilidades previstas legalmente. La determinación judicial de la pena no comprende como su nombre parece indicar, solamente la fijación de la pena aplicable, sino también su suspensión condicional con imposición de obligaciones e instrucciones, la amonestación con reserva de pena, la dispensa de pena, la declaración de impunidad, la imposición de medidas de seguridad, la imposición del comiso y de la confiscación, así como la de las consecuencias accesorias¹⁸⁰.

La determinación judicial de la pena comprende todo el procedimiento que permite evaluar, decidir y justificar el tipo, extensión y, en determinadas circunstancias, la modalidad de ejecución de la pena que resulta aplicable. Sin embargo, tal como sostiene el Dr. Percy García Caveró, “este proceso no está desprovisto de ciertas líneas de orientación legalmente previstas, de manera que no puede considerarse una cuestión propia de la discrecionalidad judicial. La individualización de la pena está sometida al principio constitucional de la proporcionalidad, el cual se encuentra concretado en un conjunto de criterios específicos establecido en el Código Penal que el Juez Penal debe observar de manera especial”.

No obstante, estas carencias y defectos de nuestro sistema normativo complica, pero no anulan, a nuestro entender, las posibilidades dogmáticas para la configuración de un procedimiento uniforme de determinación judicial de la pena. El cual es necesario sobre todo por las características de conminación penal de tipo ecléctico que ha asumido históricamente nuestra legislación y donde, para cada delito el Juez tiene un marco legal que se ha construido con un mínimo y un máximo de pena, dentro de cuyos límites éste deberá decidir la calidad y extensión concreta de la sanción aplicable. El Código Penal Vigente para esto último sólo aporta algunos principios

¹⁸⁰ García Caveró, Percy Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Grijley, Lima 2008, pág. 689.

cabe señalar algunos artículos del Título preliminar, como aquellos que asignan una función preventiva a la sanción punitiva en los artículos I y IX. Asimismo, los que imponen la obligación jurisdiccional de adecuar las decisiones de penalidad a las exigencias de los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad en los numerales II, IV, V, VII y VIII.

Los criterios de fundamentación y determinación de la pena en el artículo 45° y que demanda apreciar “las carencias sociales que hubiere sufrido el agente; su cultura y sus costumbres; los intereses de la víctima, de su familiar de las personas que de ella dependen. Y también las que describen circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en los artículo 46°, 46ª, 46B° y 46° C y que sirven para dimensionar y medir la mayor o menor gravedad del injusto realizado, así como el mayor o menor grado de culpabilidad que posee el autor o partícipe del hecho punible.

Toda decisión judicial requiere contar con un soporte lógico y suficiente que satisfaga las exigencias racionales del deber de fundamentación de las resoluciones judiciales, que consagra y garantiza el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución de 1993.

La legislación nacional concede al Juez un amplio arbitrio para cumplir su tarea funcional de individualizar en el caso concreto la pena aplicable, colocándolo bajo el único control de la justificación interna y externa de los resultados. Por tanto, más que por obra de Ley, mucho depende de la aleatoria capacidad técnica y ética del operador judicial el obtener como resultado una pena justa, finalidad única y trascendente de la determinación judicial de la pena.

3. LAS ETAPAS DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

El Dr. Eduardo DEMETRIO CRESPO, advierte que resulta necesario y pertinente distinguir, conceptualmente, entre determinación legal de la pena, lo que la doctrina alemana designa como *Strafbermessung* y la determinación o individualización judicial de la pena a la cual los autores germanos denominan

Strafzumessung. “En el primer estadio el legislador determina en abstracto las penas correspondientes a los delitos, fijando unas penas máximas y otras mínimas para cada delito conforme a la gravedad del mismo. De este modo se pone a disposición después un espacio de juego (Spielraum), o marco penal (Strafrahmen). A este estadio pertenece también la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En la individualización judicial de la pena por el Juez, este asume la tarea de la elección de la pena adecuada al caso concreto, dentro del marco ofrecido por el Legislador¹⁸¹”.

Operativamente la determinación judicial de la pena debe estructurarse y desarrollarse como un procedimiento con etapas o fases que debe transitar el Juez. Tradicionalmente, la doctrina y la legislación han identificado como integrantes de este procedimiento práctico dos etapas secuenciales. La identificación de la pena básica y la individualización de la pena concreta.

a. La identificación de la pena básica

El primer paso en el proceso de determinación judicial de la pena es precisar los límites de la pena o penas aplicables. Se trata de la etapa denominada identificación de la pena básica. A través de ella el juez establece un espacio punitivo que tiene un mínimo límite inicial y un máximo o límite final.

b. La individualización de la pena concreta

En la segunda etapa del proceso de determinación judicial de la pena, le corresponde al juez la individualización de la pena concreta dentro del espacio y límite prefijados por la pena básica en la etapa precedente. Se trata, de un quehacer exploratorio y valorativo que se realiza en función a la presencia de circunstancias legalmente relevantes y que están presentes en el caso. La pena concreta será la que realice el jus puniendo del Estado en una sentencia condenatoria y que deberá cumplir el autor participe culpable del delito.

¹⁸¹ Demetrio Crespo, Eduardo, Prevención General e Individualización de la Pena. Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, Pág. 41 y 42.

4. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Las circunstancias son factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito. Es decir, posibilitan valorar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita (antijuricidad del hecho); o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta (culpabilidad del agente). Mediante las circunstancias se puede apreciar; pues, si un delito es más o menos grave y a partir de ello ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que debe imponerse a su autor o partícipe. Por tanto, la función principal de las circunstancias no es otra que coadyuvar a la graduación o determinación del quantum o extensión de la pena concreta aplicable al hecho punible cometido.

Las circunstancias pueden ser objeto de varias clasificaciones. Sin embargo, atendiendo a las características de nuestra legislación penal, consideramos pertinente utilizar tres criterios de clasificación que toman en cuenta la naturaleza, efectividad y relación con la pena conminada de las circunstancias.

a. Circunstancias genéricas, específicas y elementos típicos accidentales

Por su naturaleza las circunstancias pueden ser comunes o genéricas, especiales o específicas y elementos típicos accidentales.

Son comunes o genéricas las circunstancias que se regulan en la Parte General del Código Penal y que pueden operar en la determinación de la pena concreta de cualquier tipo de delito. En la legislación nacional tales circunstancias se encuentran reunidas, principalmente, en el artículo 46^a.

En cambio, las circunstancias especiales o específicas se regulan en la Parte Especial y en conexión funcional sólo con determinados delitos.

Los elementos típicos accidentales son aquellas circunstancias que añadidas a un tipo legal básico se integran con él y determinan la configuración de un tipo derivado privilegiado o cualificado.

b. Circunstancias agravantes, atenuantes y mixtas

En razón de su efectividad las circunstancias pueden ser atenuantes, agravantes o mixtas. Atenuantes aquellas que por señalar un menor desvalor de la conducta ilícita realizada; o un menor reproche de culpabilidad sobre el agente de la misma, producen como efecto la consideración de una menor punibilidad o aplicación de una pena menor.

Las circunstancias agravantes, en cambio, al indicar un mayor desvalor del comportamiento antijurídico ejecutado: o un mayor reproche de culpabilidad sobre el autor, generan como efecto la conminación o imposición de una pena más grave.

Y son circunstancias mixtas las que operativamente pueden producir, según la decisión político criminal del legislador, un efecto agravante o atenuante. Ello ocurre, por ejemplo, con la circunstancia del parentesco.

c. Circunstancias cualificadas y privilegiadas

Una tercera clasificación toma como criterio morfológico la relación de la circunstancia con la pena conminada. Aquí se ubican las circunstancias cualificadas o privilegiadas. La característica común de este tipo de circunstancias es que su presencia genera la configuración de un nuevo marco de conminación penal. Es decir, con ellas remodifican los límites legales, mínimos o máximos, de la pena conminada para el delito.

Efectivamente, si se trata de circunstancias cualificadas se produce una modificación ascendente de la conminación penal que se proyecta por encima del máximo legal original, el cual ahora se convierte en mínimo. Ejemplo de ello es las circunstancias cualificada de la reincidencia regulada en el artículo 46° B del Código Penal. Según dicha disposición, tales circunstancias motiva un nuevo extremo máximo de la pena y que será para dicho tipo una agravante “...un tercio por encima del máximo legal

fijado para el delito cometido”. En estos casos, la pena básica se extenderá hasta este nuevo máximo legal.

En cambio, cuando concurre en el caso una circunstancia privilegiada lo que varía de modo descendente es el mínimo legal original y que será sustituido por uno nuevo e inferior. Por ejemplo esta circunstancias se encuentra en el artículo 22° del Código penal, el cual valorando la edad del agente al momento de comisión del delito, permite la Juez imponer una pena concreta cuya expresión cuantitativa estará siempre por debajo del mínimo legal conminado para el hecho punible realizado. Algo similar ocurrirá en el caso de la complicidad secundaria del artículo 251 in fine o de la tentativa conforme lo dispuesto en el párrafo final del artículo 16°.

d. Circunstancias agravantes de diferente grado o nivel

Se identifica como tales a las circunstancias agravantes específicas que generan escalas punitivas diferentes y ascendentes entre si. En la legislación penal nacional es frecuente la regulación de este tipo de circunstancias agravantes, especialmente en el caso de delitos de relevante repercusión social como el secuestro, el robo o el tráfico ilícito de drogas.

e. Concurrencia de circunstancias

Es frecuente encontrar en un caso penal, sobretodo cuando este es complejo por la pluralidad de delitos o de agentes, la presencia conjunta de varias circunstancias de igual o distinta naturaleza y efectividad. Esta presencia múltiple de circunstancias configura lo que la doctrina denomina concurrencia de circunstancias. La determinación de la pena concreta, en estos supuestos, demanda una visualización analítica pero integrada, a la vez que coherente, de la calidad y eficacia de las circunstancias concurrentes. Lo cual implica, como regla general, que el Juez no puede dejar de apreciar y valorar cada circunstancia concurrente.

Por tanto, todas las circunstancias presentes en el caso sub judice deberán ser evaluadas, atendiendo a su condición, naturaleza y efectos, para poder configurar la pena concreta. Esto significa, por ejemplo, que a mayor número de circunstancias

agravantes concurrentes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica será también mayor. Igualmente, la pluralidad de circunstancias atenuantes llevará el resultado de la cuantificación punitiva, hacia el extremo mínimo de la pena prevista para el delito cometido. Asimismo frente a la existencia simultánea de circunstancias agravantes y atenuantes, la posibilidad cuantitativa de la pena deberá reflejar un proceso de compensación entre factores de aumento y disminución de la sanción, pudiendo ubicarse la penalidad concreta en el espacio intermedio entre los límites inicial y final de la pena básica. Sobre esta última opción resulta importante lo expuesto por el Dr. GONZALES CUSSAC: “dicha compensación deberá ajustarse aun correcto uso del arbitrio judicial, que deberá ser motivado en la sentencia. Si esta compensación no fuere racional, no vemos impedimento alguno para que fuere susceptible de impugnarse en casación. En tales supuesto, el Tribunal está capacitado para recorrer toda la extensión de la pena, imponiéndola en el grado que estime oportuno según la compensación racional de unas y otras¹⁸²”

La eficacia de las circunstancias concurrentes quedará siempre limitada por la imposibilidad de realizar una doble valoración sobre un mismo indicador o factor de agravación o atenuación. La proyección, pues, de principio rectores o de garantías procesales como el ne bis in idem exige, en estos casos, que el juez aplique un test de compatibilidad a todas la circunstancias que concurren. Esto es, que cada circunstancia se refiera siempre a un factor o indicador diferente.

Si las circunstancias luego de dicho examen resultan compatibles entre sí, el órgano jurisdiccional deberá, de valorarlas en conjunto y extraer de ellas los efectos correspondientes que abonen a la construcción y definición de la pena concreta.

f. Las circunstancias genéricas del artículo 46°

En el artículo 46° del Código Penal de 1991 se ha regulado un amplio catálogo de circunstancias genéricas o comunes.

¹⁸² Gonzáles Cussac, José Luís. Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal. Universidad de Valencia, 1988, pág. 222.

El Código Penal derogado de 1924 también contenía un elenco detallado de circunstancias genéricas en su artículo 51. Con ellas, o través de ellas, los jueces podían reconocer “la culpabilidad y el peligro del agente”.

El legislador nacional en los textos de 1924 y 1991, optó por no agrupar a las circunstancias genéricas en agravantes o atenuantes, como si lo hizo en el Código Penal de 1863 (Art. 9º y 10º).

Por consiguiente, conforme a la legislación vigente, corresponde al órgano jurisdiccional la facultad de conceder, en el caso concreto, los correspondientes efectos de aumento o disminución de la penalidad que aporten con su presencia y naturaleza las circunstancias concurrentes. No obstante, es pertinente destacar que por exigencia del deber de motivación, la autoridad judicial deberá razonar y justificar el valor y efectividad que otorgue a tales circunstancias para la definición de la pena concreta aplicable al autor o partícipe del delito.

La doctrina y la técnica legislativa han procurado ofrecer al juzgador un manejo práctico e idóneo de los efectos circunstancias a través de sistemas de eficacia. Es decir, agrupando las circunstancias reguladas por la ley en función a su naturaleza y efectividad. Por lo que los juristas y el legislador tienden a dividir las circunstancias en razón de su vinculación con la “gravedad del hecho punible” o con la “personalidad del autor”. En ese contexto, corresponden al primer grupo las siguientes circunstancias la naturaleza de la acción; los medios empleados; la importancia de los deberes infringidos; la extensión de daño o del peligro causado; y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión. Y se relacionaban con el segundo grupo de circunstancias; los móviles y fines; la unidad o pluralidad de agentes, la edad, educación, costumbres, situación económica y medio social; la conducta anterior y posterior del hecho; la reparación espontánea que hubiera hecho del daño; la confesión sincera antes de haber sido descubierto y los demás antecedentes, condiciones personales y circunstancias que conduzcan al conocimiento de la personalidad del infractor.

En torno a la condición de las circunstancias que se consignan en el artículo 46° del Código Penal nacional. Según ellos, el citado artículo incorpora circunstancias genéricas que aluden el grado del injusto o el agrado de responsabilidad del agente. Las primeras hacen “una clara referencia a la cuantía del injusto, es decir al grado de antijuricidad, de contrariedad de la conducta con el derecho, con el orden jurídico”. Aquí se ubican: la naturaleza de la acción, los medios empleados, la importancia de los deberes infringidos, la extensión del daño o peligro causado, y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión. Y las segundas, buscan medir “la capacidad para delinquir del agente, deducida de factores que hayan actuado de manera de no quitarle al sujeto su capacidad para dominarse asimismo y superar el ambiente. No se pretende averiguar si el agente podría o no cometer en el futuro ulteriores delitos, sino que debe analizarse el grado de maldad que el agente demostró en la perpetración del delito que trata de castigarse. Se observa el pasado y no el futuro”. Corresponde a esta categoría la unidad o pluralidad de agentes; la edad, educación, situación económica y medio social, la reparación espontánea que hubiere hecho del daño; la confesión sincera antes de haber sido descubierto; las condiciones personales y demás circunstancias que llevan al conocimiento del agente¹⁸³.

f.1. La naturaleza de la acción.- Esta circunstancia se encuentra también regulada en el Código Penal argentino (artículo 41°, Inc. 1°). Como señalaba PEÑA CABRERA, al analizar ésta misma circunstancia pero en base al artículo 51° del Código penal de 1924, ella puede atenuar o agravar la pena¹⁸⁴. Por lo tanto, permite dimensionar la magnitud del injusto realizado. Para ello, según la doctrina, el Juez deberá apreciar varios aspectos como son el tipo de delito cometido o el modus operando empleando por el agente, esto es, la “forma cómo se ha manifestado el hecho”. Pero también, el órgano jurisdiccional tendrá en cuenta el efecto psico social que aquél produce.

f.2. Los medios empleados.- El Código Penal mexicano incorpora también estas circunstancias (Art. 52°, Inc. 1). Y es que la realización del delito se puede ver

¹⁸³ Bramont Arias Luís y Bramont Arias Torres, Luís, Código Penal Anotado. 4° Edición. Reimpresión Actualizada Editorial San Marcos, Lima 2003, Pág. 249.

¹⁸⁴ Peña Cabrera, Raúl. Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen I. Tercera Edición. Sagitario. Lima 1987, pág. 257 y ss).

favorecida con el empleo de medios idóneos. Asimismo, la naturaleza y efectividad dañosa de su uso pueden comprometer en mayor o menor medida la seguridad de la víctima o provocar graves estragos. De allí que el Dr. VILLAVICENCIO TERREROS estime que esta circunstancia se refiere también a la magnitud del injusto¹⁸⁵. Sin embargo, para otros autores, que como PEÑA CABRERA comentaban igual circunstancia en el código ya derogado y predecesor del actual, ella posibilitaba, también, reconocer la peligrosidad del agente.

f.3. La importancia de los deberes infringidos.- Es una circunstancia relacionada con la magnitud del injusto, pero que toma en cuenta también la condición personal y social del agente. Resulta, por lo demás, coherente que la realización del delito con infracción de deberes especiales propicie un efecto agravante, en la medida que el desvalor del injusto es mayor, pues trasciende a la mera afectación o puesta en peligro del bien jurídico. Esto es, el agente compromete, también, obligaciones especiales de orden funcional, profesional o familiar que tiene que observar. En la Parte Especial del Código Penal y en diferentes leyes del derecho penal complementario, encontramos con frecuencia la consideración específica de esta clase de circunstancia.

f.4. La extensión del daño o peligros causados.- Esta circunstancia se regula también en el Código Penal Boliviano (Art. 38°. Inc. 2 in fine). Ella indica la cuantía del injusto en su proyección material sobre el bien jurídico tutelado. No obstante, en el Código Maúrtua, esta valoración corresponde sobre todo a la conminación de la pena en cada delito y no a un nivel de circunstancia genérica.

f.5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión.- Estas circunstancias también son contempladas por el Código Penal de Costa Rica (Art. 71°. Inc “c”.) Todas ellas se refieren a condiciones tiempo-espaciales. Ellas reflejan, principalmente, una dimensión mayor en el injusto, ya que el agente suele aprovecharlas para facilitar la ejecución del delito.

f.5. Los móviles y fines.- El Código Penal alemán regula también este tipo de circunstancias (Art. 46° 2). La motivación y los fines que determinan, inducen a

¹⁸⁵ Villavicencio Terreros, Felipe. Código Penal. Cultural Cuzco. Lima. 1992, pág. 199.

guían la acción delictiva del agente, influyen, de modo determinante, en la mayor o menor intensidad de su culpabilidad. Esto es, tales circunstancias coadyuvan a medir el grado de reproche que cabe formular al autor del delito. Su naturaleza subjetiva es preeminente y se expresa en lo fútil, altruista o egoísta del móvil o finalidad.

f.6. La unidad o pluralidad de agentes.- En la legislación penal de Cuba preceptúa un supuesto similar en el artículo 53º a. Tradicionalmente la doctrina nacional, desde la vigencia del Código Penal de 1924, ha interpretado que la pluralidad de agentes indica un mayor grado de peligrosidad y de inseguridad para la víctima. Asimismo, que esa concurrencia de agentes expresa necesariamente un acuerdo de voluntades que se integran para lo ilícito. La pluralidad de agentes expresa siempre una coautoría funcional; esto es, un condominio del hecho. No se puede incluir en esta noción de “pluralidad” a los partícipes sean instigadores o cómplices. El Código penal vigente califica con frecuencia a tal pluralidad como circunstancia agravante específica.

f.7. La confesión sincera antes de haber sido descubierto.- La presente es una circunstancia muy común en el derecho penal extranjero. Por ejemplo, se le regula, con una redacción algo similar a la peruana, en el Código Penal del Ecuador (Art. 29º Inc. 10). En esta circunstancia se valora, pues, un acto de arrepentimiento posterior al delito, Con ello se expresa la voluntad del agente de hacerse responsable por el ilícito cometido y de asumir plenamente las consecuencias jurídicas que de ello derivan. Esta actitud se destaca a favor del agente, pues con ella se rechaza la frecuente conducta posterior al hecho punible y que se suele orientar hacia el aseguramiento y la impunidad del infractor. Nuestro sistema penal también considera a la confesión sincera, en sede judicial, como una atenuante privilegiada en el artículo 136 del Código Procedimientos Penales y en el artículo 161 del Código Proceso Penal de 2004. No obstante, la circunstancia del artículo 46º del Código Penal, que aquí se analiza, se diferencia de aquella en tanto equivale a la denominada autodenuncia. De allí que su menor eficacia procesal y probatoria determine que sólo se le conceda la condición de circunstancia genérica.

f.8. Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.- El carácter enunciativo del artículo 46º se complementa con la amplitud

circunstancial que la ley le concede al Juez. Efectivamente, él tiene, además una opción innominada y abierta para interpretar y apreciar otras circunstancias, distintas de las expresamente identificadas por cada inciso precedente de dicha disposición legal. Ahora bien, para evitar contradicciones con el principio de legalidad o riesgos de arbitrariedad, el Juez deberá especificar en concreto la circunstancia que invoca y su equivalencia con las reguladas. Sobre todo debe fundamentar razonablemente como es que tal circunstancia que invoca y su equivalencia con las reguladas. Sobre todo debe fundamentar razonablemente como es que tal circunstancia resulta idónea para definir un perfil que permite conocer mejor la personalidad del agente.

El artículo 46° también incluye incorrectamente como circunstancias genéricas a la reincidencia y a la habitualidad (incisos 12 y 13), desconociendo su condición de circunstancias agravantes genéricas pero cualificadas con regulación y efectividad propias, según lo estipulado en los artículos 46° B y 46° C.

5. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA DE MULTA

Según lo dispuesto en el artículo 41° del Código Penal, en el caso de pena de multa de determinación judicial de la pena se realiza en base al modelo de los días-multa. Las reglas al respecto también se operativizan a través de una sucesión de etapas, mediante las cuales se debe llegar a definir el monto de dinero que como importe de la pena de multa deberá abonar el condenado.

El procedimiento de determinación judicial de la sanción pecuniaria comprende cuatro etapas que deberá transitar el Juzgador. En primer lugar, él debe identificar la pena básica que va a expresarse en un mínimo y máximo de días-multa. En segundo lugar, la autoridad jurisdiccional deberá decidir el número concreto de días-multa que corresponda al grado de culpabilidad del imputado y a la gravedad del delito por él cometido, evaluando para ello las circunstancias concurrentes en el caso. En tercer lugar, el Juez definirá la cantidad de dinero que representa cada día-multa o cuota diaria dineraria, evaluando, sobre todo, a la capacidad económica del condenado la cual se determinará en base a un promedio de su renta diaria de ingresos, deduciendo de la misma los gastos de manutención, educación, pago de impuestos, etc. Por último, el órgano jurisdiccional multiplicará el número de días

multa por el valor de la cuota diaria dineraria. El producto resultante se transformará en nuevos soles y será el importe total de la multa, el cual deberá pagar el sentenciado, dentro de los días siguientes de emitida la condena.

a. Reincidencia y habitualidad

Los problemas dogmáticos derivados de la reincorporación de las circunstancias agravantes por reincidencia y habitualidad, mediante la Ley 28726 del 16 de septiembre de 2009, tuvieron varias manifestaciones. Por un lado, se debatió su constitucionalidad generándose en torno a ello posiciones contradictorias al interior de la judicatura nacional por otro lado, la deficiente regulación normativa de tales agravantes generó incertidumbre en torno a sus presupuestos y requisitos; así como, también, sobre su naturaleza, eficacia y relación con las reglas de determinación de la pena en caso de concurso real de delitos.

En lo referente a los conflictos hermenéuticos y de técnica legislativa, estos afectaron a ambas calificantes. Así, por ejemplo, con la reincidencia, prevista por el artículo 46° B, se suscitaron varias controversias en torno a sus componentes legales y a la efectividad de sus consecuencias agravantes sobre la definición de la pena concreta. Por ejemplo, si el nuevo delito debe ser de la misma especie que aquel anterior que motivó la pena privativa de libertad que cumplió en todo o en parte del potencial reincidente. Así como la eficacia de la cancelación de los antecedentes penales para la configuración de la aludida calificante.

En el caso del artículo 46° C sobre habitualidad también surgieron debates al construirse sus presupuestos sobre la base de una sucesión de delitos que debían ser realizados por el mismo agente dentro de un plazo de cinco años. Además, dicha norma precisó que su efecto agravante consistía en “aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”. Estas mismas exigencias y consecuencias normativas fueron, posteriormente, ratificadas por la Ley 29407. Sin embargo, la Ley 28730, del 13 de mayo de 2006, que modificó el artículo 50° del Código Penal, referente al régimen del con curso real de delitos, incluyó como nuevo criterio rector de la determinación punitiva denominado principio de acumulación de penas. El problema surgía, pues, debiendo a que la

habitualidad requería de la realización de un concurso real de delitos. Por consiguiente, se planteaban dudas sobre el procedimiento a seguir para la determinación de la pena en tales casos.

El Acuerdo Plenario N° 1-2008/CS-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 18 de Julio de 2008, definir criterios vinculantes para despejar las incertidumbres producidas. Efectivamente, en sus fundamentos jurídicos décimo segundo y décimo tercero, este importante aporte de la judicatura nacional señalo las siguientes pautas de interpretación:

- a. La reincidencia y la habitualidad son circunstancias agravantes cualificadas por lo que su regulación en los incisos 12 y 13 de artículo 46° es incoherente y carece de eficacia.
- b. Tratándose de agravantes cualificadas su operatividad punitiva para la determinación de la pena concreta, se materializara a partir del máximo de la pena conminada para el delito hasta un tercio por encima de dicho máximo, en caso de reincidencia, y hasta una mitad por encima de dicho máximo, en el supuesto de habitualidad.
- c. En el caso de un concurso real de delitos que coincida con una situación de habitualidad, el efecto agravante del artículo 46° C sólo se aplicará en la definición de la pena concreta parcial del tercer delito. Luego de ello se acumularán las penas concretas parciales para obtener la pena total que corresponda al concurso real y que deberá respetar los límites fijados en los artículo 50 y 51 del Código Penal.
- d. La configuración de la reincidencia el nuevo delito puede ser de igual o distinta naturaleza que aquél que determinó la carcelería precedente (reincidencia genérica). Sin embargo, para que se dé la reincidencia el nuevo delito debe cometerse dentro de los 5 años posteriores a la excarcelación del agente.
- e. La habitualidad requiere que los tres delitos cometidos en el lapso de 5 años sean de la misma naturaleza (Habitualidad específica).

- f. La concurrencia de circunstancias cualificadas compatibles tendrá eficacia en la determinación de la pena concreta, pero sin superar los límites genéricos de la pena aplicable.
- g. Para efectos de la reincidencia la cancelación de antecedentes penales a que alude el artículo 69 del Código Penal, sólo será definitiva luego de 5 años de haberse cumplido la condena.
- h. No hay reincidencia ficta, por lo que no son aplicables las reglas y efectos del artículo 46° B a los casos de suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, exención de pena y conversión de penas.

b. El concurso de delitos:

Conforme a la doctrina y a la legislación vigente se produce un concurso de delitos, cuando una misma persona realiza simultáneamente varios tipos penales o cuando de modo secuencial comete varios delitos independientemente entre sí. Al primero de estos supuestos se le denomina concurso ideal de delitos. Y al segundo concurso real de delitos. En nuestro Código penal estos dos tipos de concurso de delitos están considerados expresamente en el artículo 48° y 50°, respectivamente. Sin embargo, su regulación original ha sido objeto de sucesivas modificatorias.

Las normas concursales tienen una utilidad práctica sumamente trascendente para la determinación judicial de la pena. Fundamentalmente, porque al coexistir para cada tipo penal realizado o para cada delito independiente cometido, y de los que es responsable un mismo, agente, surge la necesidad de decidir que pena concreta se debe aplicar en cada modalidad concursal. Es por ello que resultó atinado que el Código Penal de 1991 incluyera las formas y reglas del concurso de delitos entre sus disposiciones sobre Aplicación de la pena en efecto, ellas también tiene como función esencial ayudar a decidir la configuración y extensión de la pena concreta en tales casos. En tal sentido, como bien anota el Dr. MORILLAS CUEVA, el análisis dogmático del concurso de delitos en este dominio tiene un significado

propio y que se expresa exclusivamente en su “conexión con la aplicación de la pena¹⁸⁶”.

b.1 El concurso ideal de delitos

El concurso ideal de delitos tiene lugar cuando la acción ejecutada por el agente cumple los elementos constitutivos de dos o más tipos penales.

Como consecuencia de ello se produce, pues, una pluralidad de tipos y sanciones aplicable, ya que ninguno resulta capaz de comprender en su totalidad la conducta realizada por aquél. Al respecto precisa el Dr. HURTADO POZO: “Afirmar que hay unidad de acción no implica, siempre, que una sola disposición legal será aplicable. Mediante su ejecución, el agente puede realizar los elementos de dos o más tipos legales, e incluso puede suceder que ninguno de éstos logre abarcar en su totalidad la unidad de acción en cuestión. Así, sólo considerado todos los tipos legales concernidos se podrá aprehender en su integridad el carácter ilícito de la acción. La aplicación de las diversas disposiciones está en efecto determinada por la naturaleza compleja de la acción¹⁸⁷”.

El concurso ideal de delitos requiere, pues, para su configuración de la concurrencia de tres presupuestos:

- a. Unidad de acción.
- b. Pluralidad de tipos legales realizados.
- c. Unidad de autor.

Para la determinación de la pena en el concurso ideal de delitos el texto original del artículo 48º recurría al denominado Principio de absorción. Según dicho criterio rector, la pena básica se identificaba con la pena conminada más grave entre todas aquellas contenidas en las disposiciones penales que concurren. De esta manera se asumía que en dicha penalidad más severa quedaban absorbidas las demás penas

¹⁸⁶ Morillas Cueva, Lorenzo, Teoría de las consecuencias Jurídicas del delito, Madrid, 1991, pág. 110.

¹⁸⁷ Hurtado Pozo, José, Manual de Derecho Penal, Parte General 3ra. Edición Grijley, Lima 2005, pág. 928.

menos graves (poena maior absorbet minoren). Al respecto la doctrina nacional ha interpretado correctamente que “la pena más grave impuesta sirve al mismo tiempo de castigo por las otras infracciones más leves que se han cometido”. Sin embargo, ante la eventualidad de coexistir penas accesorias o medidas de seguridad, el citado artículo en su redacción primigenia autorizaba que tales sanciones fuesen consideradas como parte de la pena concreta aún en el caso que sólo estuvieran previstas para alguna de las disposiciones legales en concurso ideal.

En fecha 9 de mayo de 2006, se modificó el artículo 48°, mediante ley 28726, el artículo 48° reformuló sus reglas de determinación de la pena concreta. La reforma señaló que para el concurso ideal de delito, en primer lugar, la pena básica sería siempre la más grave de las previstas para los tipos penales realizados. En segundo lugar, que dicha pena básica se podría incrementar hasta en una cuarta parte por encima del máximo legal sin establecer mayores presupuestos para ello. Sin embargo, dicho incremento no debería superar, en ningún supuesto, los treinta y cinco años si se trataba de pena privativa de libertad temporal. Al respecto, la norma no estableció regla específica para los casos donde una o más de las penas conminadas en los tipos penales realizados fuera cadena perpetua.

b.2. El concurso real de delitos

El concurso real de delitos tiene lugar cuando el mismo agente con varias acciones independientes, comete, sucesivamente, varios delitos también independientes. “El concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal¹⁸⁸”.

Nuestra legislación vigente distingue dos clases de concurso real de delitos: **el homogéneo y el heterogéneo.**

Es homogéneo cuando la pluralidad de delitos se relaciona con infracciones de una misma especie. Y será heterogéneo Por ejemplo, cuando el agente realizó en diversas ocasiones y de modo independiente varios hurtos, en cambio, cuando la pluralidad de delitos cometidos se relaciona con infracciones de distinta especie. Ese

¹⁸⁸ Villavicencio Terreros, Felipe, Derecho Penal Parte General. Grijley. Lima 2006, pág. 703.

es el caso de quien comete en diferentes oportunidades un robo un homicidio y una estafa.

Este tipo de concurso de delitos requiere, pues, para su realización de los siguientes requisitos:

- a. Pluralidad de acciones
- b. Pluralidad de delitos independientes
- c. Unidad de autor.

b.3. El concurso real retrospectivo de delitos

Una forma especial de concurso real de delitos es el denominado **concurso retrospectivo o posterior**. Esta modalidad se produce cuando los delitos en concurso real no son juzgados simultáneamente en un solo proceso. Esto es, si bien el mismo agente ha sido autor de varios delitos independientes, él fue inicialmente procesado y condenado solamente por algunos de los delitos cometidos. Posteriormente, al descubrirse de manera sucesiva los delitos restantes, es decir, con posterioridad a la primera sentencia, ellos darán lugar a nuevos juzgamientos.

Tomando en cuenta, su especial configuración y regulación legal, para que se produzca un concurso real retrospectivo de delitos se requiere:

- a. Pluralidad de delitos independientes.
- b. El juzgamiento sucesivo de los delitos en procesos deferentes.
- c. Unidad de autor.

Para la imposición de la pena en esa forma de concurso real de delitos se debe asumir como regla esencial y límite punitivo implícito, el que el agente no se le debe imponer como pena concreta final una que resulte ser más grave o de mayor extensión, que la que hubiese correspondido aplicarle de haber sido juzgado en el mismo proceso por todos los delitos que cometió y que integraron el concurso.

b.4. Delito continuado y delito masa

Como señala el Dr. VELASQUEZ VELASQUEZ en la doctrina se ha debatido acerca de si entre delito continuado y delito masa existe una relación de género a especie¹⁸⁹. Pese a su origen distinto, italiano el primero y español el segundo, la tendencia del derecho comparado ha sido darles, cuando menos, un tratamiento sistemático independiente. Sin embargo, la particularidad de la legislación peruana en este dominio radica en haber creado una condición de dependencia del delito masa hacia el delito continuado.

El delito continuado está previsto en el artículo 49° del Código Penal. Tiene lugar cuando varias acciones ejecutan una misma resolución o decisión criminal, lo que objetivamente implica varias violaciones de un mismo dispositivo penal o de “otro de igual o semejante naturaleza”. Por ejemplo, Mario decide hurtas cinco perlas del collar que se exhibe en la sala de la casa donde trabaja como ayudante de cocina, y para evitar ser descubierto acuerda llevarse una perla cada día a la hora de su salida. Todos los actos que realiza Mario son apreciados como pares de un solo delito y no como varios delitos independientes.

El delito continuado requiere para su configuración y efectos sobre la determinación de la pena, de la concurrencia de seis requisitos:

- a. Identidad de autor.
- b. Pluralidad de acciones homogéneas.
- c. Pluralidad de violaciones de la misma ley penal o de naturaleza semejante.
- d. Realización de las acciones en momentos diferentes o en un mismo contexto temporal de ejecución.
- e. Identidad de resolución criminal.
- f. Unidad de sujeto pasivo.

¹⁸⁹ Velásquez Velásquez, Fernando. Los delitos continuados y masa. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín. 2008, pág. 67 y ss.

Las reglas de determinación de la pena en el delito continuado disponen que se debe aplicar la pena pertinente al delito cometido cuando los actos realizados correspondan a un mismo tipo de infracción. Pero si se trata de actos relacionados con infracciones distintas aunque de semejante naturaleza (hurto/robo o estafa/apropiación ilícita), el Juez deberá de aplicar la pena del delito más grave. En consecuencia como señala GARCIA CAVERO, rige para este último caso el “criterio de la absorción¹⁹⁰”.

El delito masa está regulado también en el artículo 49°. La ley le otorga la calidad de circunstancias agravante específica y cualificada del delito continuado. Él se configura sobre la base de una pluralidad de personas que resultan perjudicadas por el delito continuado que ejecuta el agente. Ejemplo: Mateo oferta a través de un diario la constitución de una sociedad filantrópica señalando que los interesados deben ingresar sus aportes en una cuenta. A su llamado concurren varias personas con sus aportes, pero luego Mateo desaparece con el dinero recaudado.

Los elementos del delito masa son los siguientes:

- a. Realización de un delito continuado.
- b. Pluralidad de personas perjudicadas por el delito.

En el delito masa se debe determinar la pena a partir de una nueva escala de pena conminada donde el mínimo legal corresponde al máximo original previsto para el delito continuado cometido y el nuevo máximo legal se extiende aun tercio por encima de aquél.

6. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA REPARACIÓN CIVIL

El inciso 3 del artículo 46° del Código Penal señala que un criterio judicial de determinación y fundamentación de la pena lo constituyen “Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen”. Esta disposición, sin embargo. Trasciende a su eficacia estrictamente punitiva para convertirse también en

¹⁹⁰ García Caveró Percy, Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Grijley. Lima 2008, pág. 709.

una exigencia de equidad en la determinación de la reparación civil. Lo cual, por lo demás, resulta coherente con el nuevo rol activo que se concede al agraviado por el delito en el marco del proceso penal moderno. De allí, pues, que resulte de ingente necesidad identificar las reglas y buenas prácticas que deben aplicarse y seguirse para viabilizar una determinación judicial de la reparación civil, con iguales mandatos o estándares de proporcionalidad y racionalidad que aquellos que gobiernan la definición de penas aplicables.

7. DETERMINACIÓN JUDICIAL Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

Se identifica como medidas de seguridad a aquellas sanciones penales que se aplican judicialmente a los inimputables o imputables relativo que han cometido un hecho que la ley califica como delito, cuando existe el peligro potencial de que puedan incurrir en el futuro en actos similares. Como señala el Dr. VILLAVICENCIO TERREROS: “La medida de seguridad supone la aplicación de un tratamiento dirigido a evitar que un sujeto peligroso llegue a cometer un delito por todo ello podemos decir que las medidas de seguridad tiene como presupuesto fundamental a la peligrosidad del delincuente¹⁹¹”.

El Código Penal de 1991 contempla dos tipos de medidas de seguridad: la internación y el tratamiento ambulatorio¹⁹².

La medida de internación se encuentra prevista en el artículo 74° del Código Penal. Ella se aplica por regla general a los inimputables que ejecutaron un hecho que la Ley considera delito. Sin embargo, esta medida de seguridad pueden también aplicarse excepcionalmente a imputables relativos o a imputables que delinquieron como consecuencia de su dependencia hacia el consumo de alcohol o drogas.

La internación es una medida de seguridad privativa de libertad y conforme a lo dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar le correspondería una función eminentemente curativa y asegurativa. Esta medida afecta, pues, la libertad ambulatoria del sentenciado e implica su ingreso y permanencia en un centro

¹⁹¹ Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Grijley. Lima, 2006. pág. 77.

¹⁹² Prado Saldarriaga. Nuevo Proceso Penal. Reforma y Política Criminal. Idemsa. Lima 2009, pág. 43 y ss.

“hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia”.

Por su naturaleza y sus efectos sobre el interno se trata de una medida de seguridad grave, razón por la cual sólo deberá imponerse cuando concorra el peligro de que el sentenciado pueda realizar en el futuro delitos considerablemente graves (homicidio, lesiones, violación).

La duración de la medida de internación no puede ser indeterminada. La sentencia que la impone tiene, por tanto, que precisar, expresamente, cual es su extensión temporal. Al respecto, el párrafo ab initio del artículo 75° del Código Penal señala que en ningún caso la medida de seguridad de internación “podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido”.

La duración de la medida de internación que se fija en la sentencia puede ser modificada durante su etapa de ejecución, la ley dispone que cada seis meses y, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional lo requiera, “la autoridad del centro de internación deberá remitir al Juez una pericia medida a fin de darle a conocer si las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida han desaparecido”. De constatare dicho resultado exitoso “el Juez hará cesar la medida de internación impuesta”. El éxito de la medida radica en el control que se logre obtener sobre la peligrosidad subjetiva del inimputable. No equivale, a una curación de la patología mental que desencadena el estado peligroso, ya que los cuadros de enfermedad mental son irreversibles y crónicos.

En cuanto a la determinación judicial de las medidas de seguridad de internación, el Código Penal de 1991 incorporó un conjunto detallado de presupuestos y garantías para la debida aplicación de esta clase de sanciones. La naturaleza sancionadora y restrictiva de la libertad de las personas, que tienen las medidas de seguridad de internación hacía indispensable la regulación de tales principios y reglas. En tal sentido, su aplicación debe observar lo siguiente:

- **Legalidad.**-Solamente se pueden imponer las medidas de seguridad que se encuentran definidas en la Ley con anterioridad al hecho punible. El código penal precisa al respecto en el artículo II de su Título Preliminar “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”. Tampoco el Código Penal vigente autoriza que se puedan aplicar medidas de seguridad por analogía o retroactivamente si resultan desfavorables al agente del delito.
- **Jurisdiccionalidad.**- El Juez penal competente es la única autoridad del Estado que puede imponer medidas de seguridad de internación a través de un debido proceso legal. Además, sólo podrá hacerlo a través de una sentencia de naturaleza condenatoria, luego de un juicio en el cual la actividad probatoria desplegada acredite con suficiencia y racionalidad que el imputado inimputable fue quien cometió el hecho punible. Por lo que el Dr. PEÑA CABRERA, precisa que “las medidas de seguridad constituyen siempre una sanción penal que sólo ha de aplicarse cuando se ha demostrado la comisión de un delito¹⁹³”.

El denominado Proceso de Seguridad que regula el Código Procesal Penal de 2004 (artículos 456° a 458°) es el marco procesal adecuado para ello.

- **Necesidad.**- La medida de seguridad de internación sólo se impone cuando resulta indispensable e insustituible para controlar y prevenir un futuro accionar delictivo del sentenciado. Esto es, cuando se ha acreditado un pronóstico desfavorable de peligrosidad criminal que justifica la medida. No es, pues suficiente que el agente inimputable haya cometido un delito; es requisito, además que en el futuro él pueda incurrir en nuevos hechos punibles. Es más, la aplicación de una medida de internación, como se mencionó anteriormente, demanda que el pronóstico de peligrosidad indique la probabilidad de la comisión de “delitos considerablemente graves”. El artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal parece convalidar esta exigencia de relevancia en dicho pronóstico, al demandar que “la medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes”.

¹⁹³ Peña Cabrera, Tratado de Derecho Penal. Estudio Pragmático de la Parte General. Tomo I. segunda Edición. Lima. 1995, pág. 556.

La legislación penal peruana no ha definido que indicadores concretos de peligrosidad criminal son los que debe valorar el juez para poder afirmar la necesidad de una medida de seguridad de internación. Tampoco la ley se ha pronunciado en torno de aquéllos que permitirían al órgano jurisdiccional decidir y fundamentar la calidad y extensión de la medida de seguridad que deberá aplicarse en el caso concreto.

Del pronóstico de peligrosidad futura el Juez deberá tener en cuenta lo siguiente:

- a. La peligrosidad delictual refleja un pronóstico integral que debe hacerse sobre la base del delito cometido, su modalidad de ejecución, y la evaluación psicológica y psiquiátrica que se haga del agente.
 - b. La declaración de peligrosidad debe expresarse como un pronóstico de probabilidad relevante de la comisión de nuevos delitos. No es suficiente, pues, la mera posibilidad de que ello pueda acontecer.
 - c. El pronóstico de peligrosidad debe fundarse en los resultados de las evaluaciones que apliquen los peritos de infractores. Sin embargo, él siempre será una decisión judicial por lo que se requiere también de una sólida y razonada fundamentación jurídica.
- **Proporcionalidad.-** La peligrosidad del agente inimputable del delito es también un factor determinante para medir la proporcionalidad de la medida de internación a imponer. El Dr. SAN MARTIN CASTRO señala que el principio de proporcionalidad “tiene un definido centro garantista y se expresa en una referencia tanto a la peligrosidad del pasado, expresada en el delito cometido, como a la peligrosidad del futuro, expresada en el delito cometido, como a la peligrosidad del futuro, expresada en el pronóstico sobre los hechos que pueda cometer, y que en nuestra legislación se asocia-respecto de la internación- a la duración de la medida¹⁹⁴”.

¹⁹⁴ San Martín Castro, César. Proceso Penal, Anomalía Psíquica Grave y delito. II Congreso Internacional de Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997. pág. 27.

- **Postdelictualidad.-** Toda medida de seguridad de internación se impone por la comisión, acreditada procesalmente de un delito. Únicamente, pues, a partir de la realización de un injusto, aún cuando su autor sea inimputable, cabe activar la intervención represiva o preventiva del Estado y de sus sanciones penales. En consecuencia, están absolutamente proscritas en nuestra legislación las medidas de seguridad de internación predictuales¹⁹⁵.
- **Control Judicial.-** El Juez competente está obligado a controlar la ejecución de las medidas de seguridad de internación que imponga cada seis meses. El queda vinculado a ellas por una obligación de inmediación que no debe sucumbir, como desafortunadamente ha ocurrido con frecuencia, a la rutina de eventualidad, la improvisación o la falta de diligencia. Por consiguiente, pues, la autoridad judicial debe planificar y cronograma periódicamente visitas a los centro de internación, para, de esa manera, poder recibir de modo directo y oportuno los reportes correspondientes sobre la evolución del tratamiento del interno. Por lo demás, sólo un control judicial efectivo y con periodicidad razonable sobre las medidas de internación, permitirán al Juez decidir con certeza y eficiencia sobre su reducción o cese en los casos que autoriza la ley. En coherencia con ello el Código Procesal Penal de 2004 a precisado en los inciso 2 y 3 de su artículo 492° lo siguiente:

El Juez Penal examinará, periódicamente la situación de quien sufre una medida de internación. Fijará un plazo no mayor de seis meses entre cada examen, y decidirá previa audiencia teniendo a la vista el informe médico del establecimiento y del perito. La decisión versará sobre la cesación o continuación de la medida y, en este último caso, podrá ordenar la modificación del tratamiento.

Cuando el Juez tenga conocimiento, por informe fundado, de que desaparecieron las causas que motivaron la internación, procederá a su sustitución o cancelación”.

¹⁹⁵ Villavicencio Terreros, Felipe, Derecho Penal. Parte General. Grijley. Lima 2006. pág. 78.

El Código Penal vigente posibilita en casos excepcionales la aplicación conjunta pero integrada, de penas privativas de libertad y medidas de seguridad de internación.

El artículo 77° del Código Penal establece al respecto que cuando el Juez estime que resulta necesario aplicar una medida de seguridad de internación a imputables relativos o imputables dependientes al alcohol o drogas, podrá disponerlo así en la sentencia. En estos casos primero determinará la pena privativa de libertad concreta en la extensión que corresponda a la culpabilidad del autor del delito. Luego, dispondrá también en el mismo fallo que el condenado sea sometido además a una medida de seguridad de internación. Sin embargo, deberá precisar que la ejecución de dicha medida de seguridad tendrá lugar antes de la pena privativa de libertad impuesta, pero afectando su duración total. Es decir, se deberá descontar del tiempo de penalidad impuesto el utilizando en la ejecución de la medida de internación. El éxito del tratamiento aplicado durante la realización de la medida de internación puede determinar que el Juez considere y decida una reducción del tiempo de pena privativa de libertad que resta por cumplir o, también, que éste declare su extensión total. Cabe recordar que esta última posibilidad de alterar o extinguir los términos de duración de la penalidad fue también contemplada en el artículo 92° del Código Penal de 1924, al menos para los inimputables relativos: “si la causa que había hecho suspender la ejecución de la pena de un condenado de responsabilidad restringida, llega a desaparecer, el juez decidirá si la pena debe ser aún ejecutada y en qué medida, previo dictamen de peritos”.

Las reglas especiales contenidas en el artículo 457° del Código Procesal Penal de 2004, se ocupan también del contenido y forma de las sentencias que determinan la aplicación de medidas de internación en un proceso de seguridad.

8. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE CONSECUENCIAS ACCESORIAS

Las consecuencias accesorias del artículo 105° del Código Penal son sanciones penales especiales. Se aplican a las personas jurídicas que resultan involucradas

desde su actividad, administración u organización con la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible.

En el derecho penal extranjero sólo la legislación española regula sanciones similares en la redacción original del artículo 129º del Código Penal de 1995. Sin embargo, recientemente, la Ley Orgánica 5/2010 del 22 de junio de 2010 les ha concedido también la condición de penas directas y propias de las personas jurídicas. Sobre esta importante reforma que declara la responsabilidad penal de los entes colectivos y la punibilidad de los hechos punibles donde resulten implicados, se ha señalado lo siguiente: “Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellos figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente”.

Tradicionalmente, la atribución de una responsabilidad de naturaleza penal a las personas jurídicas se ha edificado bajo dos nociones normativas. Por un lado, la existencia de defectos de su organización o por una deficiente administración y control de riesgos¹⁹⁶.

El artículo 105º peruano exige aún una responsabilidad por reflejo o vicaria. Esto es, para que puedan aplicarse consecuencias accesorias a la persona jurídica se requiere que simultáneamente se haya identificado, proceso y sancionado penalmente a la persona natural que fuera autora material del delito donde el ente colectivo resulta implicado. Esta responsabilidad paralela, como sostiene el Dr. ZUÑIGA RODRIGUEZ, constituye insalvable escollo legal y de imputación que incide en la efectividad político criminal de las consecuencias accesorias, a la vez que reduce sensiblemente su oportunidad aplicativa¹⁹⁷.

Las limitaciones que genera el artículo 105º del Código Penal a la judicatura nacional radica en la ausencia de reglas fundamentación y de terminación que

¹⁹⁶ Toedemam, Klaus. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, en Anuario de Derecho Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, pág. 125.

¹⁹⁷ Zuñiga Rodríguez, Laura. Las Consecuencias Accesorias aplicables a las Personas Jurídicas del art. 105º. Principios Problemas de Aplicación, en anuario de Derecho Penal 2003, pág. 496.

orienten al Juez para elegir, de modo cualitativo y cuantitativo, el tipo y la magnitud de la consecuencia accesoria que debe de aplicarse a la persona jurídica en un caso concreto. En tal sentido, una evidente exigencia de lege ferenda demanda que dicha norma no sólo detalle el catálogo de consecuencias accesorias, sino que también regule criterios y prácticas que permitan superar tales carencias.

En un primer momento, se debe verificar la existencia de los presupuestos que legitiman la imposición de una consecuencia accesoria aun ante colectivo. Tales presupuestos son los siguientes:

- a. Que se haya cometido un delito. No hay posibilidad legal de aplicar consecuencias accesorias predelictuales.
- b. Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito. Este presupuesto se constituye, además en el principal criterio de imputación penal a tomar en cuenta, a la vez que le thema probandum esencial para poder sancionar a la persona jurídica.
- c. Que se haya condenado penalmente al autor (físico) específico del delito. Este presupuesto implica verificar una condición objetiva para la imposición de la consecuencia accesoria. Para nuestra legislación vigente deviene en indispensable constatar la condena penal de una persona natural por el delito imputado a la persona jurídica, para que sea viable la imposición de consecuencias accesorias a la misma. Sin embargo, no es necesario que se haya aplicado a aquél una pena o que si se le impuso ella tenga está carácter efectivo. Se podrá aplicar una consecuencia accesoria a la persona jurídica aún cuando a la persona natural se le exima de pena o se le imponga pena privativa de libertad con ejecución suspendida o se le reserve el fallo condenatorio.

En un segundo momento, el órgano jurisdiccional debe definir la condición y la magnitud o intensidad de las consecuencias accesorias a imponer. Se trata en coesencial de una valoración judicial sobre la antijuridicidad de los actos desplegados por la persona jurídica y de los efectos que ellos han generado. En un nivel operativo esta etapa persigue, identificar y valorar diferentes circunstancias

referente a la modalidad y oportunidad de la intervención de la persona jurídica en el delito así como a las actividades y niveles concreto de su estructura organizacional que motivaron, sirvieron o favorecieron la producción o el ocultamiento del hecho punible. También corresponderá que en esta segunda fase de la determinación de consecuencias accesorias, el juez realice una evaluación objetiva de la gravedad de los daños generados al bien jurídico y a terceros, así como de los espontáneos de resarcimiento que haya ejecutado el ente colectivo. Desde un enfoque preventivo resulta igualmente necesariamente en esta fase un pronóstico de riesgos futuros de reincidencia. El Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia de la República N° 8-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009, aporta para la realización de esta actividad importantes recomendaciones. Entre ellas cabe destacar el listado de criterios, circunstancias e indicadores de determinación que contiene su fundamento jurídico decimosexto y que son los siguientes:

- a. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.
- b. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.
- c. La gravedad del hecho punible realizado.
- d. La extensión del daño o peligro causado.
- e. El beneficio económico obtenido con el delito.
- f. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.
- g. La finalidad real de la organización actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.
- h. La disolución de la persona jurídica se aplicará siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó sólo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

9. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA Y EL NUEVO PROCESO PENAL

La doctrina nacional, el articulado e instituciones del Código Procesal Penal de 2004, no ha tomado aún interés por desarrollar dogmáticamente su relación con el procedimiento de determinación judicial de la pena¹⁹⁸.

Lamentablemente, esta actitud pasiva frente a un tema esencial que corresponde a la etapa final del juzgamiento, se refleja también en los escasos intentos institucionales por establecer pautas o guías metodológicas para la elaboración de sentencias penales y donde lo referente a la determinación judicial de la pena suele ser soslayado o reducido a una mínima expresión¹⁹⁹. Todo, parece indicar que para los procesalistas nacionales, las pautas normativas, así como las precisiones teóricas sobre la determinación judicial de la pena, deben ser planteadas y debatidas exclusivamente en el ámbito del derecho penal sustantivo.

En lo que corresponde al Código Procesal Penal Peruano del 2004 es de señalar que en lo relativo a la determinación de la pena concreta lo cual se advierte, con facilidad, al realizar una revisión sistemática y analítica de los casos de los once artículos que integran el Título VI sobre la deliberación y la Sentencia (artículos 392° a 403°), en el Libro Tercero que trata sobre el Proceso Común. En Efecto, de todas estas disposiciones sólo tres guardan relación directa con la discusión y determinación que la pena en una sentencia condenatoria. Se trata de los artículos 392°, 393° y 397.

En relación al artículo 392° lo relevante se encuentra en el inciso 4. En él se rarifica la elección del “término medio” ante situaciones de discordia que se produzcan entre los jueces, al pronunciarse sobre la extensión de la pena concreta a imponer.

Por su parte el artículo 393° en su literal e, del inciso 3, precisa que una cuestión específica sobre la que deben deliberar y votar los Magistrados al elaborar un

¹⁹⁸ Talavera Elguera, Pablo, comentarios al Nuevo Código Procesal Penal. Grijley. Lima 2004, Pág. 83 y 84.

¹⁹⁹ Santa Cruz, Julio Cesar. Razonamiento Jurídico Penal y Aplicación de la Pena. Academia de la Magistratura. Lima 2004, págs. 42 y 43.

fallo de condena tiene que ser “la individualización de la pena aplicable y, de ser el caso, de la medida de seguridad que la sustituya o concurra con ella”. En esta disposición se hace evidente un error técnico, pues conforme al Código Penal vigente en ninguna medida de seguridad, sea de internación o de tratamiento ambulatorio, pueden sustituir penas. No obstante, al margen de este error legislativo, lo interesante de dicha norma radica en la obligación legal que tiene el Juez de determinar la pena aplicable al imputado en atención a las circunstancias del caso. Esto es, la autoridad jurisdiccional debe debatir y valorar tales indicadores de punibilidad. Sin embargo, la norma ha omitido indicar cuál debe ser la metodología o procedimiento a seguir en estos casos. Lo cual en un contexto procesal basado en la oralidad, resulta relevante en tanto deja abierta la oportunidad al empirismo y a la incertidumbre, sobre todo por las limitaciones y ambigüedades que contienen las reglas que para la determinación de la pena coexisten en el Código Penal vigente.

Otra disposición del Código Procesal Penal de 2004, que guarda relación con la determinación de la pena encontramos en el inciso 3, del artículo 397°. Esta norma busca ratificar la primacía del acusatorio y la legalidad de las circunstancias que sirven para la determinación de la pena concreta. En tal sentido se prohíbe al Juez “aplicar pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación”. La parte in fine del citado dispositivo alude, entre otros supuestos, a una falta de circunstancias atenuantes privilegiadas; o de aquellas causales imperfectas de justificación o exculpación que producen igual efectividad punitiva conforme a lo previsto en el artículo 21° del Código Penal.

10. TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO Y DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Se suele identificar al proceso especial de terminación anticipada como una forma de simplificación procesal basada en el principio de consenso. Razón por la cual se le califica también como una expresión propia de la denominada justicia penal negociada. Como señala el Dr. SANCHEZ VELARDE con este procedimiento se

procura “evitar la continuación de la investigación judicial y el juzgamiento si de por medio existe un acuerdo entre el imputado y el fiscal, aceptando los cargos de imputación el primero y obteniendo por ello el beneficio de la reducción de la pena en una sexta parte. Se trata en esencia de una transacción penal para evitar un proceso innecesario²⁰⁰”.

En el Código Procesal Penal de 2004 la terminación anticipada del proceso experimentó importantes cambios. El más trascendente fue su aplicación generalizada para cualquier tipo de delito. Además, se concedió a este proceso especial vigencia inmediata en todos los Distritos Judiciales del país.

En lo que atañe a la determinación judicial de la pena el proceso especial de terminación anticipada planteaba tres situaciones. En primer lugar, la necesidad de que las partes acuerden una propuesta de pena concreta consensuada que debería ser controlada y aprobada por la autoridad judicial. En segundo lugar, la aplicación de una bonificación legal consistente en la reducción de una sexta parte de la pena y que obtendría el imputado por el sólo hecho de acogerse al procedimiento especial. Y, en tercer lugar, la posibilidad de adicionar la citada reducción a los efectos de atenuación punitiva generados por la confesión sincera del procesado.

11. CONFORMIDAD Y DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

La institución procesal de la conformidad fue recogida inicialmente en el artículo 5° de la Ley 28122, del 16 de diciembre de 2003. En dicha disposición se reguló lo concerniente a la conclusión anticipada del debate oral. Según la citada norma el procesado podía allanarse, de manera espontánea e informada, a los términos fácticos de la acusación fiscal y promover con ello una sentencia condenatoria, sin necesidad de desarrollar la secuencia integral y ordinaria del juicio oral, sobre todo lo concerniente a la actividad probatoria. Se trataba, también de una forma innovadora de abreviar el proceso en su fase de juzgamiento pero distinta de la

²⁰⁰ Sánchez Velarde, Pablo. El Nuevo Proceso Penal. Idemsa. Lima. 2009, pág. 384 y 385.

conclusión anticipada de la instrucción que regulaba la ley 28122 en su artículo 1º y que era posible solamente en la etapa sumarial. Sin embargo, la ley no establecía un efecto específico de la conformidad en la determinación de la pena concreta. Esta omisión así como lo equivoco de la redacción del artículo 5º que aludía a una “confesión sincera” en su párrafo inicial, suscitó confusiones entre los operadores judiciales que aplicaban en tales casos penas por debajo del mínimo legal en base a lo dispuesto en el artículo 136º del Código de Procedimientos Penales. Esta praxis judicial no era coherente con la función y ocasión premial de la nueva institución, lo cual motivo la emisión de dos ejecutorias Supremas vinculantes orientadas a diferenciar la conformidad de la confesión sincera y a precisar, además, los efectos punitivos que debía aportar la primera para la configuración judicial de pena concreta.

Fue así que en una primera Ejecutoria Suprema vinculante, recaída en la causa N° 1766-2004 de la Sala Penal Permanente, del 1 de setiembre de 2004, se distinguió con claridad la naturaleza y eficacia procesal de la confesión sincera y de la conformidad. Sin embargo, en lo atinente a la determinación judicial de la pena, la resolución judicial se limitó a reconocer la amplia flexibilidad que ostentaba el Tribunal, en atención a las circunstancias del caso, para decir la penalidad aplicable al imputado conformado dentro de los límites postulados por la acusación fiscal y no necesariamente debajo del mínimo legal. En relación con ello se señaló expresamente: “El Tribunal está autorizado, al reconocerse los hechos acusados, a recorrer la pena en toda su extensión, desde la más alta prevista en el tipo penal hasta la mínima inferida...” Considerando Cuarto).

Posteriormente en la segunda Ejecutoria Suprema vinculante, emitida en el expediente 206-2005, del 12 de julio de 2005, la Sala Penal Permanente calificó al supuesto del artículo 5º de la ley 28122 como una modalidad especial de finalización del proceso. En la cual al no efectivizarse actividad probatoria previa, orientada a verificar lo aceptado por las partes, la sentencia conformada que deberá emitirse no requiere la votación antelada de cuestiones de hecho. Sobre todo, “porque la norma especial no lo estipula de modo expreso, sino también porque el citado artículo doscientos ochenta y uno de la Ley Proceso Penal presupone una

anuencia precedida de la contradicción de cargos y una actividad probatoria realizada para verificar-rechazando o aceptando-las afirmaciones de las partes, que es precisamente lo que no existe en esta modalidad especial de procedimiento”.





CAPÍTULO V

INVESTIGACIÓN DE CARPETAS FISCALES

TABLA N° 1

Requerimiento de acusación fiscal por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar en donde se aprecia la edad de los imputados, tramitado en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana San Román, año 2011.

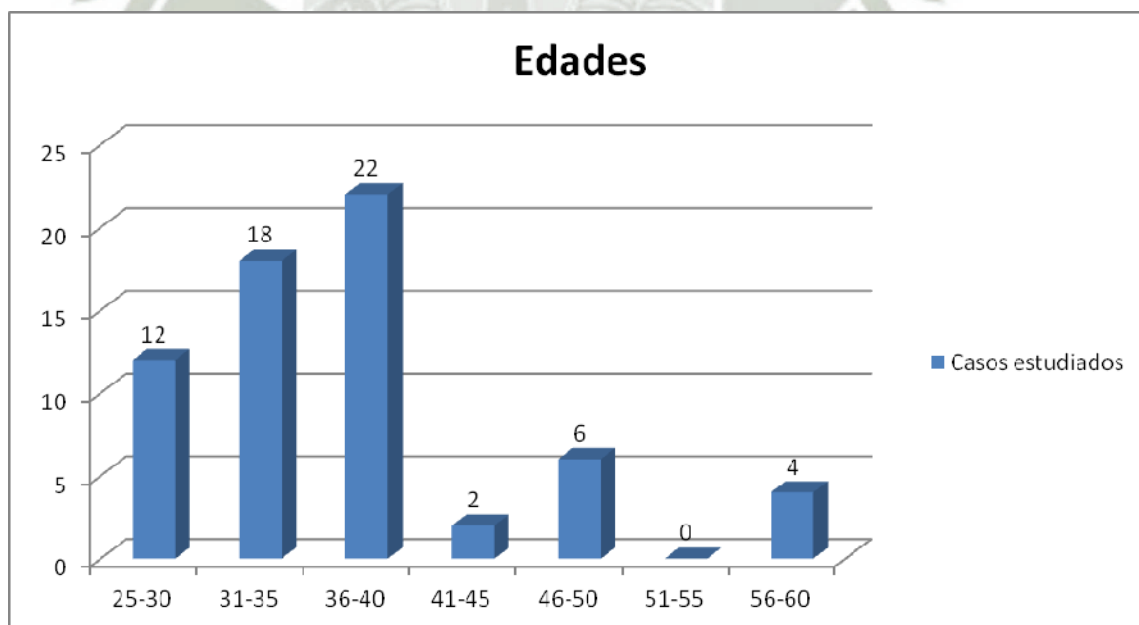
Resumen por edades

Edades	Casos estudiados	Porcentaje
25-30	12	18.8%
31-35	18	28.1%
36-40	22	34.4%
41-45	2	3.1%
46-50	6	9.4%
51-55	0	0.0%
56-60	4	6.3%
Total de casos	64	100%

Fuente: Carpetas Fiscales revisados en el Ministerio Público de la Provincia de San Román

Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 1
Resumen por edades



Fuente: Elaborado por la investigadora

La tabla y la gráfica que anteceden nos demuestran que en el año 2011, en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana de la provincia de San Román, los imputados por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar de mayor incidencia se dieron entre las edades de 36-40 años.

La estadística nos demuestra que: la edad de los imputados por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar tiene la edad de 36 a 40 años de 64 carpetas fiscales con requerimiento de acusación fiscal, lo que representa el 34.49%, seguido de la edad de 31 a 35 años, en 64 carpetas fiscales, lo que representa 28.19%; se precisa que, no se ha registrado carpetas fiscales en donde los imputados tengan la edad entre 51 a 55 años de edad.

Por lo que el mayor porcentaje de los acusados oscila entre los 31 a 35 años de lo que se infiere una edad promedio en el que se puede cumplir a cabalidad con las obligaciones alimentarias, ya que se encuentran en plena capacidad física y mental inclusive laboral.

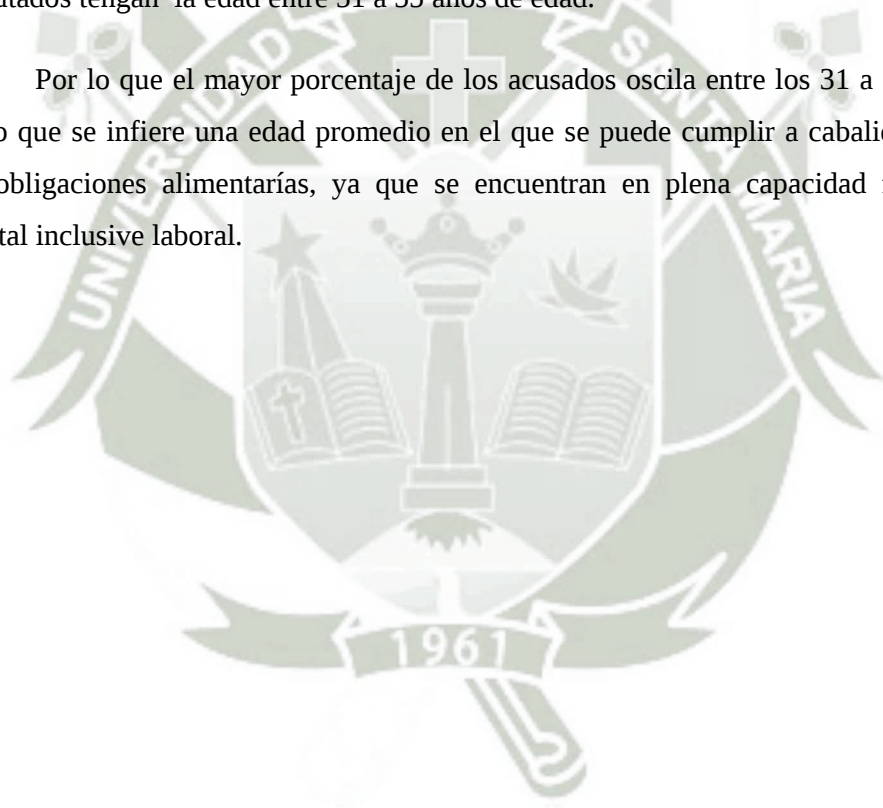


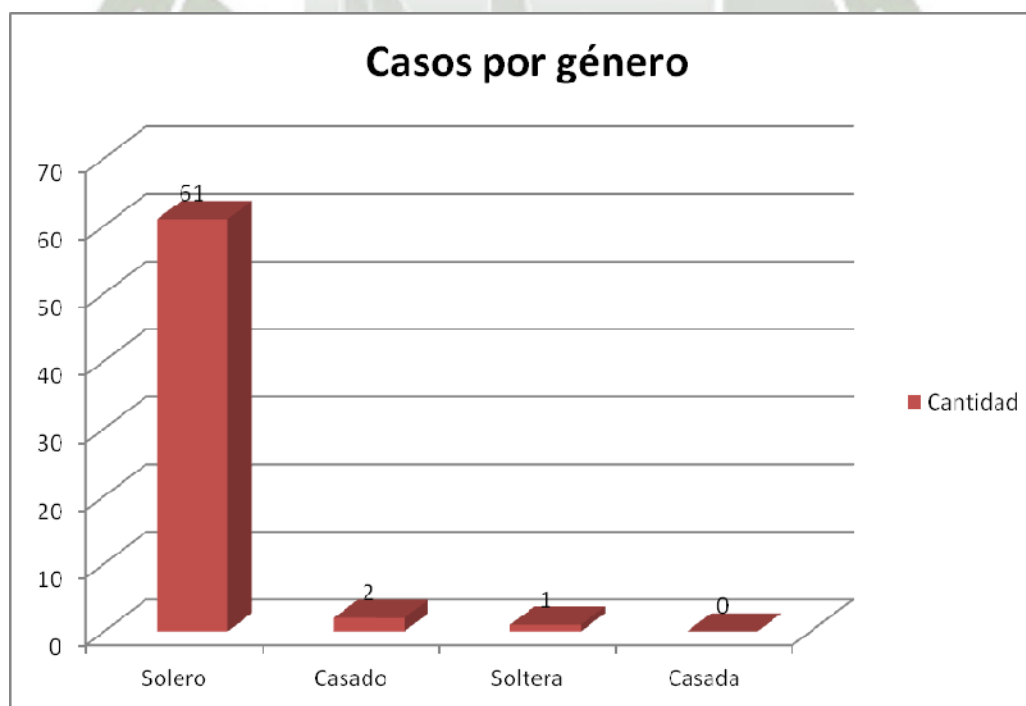
TABLA N° 2

Los casos por género y estado civil de los imputados por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar con requerimiento de acusación fiscal tramitado en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana Cercado-San Román, año 2011.

Casos por género y estado civil

Género	Estado Civil	Cantidad	Porcentaje
Varón	Soltero	61	95.3%
	Casado	2	3.1%
Mujer	Soltera	1	1.6%
	Casada	0	0.0%
Total		64	100%

Fuente: Carpetas Fiscales revisados en el Ministerio Público de la Provincia de San Román
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 2
Casos por género y estado civil


Fuente: Elaborado por la investigadora

La tabla y la gráfica que anteceden, se refieren al requerimiento de acusación fiscal en donde se aprecia el género y estado civil de los imputados por la comisión del delito omisión de asistencia familiar, tramitados en la Primera Fiscalía Provincial Penal de Decisión Temprana de la provincia de San Román, en el año 2011.

Los resultados nos permite verificar que; de un total de 64 carpetas fiscales con requerimiento de acusación fiscal, se tiene que los imputados son de estado civil soltero que representa el 95.3%, y los procesado en la condición de casados representa el 3.1%.

Asimismo se tiene respeto al género que se dio el caso de una mujer en su condición de imputada que equivale el 1.6%.

Por lo que se deduce que los acusados por incumplimiento de su obligación alimentaria son solteros y que tiene relación que estas personas no cuentan con una estabilidad sobre todo económica, lo que posiblemente da lugar a la omisión alimentaria o teniendo la capacidad no cumplen.

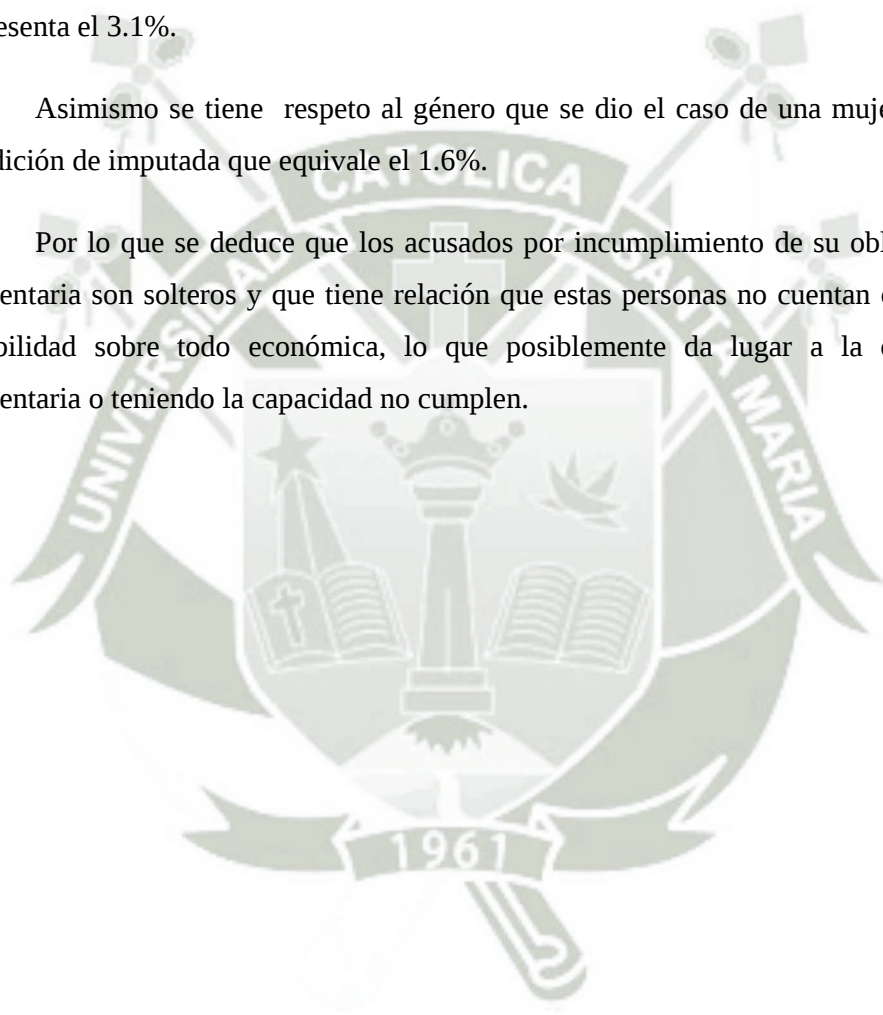


TABLA N° 3

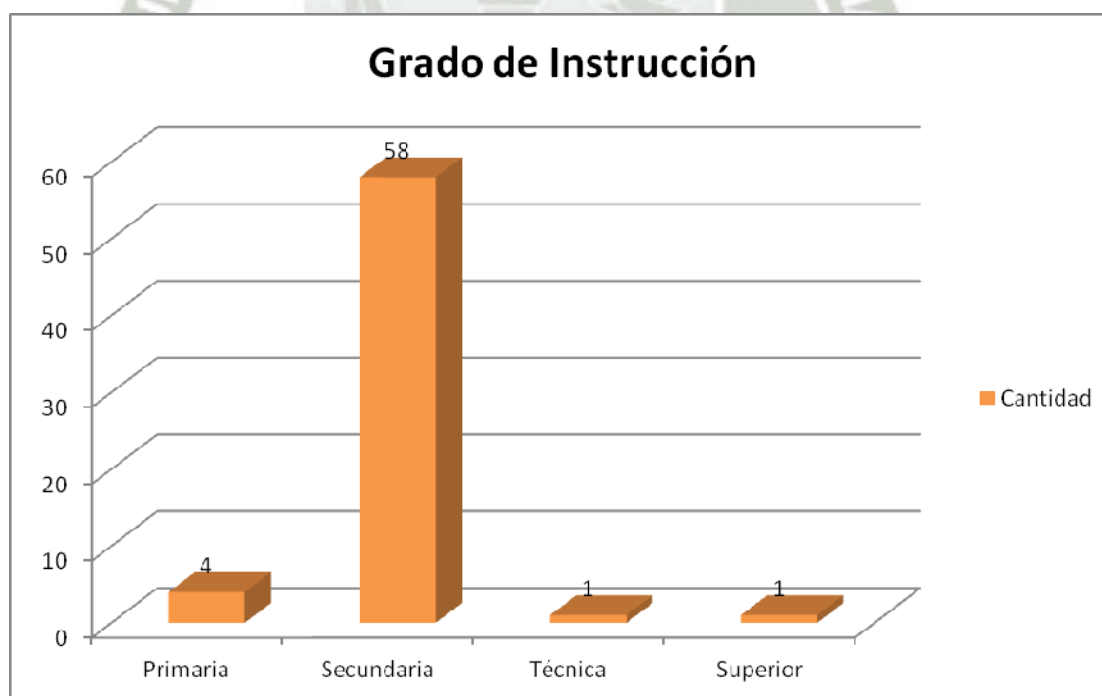
Grado instrucción de los imputados por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar con requerimiento de acusación fiscal tramitado en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana Cercado-San Román, año 2011.

Grado de Instrucción

Grado de Instrucción	Cantidad	Porcentaje
Primaria	4	6.3%
Secundaria	58	90.6%
Técnica	1	1.6%
Superior	1	1.6%
Total	64	100%

Fuente: Carpetas Fiscales revisados en el Ministerio Público de la Provincia de San Román
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 3
Grado de Instrucción



Fuente: Elaborado por la investigadora

La tabla y la gráfica que anteceden se refiere al grado de instrucción de los imputados por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar tramitado en la Primera Fiscalía de Decisión Temprana de la provincia de San Román en el año 2011.

Los resultados nos permite verificar que: de un total de 64 carpetas fiscales con requerimiento de acusación fiscal, 58 carpetas corresponde a los procesados que tienen el grado de instrucción secundaria, lo que representa un 90.6%; seguido de los procesados con grado de instrucción primaria 04 carpetas, lo que representa el 6.3%, asimismo se tiene que 01 carpeta que tiene el grado de instrucción de técnica y superior, lo que representa el 1.6%.

Se hace presente que, el señor representante del Ministerio Público para efectos de determinar la cuantía de la pena que se solicita se considera la responsabilidad del agente y la gravedad del hecho cometido, lo cual es el resultado del análisis de varias circunstancia conforme lo preceptúa el artículo 45 y 46 del Código penal, y una de ellas el grado de instrucción.

En esta gráfica el mayor porcentaje de personas obligadas, tiene un nivel educativo de instrucción secundaria, lo que denota que son concientes de la responsabilidad que deben tener frente a sus hijos por el nivel académico que ostentan y no cumplen.

TABLA N° 4

Situación familiar de los imputados por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar con requerimiento de acusación tramitado en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana de San Román, año 2011.

Situación familiar

Situación familiar	Cantidad	Porcentaje
No acredita carga familiar	64	100%
Acredita carga familiar	0	0%
Total	64	100%

Fuente: Carpetas Fiscales revisados en el Ministerio Publico de la Provincia de San Román
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 4

Situación familiar



Fuente: Elaborado por la investigadora

La tabla y la gráfica que anteceden se refiere a la situación familiar de los imputados por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar con requerimiento de acusación fiscal tramitado en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana de la provincia de San Román en el año 2011.

Los resultados nos permite inferir que: de un total de 64 carpetas fiscales con requerimiento de acusación fiscal 64 carpetas fiscales corresponde de los procesados que no acreditan carga familiar, lo que representa el 100%, porque en ninguna carpeta fiscal se acredita que tengan carga familiar.

Se hace presente que, el señor representante del Ministerio Público para efectos de determinar la reparación civil debe tomarse en cuenta lo dispuesto en el artículo 92 a 101 del Código Penal, los cuales deben ser concordados con lo dispuesto en los artículos 45 y siguientes del referido cuerpo normativo, rigiéndose la misma por el principio del daño causado, debiendo individualizar y fijarse la cantidad de dicha reparación.

Ahora bien, la determinación del monto indemnizatorio que deberá pagar el acusado, debe responder a criterios objetivos, racionales y ponderables. Si bien la reparación civil en el delito de omisión de asistencia familiar debe estar estrechamente vinculado al grado de afectación del bien jurídico protegido “deber de asistencia”, también se debe tener en cuenta las condiciones sociales y económicas del acusado, por ello es necesario la situación familiar del acusado.

Por lo que en esta tabla se aprecia la irresponsabilidad y falta de conciencia para cumplir con sus obligaciones alimentarias, ya que pese a que no tienen otra carga familiar con otras terceras personas no cumplen con sus obligaciones, cuando es totalmente factible asumir tal responsabilidad.

TABLA N° 5

Número de alimentistas en los requerimientos de acusación fiscal por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana de San Román, año 2011.

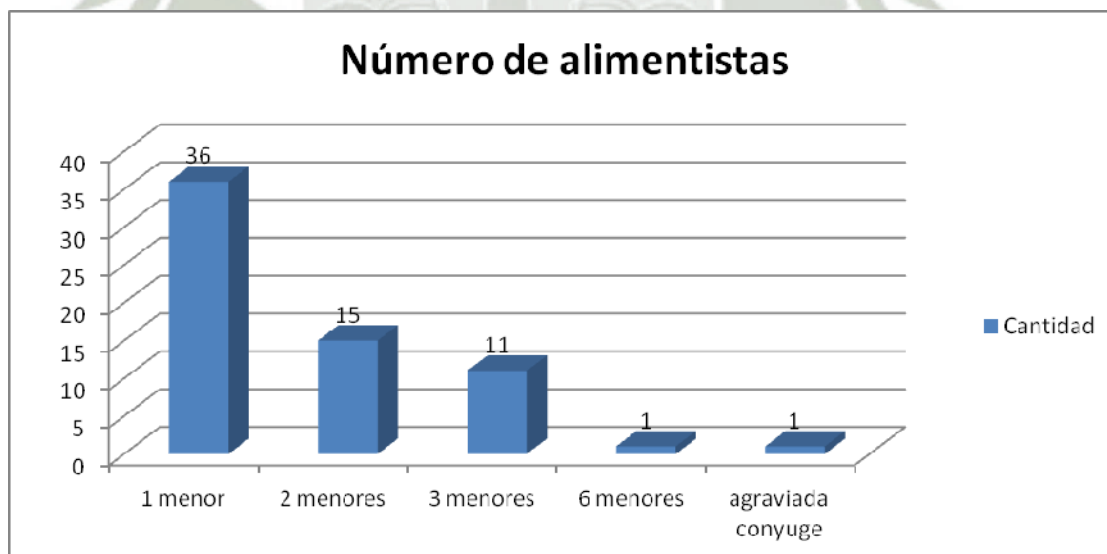
Número de alimentistas

Nro. de alimentistas	Cantidad	Porcentaje
1 menor	36	56%
2 menores	15	23%
3 menores	11	17%
6 menores	1	2%
agraviada cónyuge	1	2%
Total	64	100%

Fuente: Carpetas fiscales revisados en el Ministerio Público de la Provincia de San Román
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 5

Número de alimentistas



Fuente: Elaborado por la investigadora

La tabla y la gráfica que anteceden se refiere al número de alimentistas en los requerimientos de acusación fiscal por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar tramitado en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana de la provincia de San Román en el año 2011.

Los resultados nos permite inferir que: de 64 carpetas fiscales con requerimiento de acusación fiscal, en 36 carpetas se tiene que los alimentistas es 01, lo que representa el 56%, en 15 carpetas se aprecia que existe 02 alimentistas, lo que representa el 23%; asimismo en una sola carpeta se aprecia que los alimentistas son 06 equivalente al 2%.

Se hace presente que, el señor Juez de Paz Letrado donde se tramito el proceso de alimentos y por consiguiente se emitió la sentencia tuvo en consideración la cantidad de alimentistas para fijar el monto de los alimentos.

De lo que se vislumbra que los obligados en el mayor porcentaje sólo tienen que cumplir con un solo menor, cuyo hecho por se un solo beneficiario resulta totalmente factible asumir dicha responsabilidad alimentaría no siendo muy elevado el monto de le pensión tratándose de un solo hijo, pero aún así no cumple.

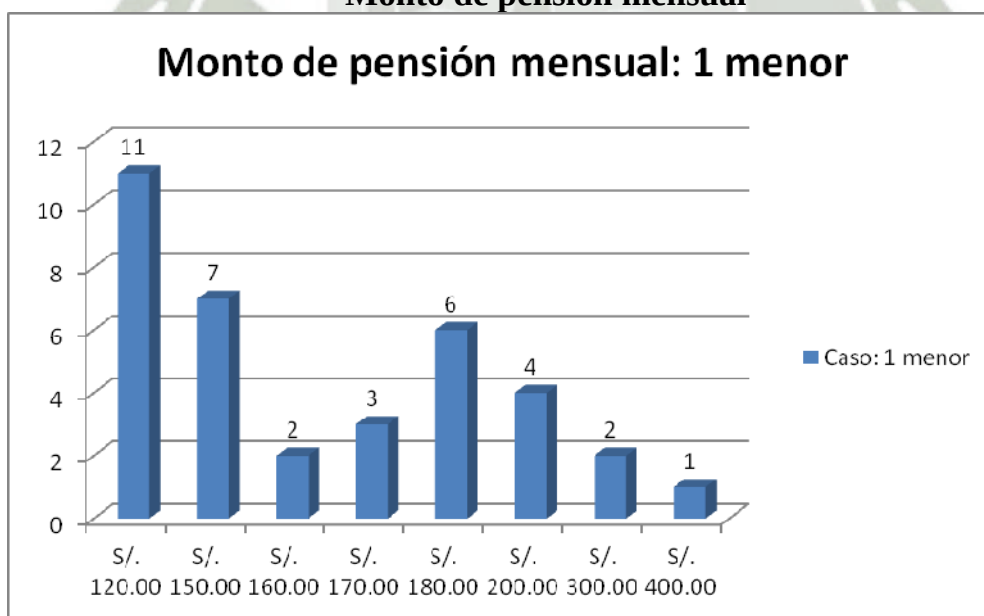
TABLA N° 6

Monto de pensión mensual en los requerimientos de acusación fiscal por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar tramitados en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana de San Román, año 2011.

Monto de pensión mensual

Monto de pensión mensual	Caso: 1 menor	Porcentaje
S/. 120.00	11	31%
S/. 150.00	7	19%
S/. 160.00	2	6%
S/. 170.00	3	8%
S/. 180.00	6	17%
S/. 200.00	4	11%
S/. 300.00	2	6%
S/. 400.00	1	3%
Total	36	100%

Fuente: Carpetas Fiscales revisados en el Ministerio Público de la Provincia de San Román
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 6
Monto de pensión mensual


Fuente: Elaborado por la investigadora

La tabla y la gráfica que anteceden se refieren a la pensión alimenticia que equivale en un monto que debió pagar en forma mensual y por adelantado, el imputado.

Los resultados nos permite comprobar que: de 64 carpetas fiscales con requerimiento de acusación fiscal, en 11 carpetas se tiene que los alimentos asciende a la suma de S/. 120.00 Nuevos Soles, lo que representa el 31%, en 07 carpetas se aprecia la cantidad de S/.150.00 Nuevos Soles, lo que representa el 19%; en 02 carpetas S/. 160.00 Nuevos Soles, lo que representa el 6%. En 03 carpetas se fijo la de suma de S/. 170.00 Nuevos Soles, lo que representa el 03%, asimismo en 6 carpetas la cantidad de S/. 180.00 Nuevos Soles, lo que equivale 17%. En cuatro carpetas se tiene la cantidad de S/. 200.00 Nuevos soles, lo que representa 11%. Asimismo se tiene la cantidad de S/. 300.00 Nuevos Soles, lo que equivale el 6%. Y en una sola carpeta se tiene la cantidad S/.400.00 Nuevos Soles, lo que equivale el 3%.

Se hace presente que, el imputado no ha cumplido con lo dispuesto en la resolución judicial que se plasma en una sentencia judicial, lo que motivó que se realice una liquidación de alimentos, lo que origina al proceso de omisión de asistencia familiar.

Asimismo se aprecia que el mayor porcentaje sobre el monto de la pensión alimentaria no sobrepasa de S/120.00 Nuevos Soles mensuales, que conforme a una apreciación objetiva, al costo de vida de ese entonces y la canasta básica familiar en una cifra viable y factible de cumplimiento, pero los obligados se rehúsan a su cumplimiento.

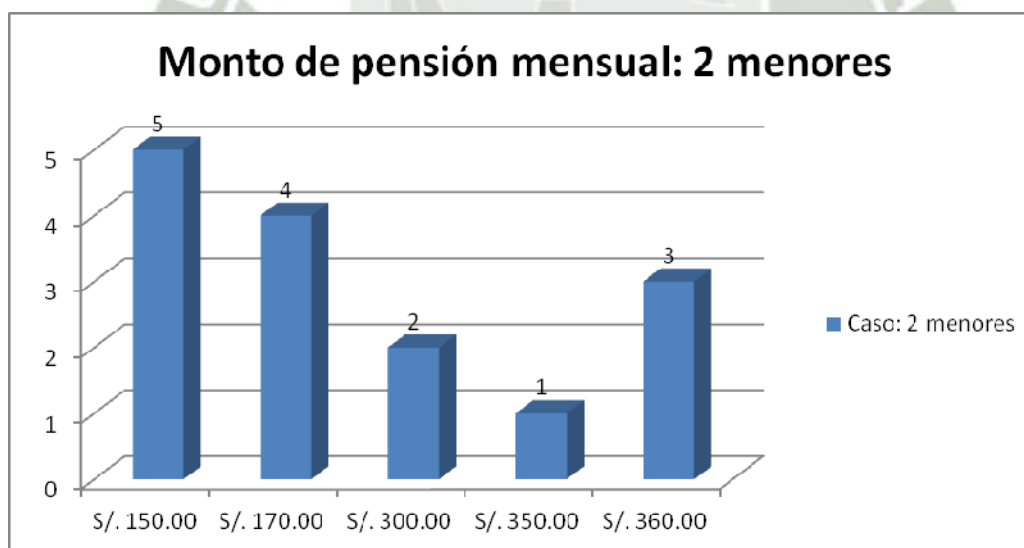
TABLA N° 7

Monto de pensión mensual en los requerimientos de acusación fiscal por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar tramitados en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana de San Román, año 2011, en donde los alimentistas son dos personas.

Monto de pensión mensual

Monto de pensión mensual	Caso: 2 menores	Porcentaje
S/. 150.00	5	33%
S/. 170.00	4	27%
S/. 300.00	2	13%
S/. 350.00	1	7%
S/. 360.00	3	20%
Total	15	100%

Fuente: Carpetas Fiscales revisados en el Ministerio Público de la Provincia de San Román
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 7
Monto de pensión mensual


Fuente: Elaborado por la investigadora

La tabla y la gráfica que anteceden se refieren a la pensión alimenticia que equivale en un monto que debió pagar en forma mensual y por adelantado, el imputado en este caso cuando los alimentistas son dos personas.

Los resultados nos permite comprobar que: de 64 carpetas fiscales con requerimiento de acusación fiscal, en 05 carpetas en donde los alimentistas son dos personas los alimentos asciende a la suma de S/. 150.00 Nuevos Soles, lo que representa el 33%, en 04 carpetas en donde los alimentistas son dos personas se aprecia la cantidad de S/.170.00 Nuevos Soles, lo que representa el 27%; en 02 carpetas en donde los alimentistas son dos personas el monto asciende a S/.300.00 Nuevos Soles, lo que representa el 13%. En 01 carpeta fiscal en donde los alimentas son dos se fijo la de suma de S/. 350.00 Nuevos Soles, lo que representa el 7%, asimismo en 03 carpetas la suma asciende a S/. 360.00 Nuevos Soles, lo que equivale 20%.

Se hace presente que, el imputado no ha incumplido con lo dispuesto en la resolución judicial que se plasmo en una sentencia judicial, lo que motivó que se realice una liquidación de alimentos, lo que origina al proceso de omisión de asistencia familiar.

Según esta tabla y gráfica cuando se trata de dos individuos menores por concepto de alimentos, el monto de la pensión no supera los S/. 150.00 Nuevos Soles, lo que también evidencia que su cumplimiento es totalmente posible y probable, pero aún así no cumplen con sus obligaciones los acusados.

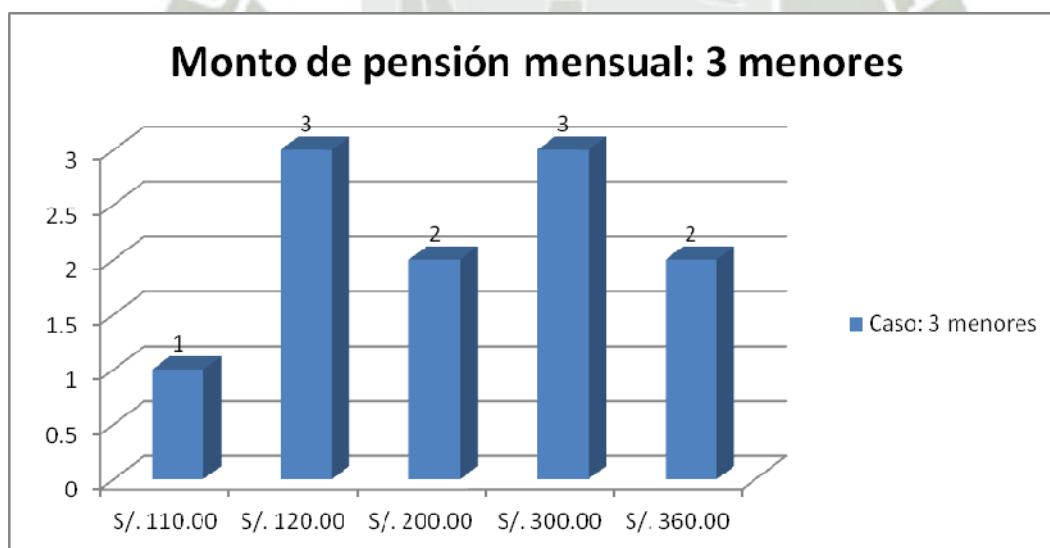
TABLA N° 8

Monto de la pensión mensual en los requerimientos de acusación fiscal por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar tramitados en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana de San Román, año 2011, en donde los alimentistas son tres personas.

Monto de pensión mensual

Monto de pensión mensual	Caso: 3 menores	Porcentaje
S/. 110.00	1	9%
S/. 120.00	3	27%
S/. 200.00	2	18%
S/. 300.00	3	27%
S/. 360.00	2	18%
Total	11	100%

Fuente: Carpetas Fiscales revisados en el Ministerio Público de la Provincia de San Román
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 8
Monto de pensión mensual


Fuente: Elaborado por la investigadora

Los resultados nos permite inferir que: de 64 carpetas fiscales con requerimiento de acusación fiscal, en 01 carpeta en donde los alimentistas son tres personas los alimentos asciende a la suma de S/. 110.00 Nuevos Soles, lo que representa el 9%, en 03 carpetas en donde los alimentistas son tres personas se aprecia la cantidad de 120.00 Nuevos Soles, lo que representa el 27%; en 02 carpetas en donde los alimentistas son tres personas el monto asciende a S/.200.00 Nuevos Soles, lo que representa el 18%. En 03 carpetas fiscal en donde los alimentas son tres se fijo la de suma de S/. 300.00 Nuevos Soles, lo que representa el 27%, asimismo en 02 carpetas la suma asciende a S/. 360.00 Nuevos Soles, lo que equivale 28%.

Se hace presente que, el imputado no ha incumplido con lo dispuesto en la resolución judicial que se plasmo en una sentencia judicial, lo que motivó que se realice una liquidación de alimentos, lo que origina al proceso de omisión de asistencia familiar.

Asimismo en esta tabla y gráfica se observa dos extremos tratándose de tres individuos menores sujetos de derecho alimentario, en uno no supera los S/. 10.00 Nuevos –soles y en otro S/. 300.00 nuevos soles, por la cantidad de hijos también resulta factible cumplir con la obligación alimentaría; sin embargo, no lo hacen.

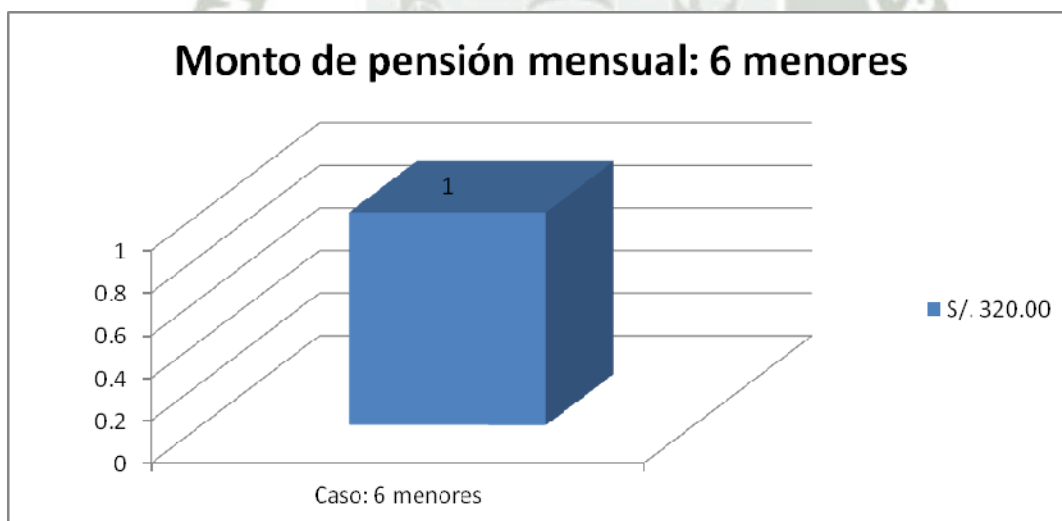
TABLA N° 9

Monto de la pensión mensual en los requerimientos de acusación fiscal por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar tramitados en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana de San Román, año 2011, en donde los alimentistas son seis.

Monto de pensión mensual

Monto de pensión mensual	Caso: 6 menores	Porcentaje
S/. 320.00	1	100%
Total	1	100%

Fuente: Carpetas Fiscales revisados en el Ministerio Público de la Provincia de San Román
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 9
Monto de pensión mensual


Fuente: Elaborado por la investigadora

Los resultados nos permite comprobar que: de 64 carpetas fiscales con requerimiento de acusación fiscal, en 01 carpeta se aprecia que los alimentistas son seis personas y los alimentos asciende a la suma de S/. 320.00 Nuevos Soles, lo que representa el 100%.

Se hace presente que, el acusado no ha cumplido con lo dispuesto en la resolución judicial que se plasmó en una sentencia judicial, lo que motivó que se realice una liquidación de alimentos, lo que origina al proceso de omisión de asistencia familiar.

De igual manera en esta tabla como en las anteriores, pese al irrisorio monto fijado de S/.320 .00 Nuevos Soles, para los menores siendo factible su cumplimiento pero los acusados se rehúsan hacerlo.



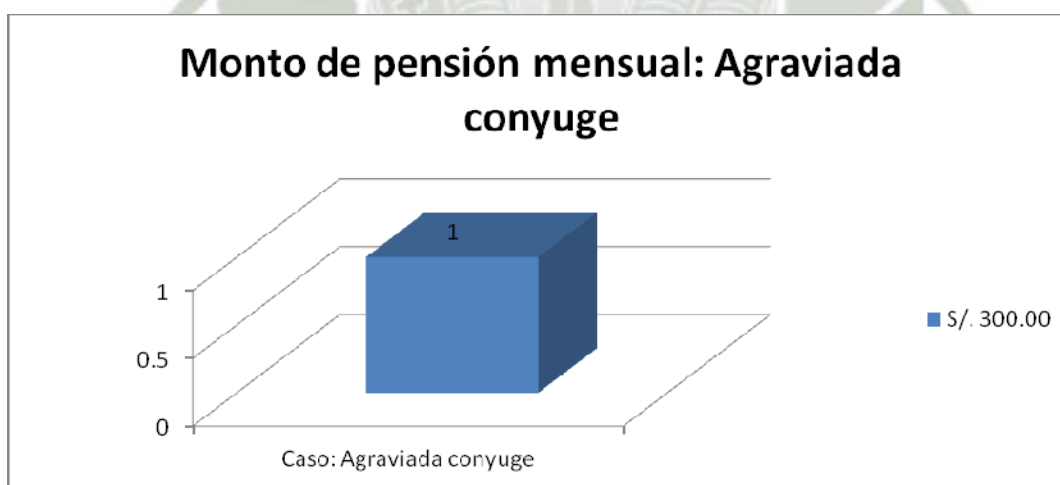
TABLA N° 10

Monto de la pensión mensual en el requerimiento de acusación fiscal por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar tramitados en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana de San Román, año 2011, en donde la alimentista es la cónyuge.

Monto de pensión mensual

Monto de pensión mensual	Caso: Agraviada cónyuge	Porcentaje
S/. 300.00	1	100%
Total	1	100%

Fuente: Carpetas Fiscales revisados en el Ministerio Público de la Provincia de San Román
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 10
Monto de pensión mensual


Fuente: Elaborado por la investigadora

Los resultados nos permite inferir que: de 64 carpetas fiscales con requerimiento de acusación fiscal, en 01 carpeta fiscal se aprecia que la alimentista es la cónyuge y los alimentos asciende a la suma de S/. 300.00 Nuevos Soles, lo que representa el 100%.

Se hace presente que, el imputado ha incumplido con lo dispuesto en la sentencia judicial, lo que motivó que se realice una liquidación de alimentos, lo que origina al proceso de omisión de asistencia familiar.

Del recojo de la información de campo se ha encontrado un solo caso en el que la beneficiara es la cónyuge y aún inclusive en este caso no asumen su responsabilidad el acusado y menos lo hace con sus hijos en otros casos.

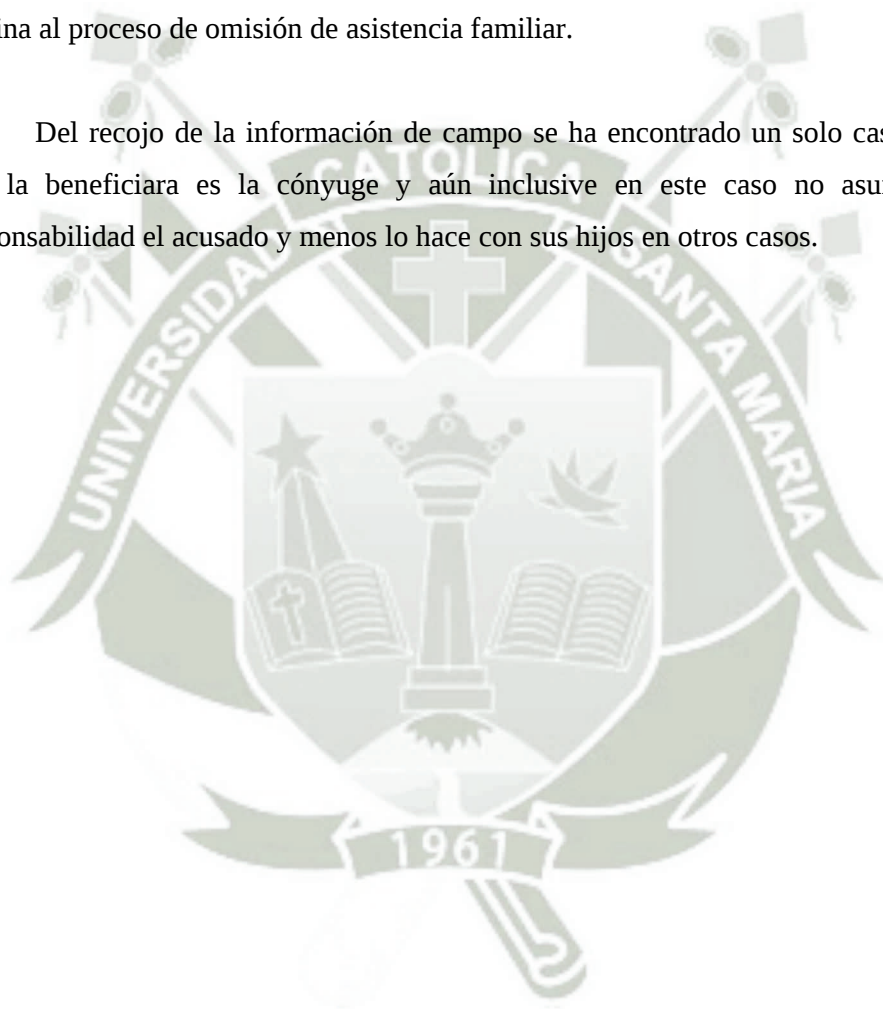


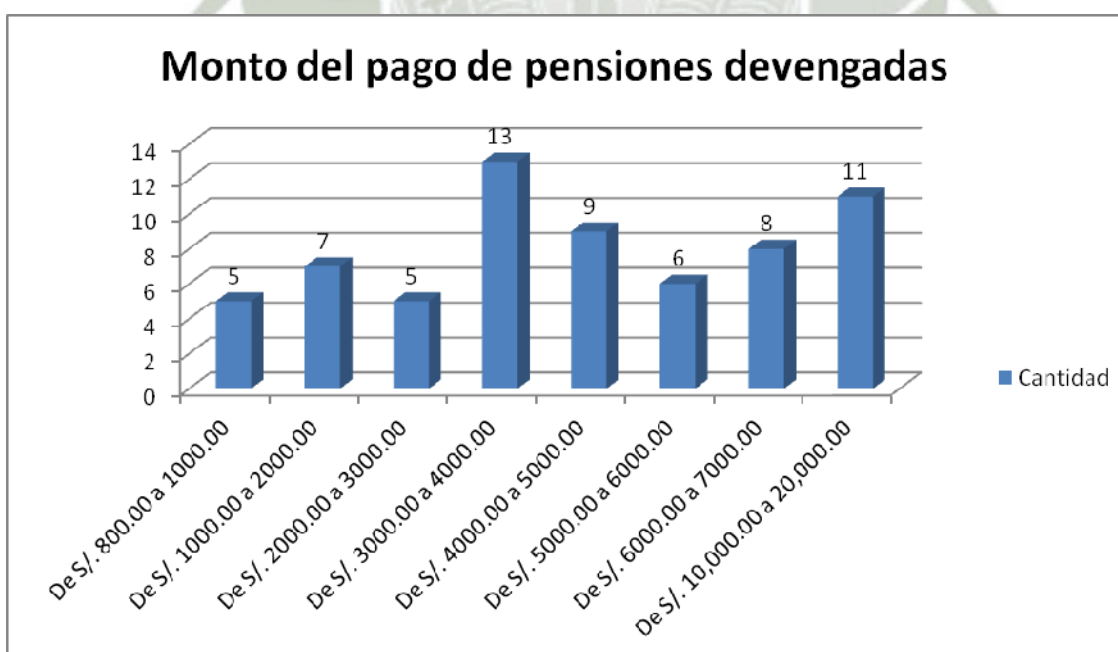
TABLA N° 11

Monto total de la liquidación de los alimentos en el requerimiento de acusación fiscal por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar tramitados en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana de San Román, año 2011.

Monto total de la liquidación de pensiones devengadas

Monto del pago de pensiones devengadas	Cantidad	Porcentaje
De S/. 800.00 a 1000.00	5	7.8%
De S/. 1000.00 a 2000.00	7	10.9%
De S/. 2000.00 a 3000.00	5	7.8%
De S/. 3000.00 a 4000.00	13	20.3%
De S/. 4000.00 a 5000.00	9	14.1%
De S/. 5000.00 a 6000.00	6	9.4%
De S/. 6000.00 a 7000.00	8	12.5%
De S/. 10,000.00 a 20,000.00	11	17.2%
Total	64	100%

Fuente: Carpetas Fiscales revisados en el Ministerio Publico de la Provincia de San Román
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 11
Monto de pensiones devengadas


Fuente: Elaborado por la investigadora

La tabla y la gráfica que anteceden se refieren al monto total de la liquidación de los alimentos que el imputado debió pagar y por el incumplimiento se origina el proceso por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar.

Los resultados nos permite inferir que: de 64 carpetas fiscales con requerimiento de acusación fiscal, en 05 carpetas se tiene que el monto total de los alimentos asciende a la suma de S/. 1000.00 Nuevos Soles, lo que representa el 8.8%, en 07 carpetas se aprecia la cantidad de S/.2000.00 Nuevos Soles, lo que representa el 10.9%; en 05 carpetas la cantidad de S/. 3000.00 Nuevos Soles, lo que representa el 7.8%. En 13 carpetas el monto total asciende a la suma de S/. 4000.00 Nuevos Soles, lo que representa el 20.3%, asimismo en 09 carpetas la cantidad asciende a S/. 5000.00 Nuevos Soles, lo que equivale 14.1%. En 06 carpetas el monto total es la suma de S/. 6000.00 Nuevos soles, lo que representa 9.4%. Asimismo en 08 carpetas la suma es de S/. 7000.00 Nuevos Soles, lo que equivale el 12.5%. Y en 11 carpetas la suma mas de S/.10000.00 Nuevos Soles, lo que equivale el 17.2%.

Por lo que se desprende y se aprecia en forma clara y objetiva la omisión cuasi permanente de sus obligaciones alimentarias de la mayoría de los acusados, apreciándose dos extremos que son el promedio del porcentaje, esto es que las personas que deben pensiones devengas a sus hijos oscila mayoritariamente en los siguientes montos de S/.3000 a S/. 4000 Nuevos Soles, y S/. 10 000 a S/. 20 000 Nuevos Soles, lo que significa que los obligados no han cumplido en lo más mínimo con sus obligaciones alimentarias, sustrayéndose a los mismos, quedándose en desamparo los menores, es en este extremo que se debe tomar en cuenta por el señor fiscal al emitir el requerimiento de acusación fiscal y solicitar la pena correspondiente.

TABLA Nº 12

Período que comprende las pensiones devengadas en el requerimiento de acusación fiscal por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar tramitados en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana de San Román, año 2011.

Período que comprende las pensiones devengadas

Periodo que comprende las pensiones devengadas	Cantidad	Porcentaje
1 mes	3	4.7%
2 meses	5	7.8%
5 meses	3	4.7%
6 meses	4	6.3%
7 meses	2	3.1%
8 meses	2	3.1%
11 meses	6	9.4%
1 año	3	4.7%
1 año y 1 mes	2	3.1%
1 año y 4 meses	4	6.3%
1 año y 6 meses	3	4.7%
1 año y 8 meses	2	3.1%
1 año y 10 meses	3	4.7%
1 año y 11 meses	5	7.8%
2 años y 1 mes	4	6.3%
2 años y 4 meses	2	3.1%
2 años y 7 meses	2	3.1%
2 años y 8 meses	3	4.7%
3 años y 3 meses	2	3.1%
3 años y 10 meses	1	1.6%
5 años y 9 meses	2	3.1%
8 años y 3 meses	1	1.6%
Total	64	100%

Fuente: Carpetas Fiscales revisados en el Ministerio Público de la Provincia de San Román
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 12

Periodo que comprende las pensiones devengadas



Fuente: Elaborado por la investigadora

La tabla y la gráfica que anteceden nos permite inferir el periodo que comprende las pensiones devengadas, por el cual el imputado no cumplido con depositar el monto de las pensiones devengadas y el incumplimiento origina el proceso por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar.

Los resultados nos permite comprobar que: de 64 carpetas fiscales con requerimiento de acusación fiscal, en 01 carpeta fiscal se tiene que el período de las pensiones devengadas es de 09 años y 03 meses, lo que representa el 1.6% y en 06 carpetas fiscales el periodo es de 11, lo que representa el 9.4%.

Por lo que según estos porcentajes la mayor parte de casos seda ante el incumplimiento alimentario, cuando la omisión alcanza un año, transcurrido este período y ante el incumplimiento es que los titulares de los beneficiarios alimentarios deciden instar la acción penal.



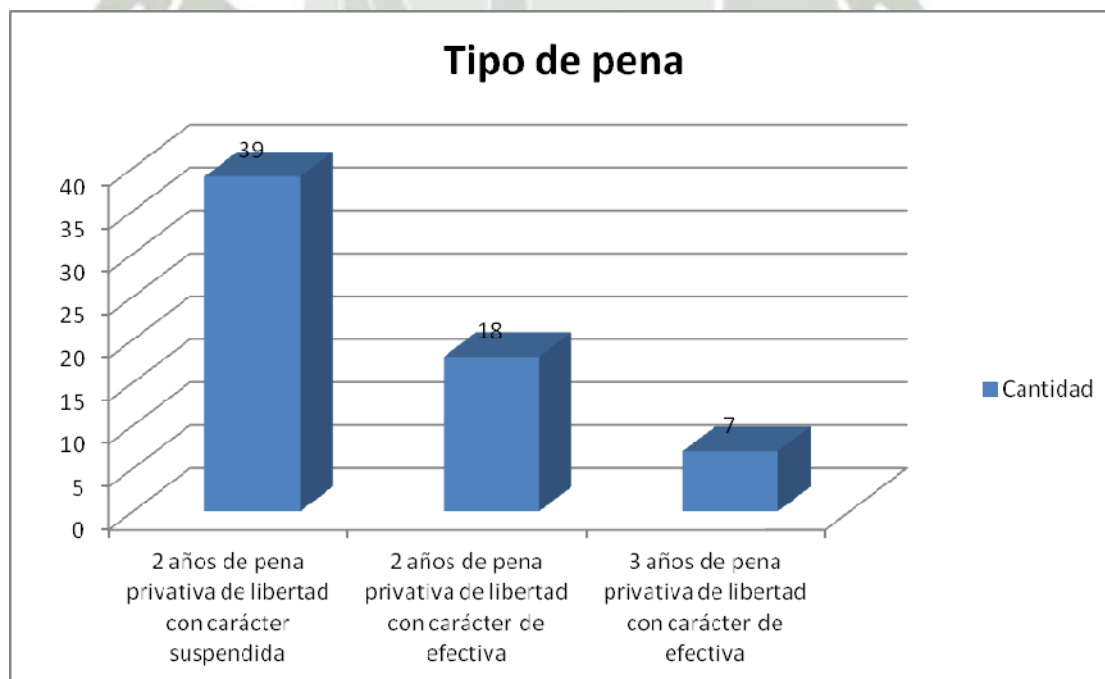
TABLA N° 13

La pena que se solicita en el requerimiento de acusación fiscal por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar tramitado en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana de San Román, año 2011.

Clase de pena

Tipo de pena	Cantidad	Porcentaje
2 años de pena privativa de libertad con carácter suspendida	39	60.9%
2 años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva	18	28.1%
3 años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva	7	10.9%
Total	64	100%

Fuente: Carpetas Fiscales revisados en el Ministerio Público de la Provincia de San Román
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 13
Clase de pena


Fuente: Elaborado por la investigadora

La tabla y la gráfica que anteceden se refieren al tipo de pena que solicita el señor representante del Ministerio Público en el requerimiento de acusación fiscal por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar.

Los resultados nos permite comprobar que: de 64 carpetas fiscales el tipo de pena que solicita el señor Fiscal en 39 casos es de 02 años de pena privativa de libertad de carácter suspendida, lo que representa el 60.9%. En 18 carpetas fiscales la pena que solicita el señor Fiscal es de 02 años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva, lo que representa el 28.1%. Y en 07 casos la pena es 03 años de pena privativa de libertad de carácter de efectiva, lo que representa el 10.9 %.

Se hace presente que el señor representante del Ministerio Público toma en consideración lo preceptúa en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal referente a la proporcionalidad a las sanciones y el artículo 45 y siguientes del referido cuerpo normativo.

En la mayor parte los señores fiscales solicitan una pena suspendida ante el incumplimiento alimenticio y en un porcentaje menor pena efectiva, debiendo revertirse este hecho ya que los obligados en la mayor parte de casos se encuentra en condiciones de satisfacer las pensiones de los menores.

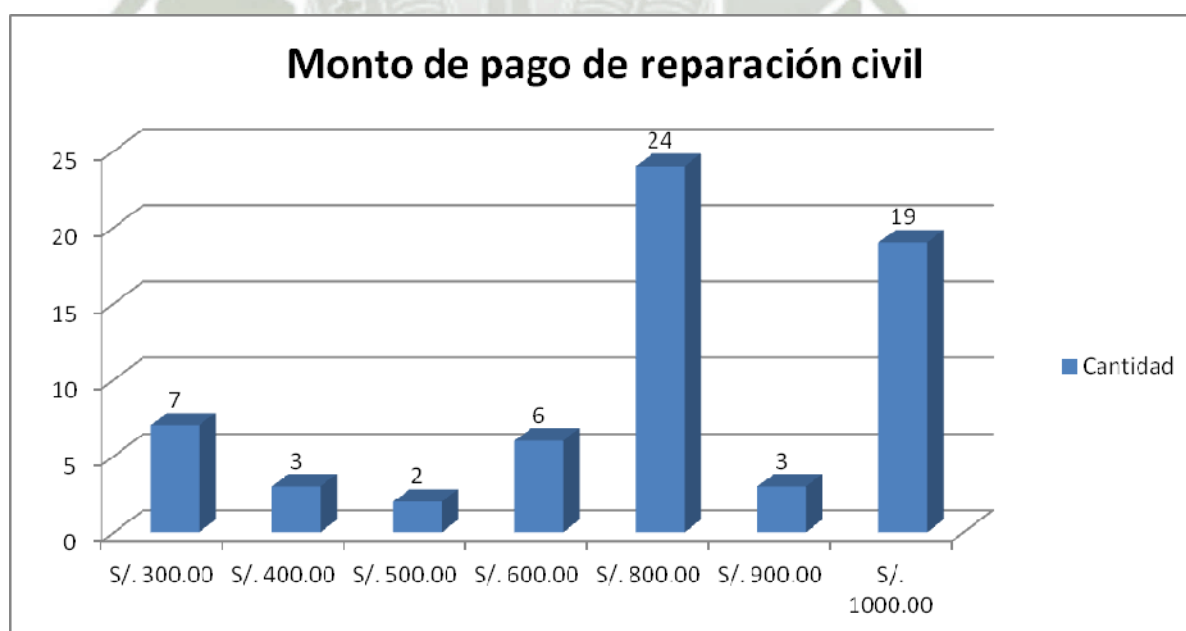
TABLA N° 14

Monto del pago de la reparación civil que se solicita el señor representante del Ministerio Público en el requerimiento de acusación fiscal por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar tramitado en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana de San Román, año 2011.

Monto de pago de reparación civil

Monto de pago de reparación civil	Cantidad	Porcentaje
S/. 300.00	7	10.9%
S/. 400.00	3	4.7%
S/. 500.00	2	3.1%
S/. 600.00	6	9.4%
S/. 800.00	24	37.5%
S/. 900.00	3	4.7%
S/. 1000.00	19	29.7%
Total	64	100%

Fuente: Carpetas Fiscales revisados en el Ministerio Público de la Provincia de San Román
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 14
Monto de pago de reparación civil


Fuente: Elaborado por la investigadora

La tabla y la gráfica que anteceden se refieren al monto del pago de la reparación civil que solicita el señor representante del Ministerio Público en el requerimiento de acusación fiscal por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar.

Los resultados nos permite comprobar que: de 64 carpetas fiscales el monto del pago de la reparación civil que solicita el señor Fiscal en 07 casos es de S/. 300.00 Nuevos Soles, lo que representa el 10.9%. Asimismo en 03 carpetas el monto de la reparación civil es de S/. 400.00 Nuevos Soles, lo que representa el 4.7%. En 02 carpetas el monto asciende a S/. 500.00 Nuevos Soles, lo que representa el 3.1%. En 19 carpetas el monto del pago de la reparación civil es de S/. 1000.00 Nuevos Soles.

Se hace presente que para efectos de determinar el reparación civil (es por daños y perjuicios) debe tomarse en cuenta lo dispuesto en el artículo 92 a 101 del Código Penal, los cuales deben ser concordados con lo dispuesto en los artículos 45 y siguientes del referido cuerpo normativo, rigiéndose la misma por el principio del daño causado, debiendo individualizarse y fijarse la cantidad de dicha reparación en forma prudencial y proporcional con relación al daño causado, cuyo monto fijo debe expresarse necesariamente en nuevos soles.

También en esta tabla se aprecia que en el requerimiento de acusación fiscal se viene solicitando S/. 800.00 Nuevos Soles por concepto de reparación civil, suma totalmente exigua y no proporcional a los daños que se causa a los menores alimentistas.

TABLA N° 15

En el año dos mil once en total 320 personas no cumplieron con pagar las pensiones devengadas en la provincia de San Román, carpetas fiscales que se tramitaron en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana de San Román

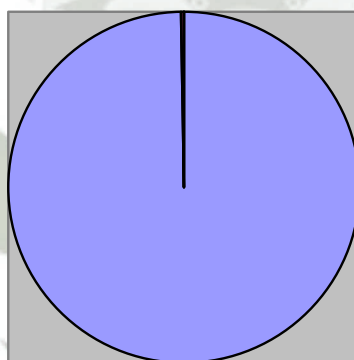
Total de personas que no cumplen con pagar las pensiones devengadas

Número de personas	Cantidad	Porcentaje
No Pagan	320	100%
Total	320	100%

Fuente: Carpetas Fiscales revisados en el Ministerio Publico de la Provincia de San Román
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 15

Fuente: Elaborado por la investigadora



En la Primera Fiscalía de decisión temprana de la Provincia de San Román se han tramitado 320 Carpetas Fiscales en los cuales se aprecia que los acusados han omitido pagar por alimentos, lo que repercute en el alimentista con consecuencias económicas sociales y jurídicas.

TABLA N° 16

Situación Laboral de los acusados por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana de San Román, año 2011.

Situación Laboral

Situación Laboral	Cantidad	Porcentaje
No tiene trabajo	61	95.3%
Si tiene trabajo	03	4.7%
Total	64	100%

Fuente: Carpetas Fiscales revisados en el Ministerio Publico de la Provincia de San Román
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 16
Situación Laboral

Fuente: Elaborado por la investigadora



De la tabla y grafica se aprecia que los acusados se podría en un 99.9% tiene trabajo; sin embargo, no cumple con pagar los alimentos con el pretextó de que no tiene trabajo

TABLA N° 17
**CONSECUENCIAS ECONÓMICAS, SOCIALES Y JURÍDICAS EN LOS
MENORES ALIMENTISTAS**

Verificar el motivo por el cuál las madres de los alimentistas, solicitan que se cumpla con el pago de las pensiones devengas.

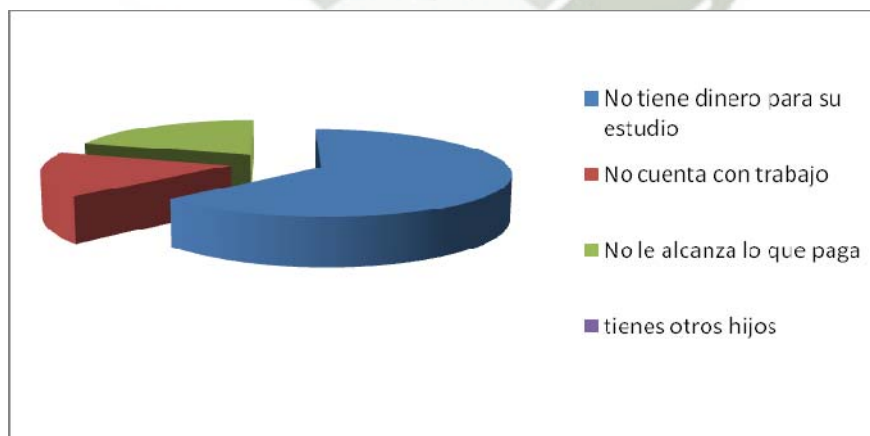
Pago de Pensiones devengadas	Cantidad	Porcentaje
Mi hijo no tiene dinero para su estudio	38	63%
No cuenta con trabajo	10	17%
No le alcanza lo que ganan	12	20%
Tienes otros hijos	0	0%
Total	60	100%

Fuente: Cuestionario realizado a las madres de los menores alimentas en la Provincia de San Román.

Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 17

Resumen respecto al motivo por el cuál se solicita que cumpla con el pago de las pensiones devengadas el padre del menor alimentista



La tabla y la gráfica que anteceden se refiere específicamente el cuestionario que se realizó a las madres de los menores, a efecto de determinar las consecuencias económicas, sociales y jurídicas en los menores, por lo que se les consigno la pregunta cuál es el motivo por el cual usted, solicita que cumpla con el pago de las pensiones devengas el padre su de su hijo, consignado tres alternativa, que su hijo no tiene para sus estudios, alimentos y otros, b) que la madre no cuenta con trabajo para el sostenimiento del menor y la alternativa c) respecto que la madre realizaba labores de limpieza y no le alcanza lo que gana.

En mayor número de los alimentistas no se cumple con uno de los componentes del derecho de alimentos, como son los estudios, es este uno de los factores que tiene mayor incidencia, afectando gravemente el desarrollo y ascenso personal dentro de la sociedad del menor.

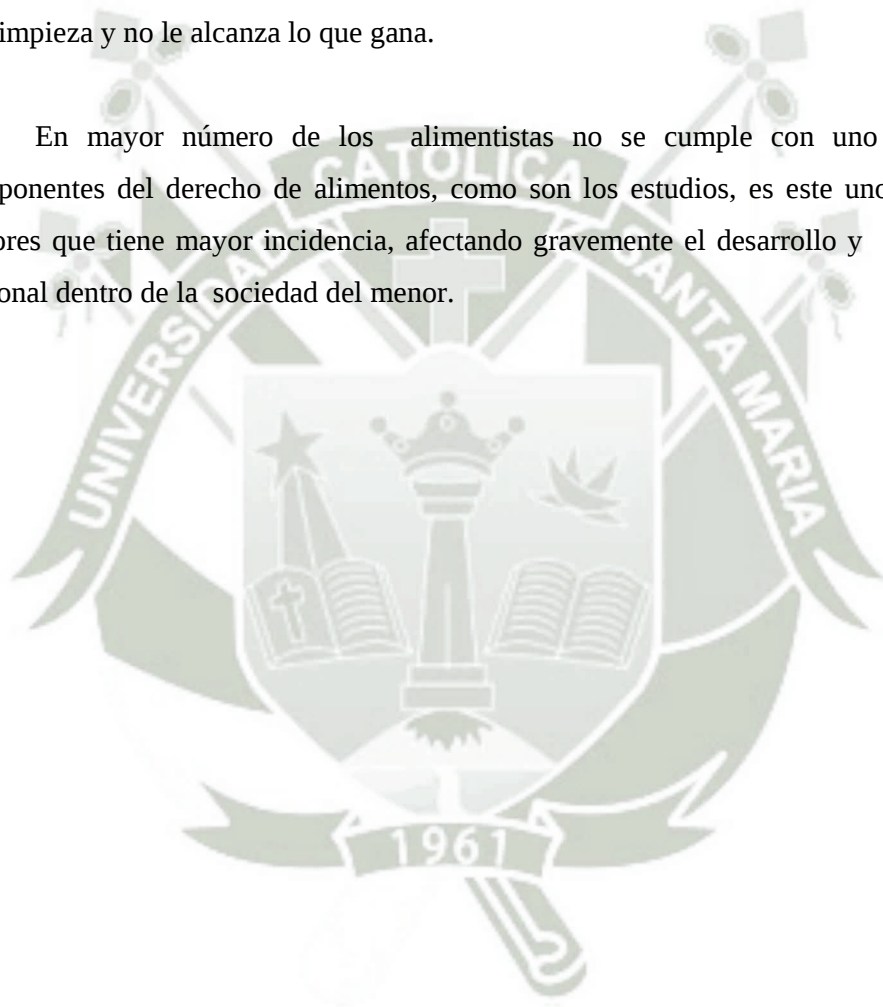


TABLA N° 18

**CONSECUENCIAS ECONÓMICAS, SOCIALES Y JURÍDICAS EN LOS
MENORES ALIMENTISTAS**

Verificar el número de hijos alimentistas

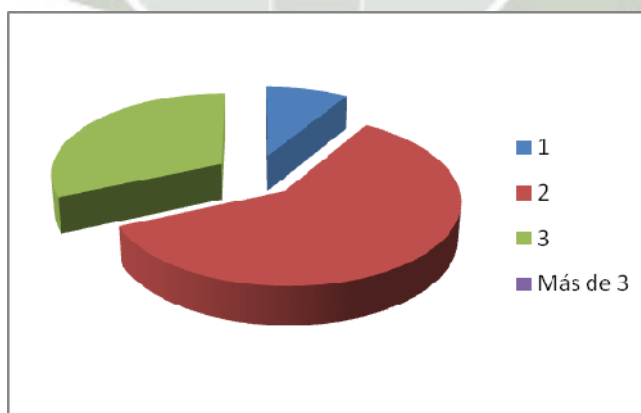
Cuantos hijos tiene	Cantidad	Porcentaje
1	5	9%
2	34	60%
3	18	32%
Más de 3	0	0%
Total	57	100%

Fuente: Cuestionario realizado a las madres de los menores alimentas en la Provincia de San Román.

Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 18

Resumen respecto a la cantidad de hijos que tiene a su cargo las madres que solicitan los alimentos.



En esta tabla y gráfica se aprecia dentro de la composición familiar de madre e hijo, son dos los individuos menores a los que hay que satisfacer alimentariamente cuya omisión genera un resquebrajamiento familiar, cuyo cumplimiento económico por parte del obligado tiene consecuencias nefastas.



TABLA N° 19
**CONSECUENCIAS ECONÓMICAS, SOCIALES Y JURÍDICAS EN LOS
MENORES ALIMENTISTAS**

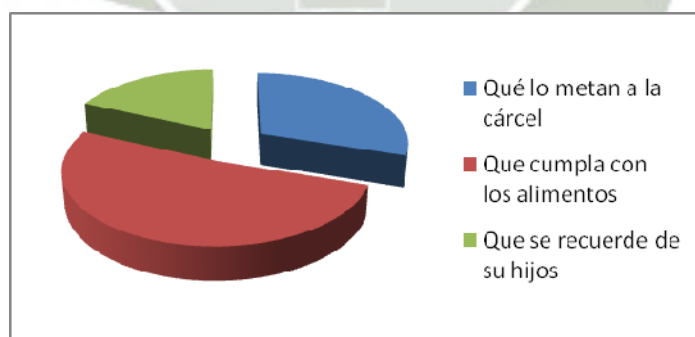
Verificar el motivo por el cuál denuncian en la vía penal, al padre de sus menores hijos.

Que pretende al denunciar en la vía Penal	Cantidad	Porcentaje
Qué lo metan a la cárcel	18	30%
Que cumpla con los alimentos	31	52%
Que se recuerde de su hijo	11	18%
Total	60	100%

Fuente: Cuestionario realizados a las madres de los menores alimentas en la
Provincia de San Román.
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 19

Resumen respecto por el cuál denuncian en la vía penal al padre de los menores
alimentistas



En esta tabla y gráfica se puede apreciar ante el incumplimiento de las obligaciones alimentarias la madre de los menores alimentistas recurrente a la vía penal en mayor porcentaje para que cumplan con los alimentos y en un segundo porcentaje pretenden que el obligado sea recluido en un establecimiento penitenciario, en ambos casos se observa que la pretensión básicamente es que cumpla con los alimentos de los menores.



TABLA N° 20

**CONSECUENCIAS ECONÓMICAS, SOCIALES Y JURÍDICAS EN LOS
MENORES ALIMENTISTAS**

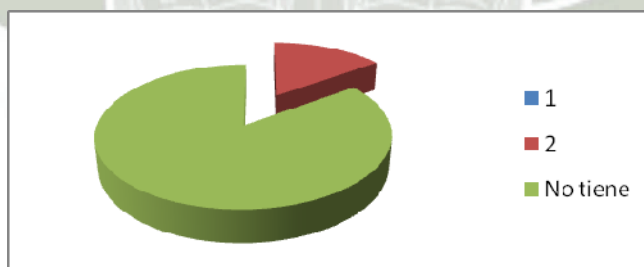
Verificar si los menores alimentistas tienen amigos de su generación

Cuántos amigos tiene su hijo	Cantidad	Porcentaje
1	0	0%
2	9	15%
No tiene	51	85%
Total	60	100%

Fuente: Cuestionario realizados a las madres de los menores alimentas en la
Provincia de San Román.
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 20

Resumen respecto si los menores tienen amigos



En esta tabla y gráfica se puede apreciar que el desarrollo bio psicosocial de los menores alimentistas se ve disminuido, sobre todo en su interacción con otros individuos de su generación, esto debido fundamentalmente a su falta de autoestima generado por la ausencia paterna y peor aún cuando éste no satisface sus necesidades alimentarias, dando lugar inclusive aún auto aislamiento de los demás y en otros casos de discriminación.



TABLA N° 21
**CONSECUENCIAS ECONÓMICAS, SOCIALES Y JURÍDICAS EN LOS
MENORES ALIMENTISTAS**

Verificar si los menores alimentistas concurren a fiestas de sus amigos de su generación

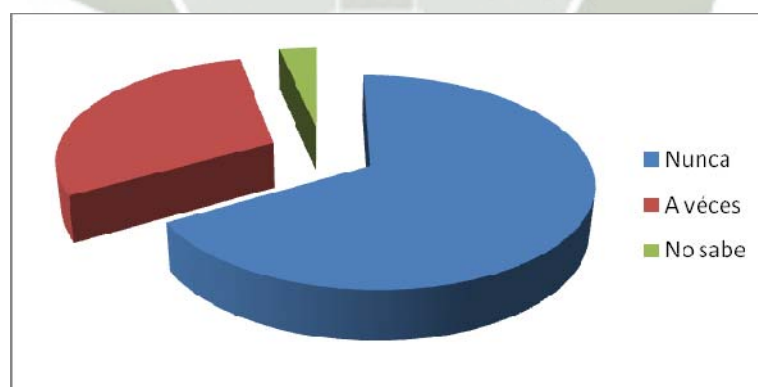
Su hijo concurre a fiestas de sus amigos	Cantidad	Porcentaje
Nunca	40	67%
A veces	18	30%
No sabe	2	3%
Total	60	100%

Fuente: Cuestionario realizados a las madres de los menores alimentas en la
Provincia de San Román.

Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 21

Resumen respecto si los menores asisten a fiestas



En la tabla y gráfica que antecede se tiene que los menores alimentistas sufren una consecuencia gravísima ya que ante la situación del mismo hecho de encontrarse en dicha situación, económica, social no se integra mayoritariamente a las actividades sociales de los otros menores de su generación, lo que indudablemente va dar origen a individuos con resentimiento social.



TABLA N° 22

**CONSECUENCIAS ECONÓMICAS, SOCIALES Y JURÍDICAS EN LOS
MENORES ALIMENTISTAS**

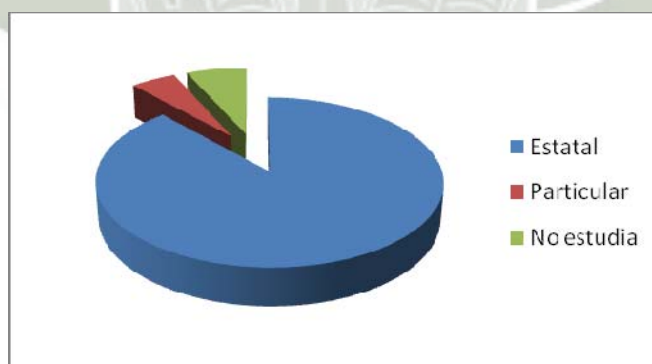
Verificar la procedencia del Centro Educativo en el cuál estudian los menores alimentistas

Su hijo en que colegio estudia	Cantidad	Porcentaje
Estatad	53	88%
Particular	3	5%
No estudia	4	7%
Total	60	100%

Fuente: Cuestionario realizados a las madres de los menores alimentas en la
Provincia de San Román.
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 22

Resumen respecto al Colegio en el cuál estudian los menores alimentistas



Indudablemente ante una carencia económica, cuyo origen es el incumplimiento de las obligaciones alimentarias de los padres de los menores, no queda otra alternativa que los alimentistas sigan sus estudios educativo en una institución educativa estatal con las limitaciones del caso, lo que no va permitir que su desarrollo bio psicosocial sea dentro de los índices normales a diferencia de otros menores que si cuentan con apoyo suficiente.



TABLA N° 23

**CONSECUENCIAS ECONÓMICAS, SOCIALES Y JURÍDICAS EN LOS
MENORES ALIMENTISTAS**

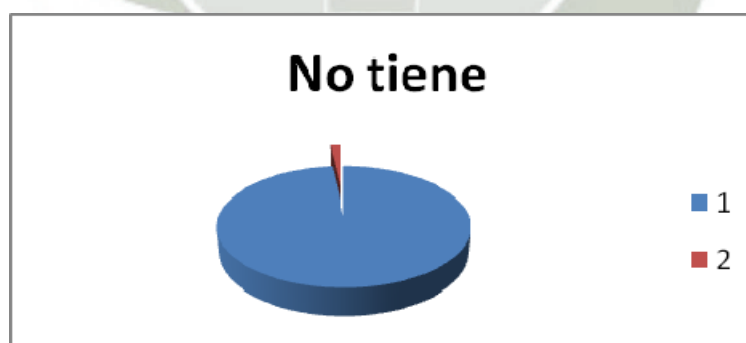
Verificar si el padre de los alimentistas tiene trabajo

El padre de su hijo tiene trabajo	Cantidad	Porcentaje
1.- No tiene	7	12%
2.- Si tiene	53	88%
Total	60	100%

Fuente: Cuestionario realizados a las madres de los menores alimentas en la
Provincia de San Román.
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 23

Resumen si el padre de los alimentistas tiene trabajo



De la tabla y gráfica que antecede se aprecia que resulta recusable e indignante que los obligados mayoritariamente si cuenta con un trabajo con las posibilidades de satisfacer las necesidades de los menores alimentistas; sin embargo, se rehúsan o simple y llanamente se sustraen de sus obligaciones, hecho que debe ser tomado en cuenta al momento del requerimiento fiscal, ya que la omisión alimentaría deviene en intencional o dolosa.



TABLA N° 24

**CONSECUENCIAS ECONÓMICAS, SOCIALES Y JURÍDICAS EN LOS
MENORES ALIMENTISTAS**

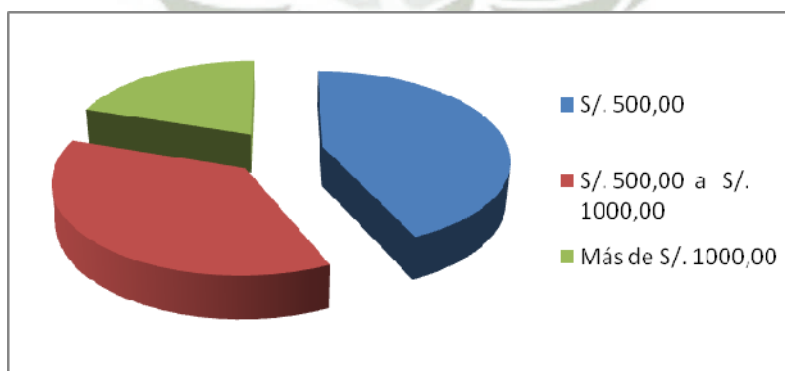
Verificar cuánto percibe el padre del menor alimentista

Cuánto percibe el padre de su hijo	Cantidad	Porcentaje
S/.1000 a S/. 2000 NS	26	43%
S/.2000 a S/.3000 NS	22	37%
Más de S/.3000	12	20%
Total	60	100%

Fuente: Cuestionario realizados a las madres de los menores alimentas en la
Provincia de San Román.
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 24

Resumen respecto al monto que percibe el padre del alimentista



De acuerdo a lo expresado en los cuestionarios por parte de las madres de los menores, son dos extremos mayoritariamente y muy vinculados, que han señalado que los obligados tienen un ingreso que objetivamente si podría satisfacer las necesidades alimentarias de los menores, por el monto de sus ingresos mensuales; sin embargo, los obligados se sustraen dolosamente a sus obligaciones.



TABLA N° 25

**CONSECUENCIAS ECONÓMICAS, SOCIALES Y JURÍDICAS EN LOS
MENORES ALIMENTISTAS**

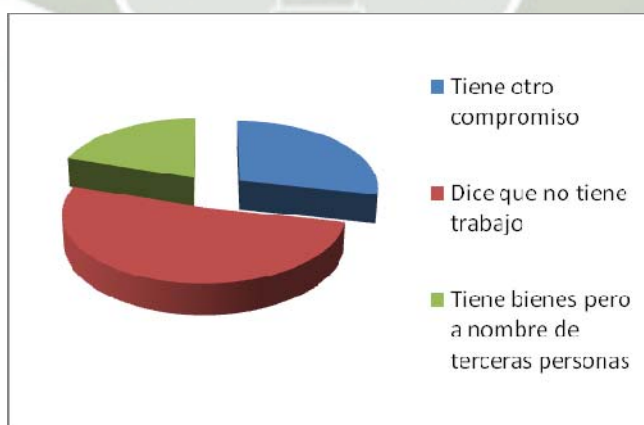
Verificar por qué no cumple con el pago de los alimentos

Por qué no cumple con el pago de los Alimentos	Cantidad	Porcentaje
Tiene otro compromiso	17	28%
Dice que no tiene trabajo	31	52%
Tiene bienes pero a nombre de terceras personas	12	20%
Total	60	100%

Fuente: Cuestionario realizados a las madres de los menores alimentas en la
Provincia de San Román.
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 25

Resumen respecto al motivo por el cuál no cumplen con el pago de los alimentos



Esta tabla y gráfica se aprecia, que en su integridad lo aseverado por las madres de los menores, al decir que los obligados tienen otro compromiso, que no tienen trabajo o que se tienen bienes pero a nombre de otras personas, estos tres factores es una justificación para no cumplir con las obligaciones alimentarias, ya que todo los hijos alimentistas sean o no matrimoniales o extramatrimoniales, Constitucionalmente son iguales, por lo que el cumplimiento de las obligaciones, con el pretexto que no se tenga trabajo es absurdo, pero aún cuando las sumas son exiguas y mínimas; asimismo, resulta siendo una conducta gravísima y evidentemente dolosa que algunos obligados pese a tener inmensas posibilidades económicas y bienes, se sustraen de sus obligaciones utilizando otras terceras personas como testaferros y siendo titulares de propiedades que en realidad pertenece a los obligados, en este caso los requerimientos fiscales deben ser indudablemente solicitando pena efectiva.



TABLA N° 26
**CONSECUENCIAS ECONÓMICAS, SOCIALES Y JURÍDICAS EN LOS
MENORES ALIMENTISTAS**

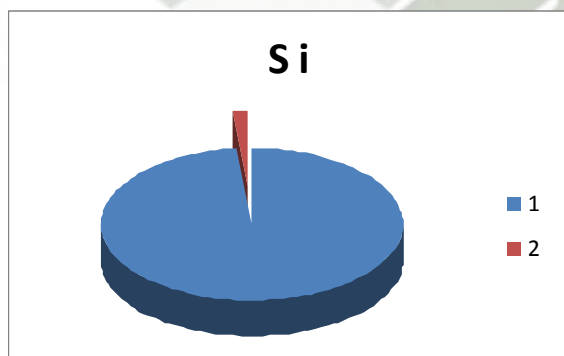
Verificar si las madres de los alimentistas estarían de acuerdo que lo metan a la cárcel al padre los menores alimentistas.

Estarías de acuerdo si lo meten a la cárcel al padre de tu hijo	Cantidad	Porcentaje
1.- Si	53	88%
2.- No	7	12%
Total	60	100%

Fuente: Cuestionario realizados a las madres de los menores alimentas en la Provincia de San Román.
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 26

Resumen para verificar si están de acuerdo si lo meten o no a la cárcel al padre los alimentistas



En la tabla y gráfica que antecede se aprecia tanta indiferencia e insensibilidad de los obligados a no satisfacer las necesidades de los alimentistas y sustraerse dolosamente de su obligaciones, casi por unanimidad las madres de los menores se encuentra plenamente de acuerdo para que los obligados merezcan pena efectiva.



TABLA N° 27
**CONSECUENCIAS ECONÓMICAS, SOCIALES Y JURÍDICAS EN LOS
MENORES ALIMENTISTAS**

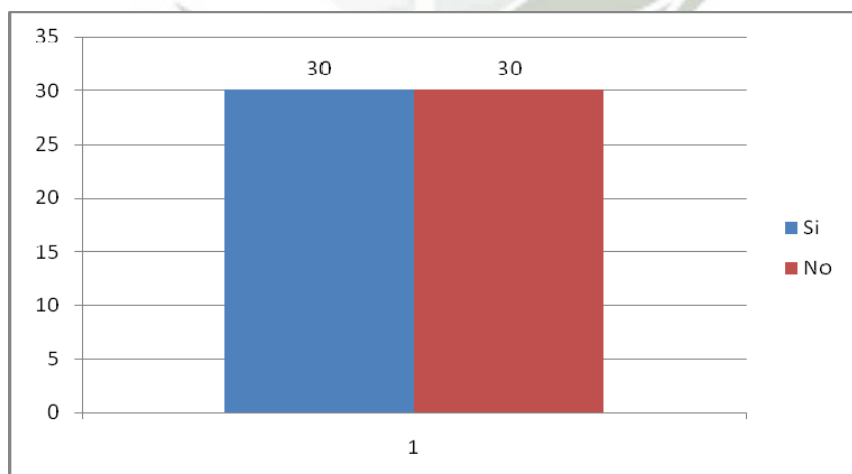
Verificar si las madres de los alimentistas estarían de acuerdo que los obligados presten servicios comunitarios.

Estarías de acuerdo si el padre de padre de tu hijo presta servicios comunitarios	Cantidad	Porcentaje
1.- Si	30	50%
2.- No	30	50%
Total	60	100%

Fuente: Cuestionario realizados a las madres de los menores alimentistas en la Provincia de San Román.
Elaborado por la investigadora

GRÁFICA N° 27

Resumen para verificar si están de acuerdo que los obligados realicen servicios comunitarios.



Con esta tabla y gráfica se quiso determinar si las madre de los menores alimentistas están de acuerdo que la pena solicitada por el señor Fiscal sea la imposición de servicios comunitarios.

La mitad de las madres de familiar, si están de acuerdo que se imponga pena ser servicios comunitarios, siempre y cuando esos servicios comunitarios sea remunerado y los montos percibidos sean destinados para el cumplimiento de la obligación alimentaría.



RESUMEN INTERPRETATIVO DE LAS TABLAS

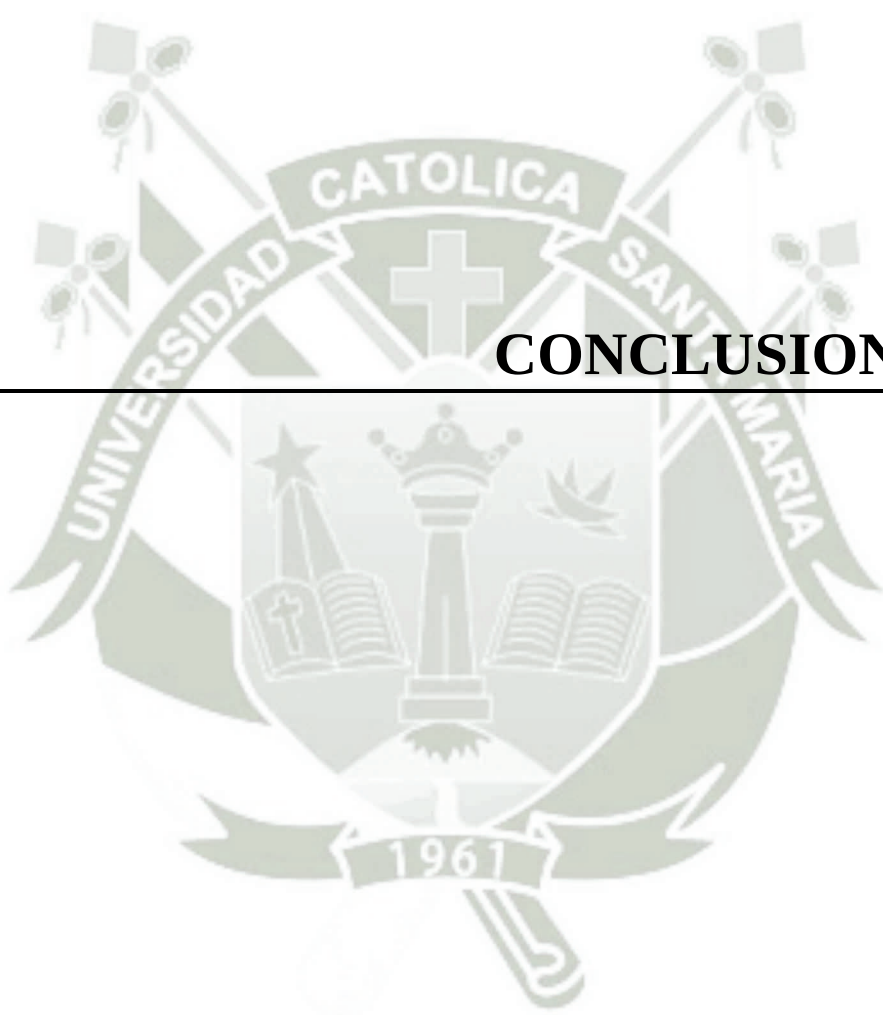
ESTADÍSTICAS

1. Que, la edad de los imputados por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar es de 36 a 40 años de 64 carpetas fiscales con requerimiento de acusación fiscal, lo que representa el 34.49%, no se ha registrado carpetas fiscales en donde los imputados tengan la edad entre 51 a 55 años de edad.
2. Que, de 64 carpetas fiscales con requerimiento de acusación fiscal, se tiene que los imputados son de estado civil soltero que representa el 95.3%, y los procesado en la condición de casados representa el 3.1%. Asimismo se tiene respeto al género que se dio el caso de una mujer en su condición de imputada que equivale el 1.6%.
3. Que, de 64 carpetas fiscales con requerimiento de acusación fiscal, 58 carpetas corresponde a los procesados que tienen el grado de instrucción secundaria, lo que representa un 90.6%; y en 01 carpeta que tiene el grado de instrucción de técnica y superior, lo que representa el 1.6%.
4. Que, en 58 carpetas corresponde a los procesados que tienen el grado de instrucción secundaria, lo que representa un 90.6%; asimismo se tiene en una carpeta el grado de instrucción de técnica y superior, lo que representa el 1.6%.
5. Que, en 36 carpetas se tiene que el número de alimentistas es uno (01), lo que representa el 56%, en 15 carpetas se aprecia que existe 02 alimentistas, lo que representa el 23%; asimismo en una sola carpeta se aprecia que los alimentistas son 06 equivalente al 2%.
6. Que, el monto de la pensión mensual es la suma de S/. 150.00 Nuevos Soles, lo que representa el 33%, entre S/. 360.00 Nuevos Soles, lo que equivale 20%.

7. Que, el monto de las pensiones devengadas asciende entre la suma de S/. 1000.00 Nuevos Soles, lo que representa el 8.8%, hasta la suma de S/.10 000.00 Nuevos Soles, lo que equivale el 17.2%.
8. Que, el período que comprende las pensiones devengadas es de 08 años y 03 meses, lo que representa el 1.6% y en 06 carpetas fiscales el periodo es de 11 meses, lo que representa el 9.4%.
9. Que, clase de pena solicita el señor Fiscal, en 39 casos es de 02 años de pena privativa de libertad de carácter suspendida, lo que representa el 60.9%. En 18 carpetas fiscales la pena que solicita el señor Fiscal es de 02 años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva, lo que representa el 28.1%. Y en 07 casos la pena es 03 años de pena privativa de libertad de carácter de efectiva, lo que representa el 10.9 %.
10. Que, el monto del pago de la reparación civil que solicita el señor Fiscal en 07 casos es de S/. 300.00 Nuevos Soles, lo que representa el 10.9%. Asimismo en 03 carpetas el monto de la reparación civil es de S/. 400.00 Nuevos Soles, lo que representa el 4.7%. En 02 carpetas el monto asciende a S/. 500.00 Nuevos Soles, lo que representa el 3.1%. En 19 carpetas el monto del pago de la reparación civil es de S/. 1000.00 Nuevos Soles.
11. En conclusión de todas las tablas y gráficas, respecto al requerimiento de acusación fiscal que se pone a consideración se llega a determinar que los acusados de acuerdo a la edad que tiene en su mayor parte están en plena capacidad bio psicosocial para cumplir con sus obligaciones alimentarias, mayoritariamente son solteros, cuyo grado de instrucción es de nivel secundario, además las pensiones devengadas que derivan y que se origina en las pensiones mensuales no es más de S/. 150.00 Nuevos Soles, cuya deuda total o pensión devengada es debido al rehusamiento e insensibilidad de los obligados, cuya permanente omisión y la suma de todo la deuda contraída son sumas elevadas, lo que amerita que en las acusaciones se debe solicitar una pena efectiva y con mayor razón si se toma en cuenta que es legal imponer una pena con prisión cuando se trata por deudas alimentarias, como lo preceptúa la

Constitución Política del estado y que debe tener relación con un monto proporcional por concepto de reparación civil.

12. Como en cualquier Estado o Nación la estructura económica viene a ser la base o cimiento que va dar lugar al desarrollo super estructural, esto es la educación, salud, vivienda, trabajo entre otros factores de desarrollo integral de una sociedad, en el núcleo familiar y siendo la familia la piedra angular de la sociedad, también el factor económico es de trascendental importancia, para que los componentes de la familia tengan una atención integral en su salud, educación y en sus actividades diarias, en concreto en un desarrollo bio psicosocial integral, inclusive desde su nacimiento hasta su muerte; sin embargo, al no darse estas condiciones no solamente genera una descomposición familiar si no trae una consecuencia económica, social y jurídica dentro del una sociedad, de ahí que permanentemente es tema de tratamiento permanente la protección del toda la familia por ende de la mujer, anciano y del menor.
13. En síntesis, si bien el proceso de alimentos ha sido institucionalizado jurídicamente como una medida adoptada por el Estado para defender y proteger a los individuos sobre todo menores de edad para la satisfacción de sus necesidades más elementales, ésta no ha tenido una respuesta positiva, debido al incumplimiento o a la no ejecución de sentencias de los diversos procesos de alimentos, ante este hecho el mismo Estado a través de los Órganos Jurisdiccionales y otros también ha dado una respuesta punibilizando tales conductas imponiendo sanciones de diversa índole. Conforme a lo investigado se aprecia diversos factores tanto internos y externos de los componentes de un núcleo familiar que inciden en la conducta que éstos desarrollan y adoptan diariamente, así estos hechos inciden en los tipos de penas que se a de imponer a los obligados ante el incumplimiento alimentario, como la reparación civil que merecen, siendo relevante las causas por la cual se solicita alimentos, el número de los hijos alimentistas, el criterio que tienen éstos frente a los padres que omiten prestar alimentos, las repercusiones de los hijos alimentistas a quienes no se les satisface su alimentos que obviamente son negativas, el estatus que tienen menores alimentistas, la justificación de los obligados sobre su situación laboral y los ingresos que tienen. Ante todos estos hechos la respuesta punitiva del Estado tiene que tomar en cuenta todos estos factores y trasuntarlo en las acusaciones fiscales.



CONCLUSIONES

PRIMERA.- Que, en los requerimientos de acusación fiscal por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar el señor representante del Ministerio Público solicita pena de carácter suspendida, pero en ningún caso ha solicitado prestación de servicios comunitarios.

SEGUNDA.- Que, el requerimiento de acusación fiscal es una etapa postulatoria de Juicio Oral, por lo que el señor representante del Ministerio Público puede solicitar la pena prestación de servicios comunitarios.

TERCERA.- Que, los acusados no tienen carga familiar con otras terceras personas; sin embargo no cumplen con el pago de las pensiones devengadas, siendo totalmente factible asumir dicha responsabilidad

CUARTA.- Que, como Política Criminal de parte del Estado, se debe considerar los diversos Ministerios en donde exista programas de asistencia social, es el Ministerio de Trabajo, Ministerio de Desarrollo Social y de la Mujer, Ministerio de Salud, Ministerio de Vivienda entre otros a través de sus Programas específicos como a Trabajar Urbano, Juntos y otros, en convenio con el Poder Judicial a través de un cruce de información efectiva, para que los procesados tengan prioridad para laborar en dichos programas y remunerado y en un porcentaje de no más del 60% de su beneficio o ingreso obligatorio sea destinado para el cumplimiento de las pensiones devengadas.

QUINTA.- Que, si bien es cierto que el cumplimiento de los servicios comunitarios esta a cargo del INPE, que en la práctica no se efectiviza, por lo que se debería encargar al Poder Judicial para su cumplimiento y este celebrar convenios con los diversos Ministerios, así como los Gobiernos Locales y Regionales, según sea el caso.

SEXTA.- Que, como en cualquier Estado o Nación la estructura económica viene a ser la base o cimiento que va dar lugar al desarrollo super estructural, esto es la educación, salud, vivienda, trabajo entre otros factores de desarrollo integral de una sociedad, en el núcleo familiar y siendo la familia la piedra angular de la sociedad, también el factor económico es de trascendental importancia, para que los

componentes de la familia tengan una atención integral en su salud, educación y en sus actividades diarias, en concreto en un desarrollo bio psicosocial integral, inclusive desde su nacimiento hasta su muerte; sin embargo, al no darse estas condiciones no solamente genera una descomposición familiar si no trae una consecuencia económica, social y jurídica dentro de una sociedad, de ahí que permanentemente es tema de tratamiento permanente la protección de toda la familia por ende de la mujer, anciano y del menor.

Sobre ello, debemos decir que son pocos los casos donde el obligado prefiere afrontar una pena e incluso una sanción efectiva de libertad que satisface la resolución judicial de alimentos, ello demuestra que esas son ideas erradas porque la realidad evidencia que las sanciones penales no promueven el “no pago” y por el contrario efectivizan el cumplimiento.





SUGERENCIAS

PRIMERA.- Que, se debe incidir en las estructuras curriculares de las universidades y dar a conocer que la dignidad de la persona humana es un principio y es un derecho inherente a toda persona, porque es el sustento, la base y el núcleo de los demás derechos fundamentales, que sin el respeto, defensa y protección de la dignidad no se puede concebir los demás derechos.

SEGUNDA.- Que, debe existir un seguimiento efectivo a través de las Oficinas de Asistencia Social del Poder Judicial y/o de los Ministerios, Gobiernos Locales o Regionales según sea el caso para la efectivización del trabajo comunitario.

TERCERA.- Que, en el caso de que exista definitivamente reclusión del acusado (obligado) que los diversos programas sociales de las diversas instituciones del Estado, así como de los Gobiernos Locales o Regionales, vía convenio y en forma obligatoria, asignen labores de fabricación, mantenimiento de cualquier otro servicio que pudiera brindar el interno por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar, a efecto del cumplimiento de las pensiones devengadas.

CUARTA.- Que, se concientizen a los padres de familia, a fin de que no se sustraigan bajo ningún pretexto de sus obligaciones alimentarias, habida cuenta que en caso de no satisfacer las necesidades de sus hijos, serán demandados por alimentos, posteriormente denunciados por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar con graves consecuencias económicas, sociales y jurídicas en los menores, es decir, persuadir a los padres de familia para que su comportamiento sea dentro de los cánones de los principios éticos y morales.

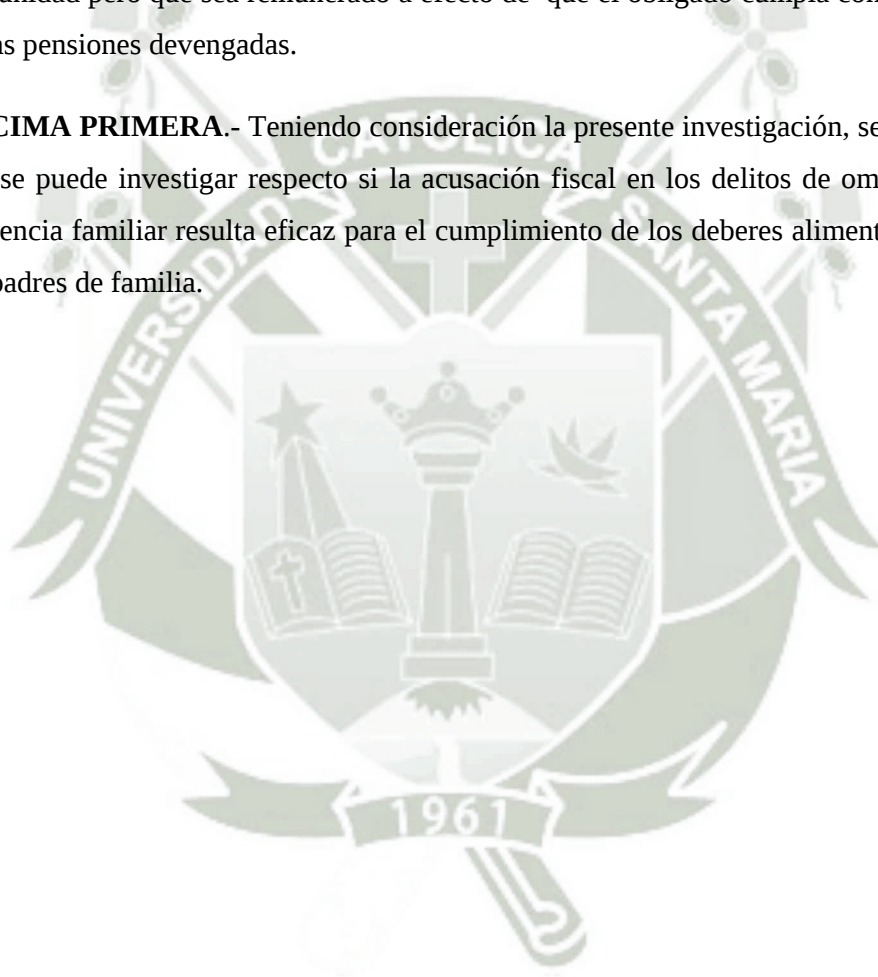
QUINTA.- Que, se imparta charlas, forums, seminarios por parte de los diferentes Ministerios a efecto de difundir programas asistenciales para que estas instituciones cumplan con la labor de difusión en lo que respecta a paternidad responsable, ya que los programas preventivos son efectivos a mediano y largo plazo.

SEXTA.- Que, en el requerimiento de acusación fiscal los señores fiscales deben solicitar en el caso concreto en lo posible como quantum de la pena la prestación de servicios comunitarios porque de acuerdo a la investigación no existe ningún caso.

NOVENA.- Que, se cree la ley que modifica el primer párrafo del artículo 149 del Código Penal, respecto a la prestación de servicios comunitarios remunerado obligatoriamente, priorizando dichas labores a los procesados por la comisión de asistencia familiar, para fines del cumplimiento de deberes alimentarios pendientes.

DECIMA.- Que, los Órganos Jurisdiccionales incidan en la aplicación del artículo 52 del Código Penal, convirtiendo la pena privativa de la libertad, bajo los presupuestos que se indican en dicha norma, en una de prestación de servicios a la comunidad pero que sea remunerado a efecto de que el obligado cumpla con el pago de las pensiones devengadas.

DECIMA PRIMERA.- Teniendo consideración la presente investigación, se sugiere que se puede investigar respecto si la acusación fiscal en los delitos de omisión de asistencia familiar resulta eficaz para el cumplimiento de los deberes alimentarios de los padres de familia.





PROPUESTA

PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTICULO 149 DEL CÓDIGO PENAL, RESPETO A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMUNITARIOS QUE DEBERÁ DE SER REMUNERADO OBLIGATORIAMENTE, A LOS PROCESADOS POR LA COMISIÓN DEL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR, PARA FINES DEL CUMPLIMIENTO DE DEBERES ALIMENTARIOS PENDIENTES.

Artículo 1.- Objeto de la Ley.

Modifíquese el primer párrafo del artículo 149 del Código Penal, bajo el siguiente parámetro:

TEXTO ORIGINAL DEL ARTÍCULO 149 DEL CODIGO PENAL:

ARTÍCULO 149.- Omisión de prestación de alimentos

El que omite 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 y dos 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 prevista, 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.

TEXTO MODIFICADO:

El que omite 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 servicios comunitario durante el lapso de ejecución de la pena fijada, debiendo ser remunerado conforma al programa social al que se acoja el procesado, cuyo ingreso deberá ser obligatoriamente destinado al pago de los alimentos en un porcentaje de 60%, para el cumplir el mandato judicial.**

PROPUESTA:

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República ha dado la ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 149 DEL CÓDIGO PENAL, SOBRE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMUNITARIOS QUE DEBERÁ DE SER REMUNERADOS OBLIGATORIAMENTE A LOS PROCESADOS POR LA COMISIÓN DEL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR, PARA FINES DEL CUMPLIMIENTO DE DEBERES ALIMENTARIOS PENDIENTES.

PROYECTO DE LEY QUE AUTORIZA LA CELEBRACIÓN DE CONVENIOS ENTRE EL PODER JUDICIAL, LOS GOBIERNOS LOCALES, GOBIERNOS REGIONALES Y LOS DIVERSOS MINISTERIOS DEL ESTADO, PARA QUE LOS SENTENCIADOS POR LOS DELITOS DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR, PUEDAN PRESTAR SERVICIOS COMUNITARIOS DEBIDAMENTE REMUNERADOS EN LOS DIVERSOS PROGRAMAS DE ASISTENCIA, QUE SE HAYAN IMPLEMENTADO EN DICHAS INSTITUCIONES CUYA

**REMUNERACIÓN O SALARIO SE DESTINE
OBLIGATORIAMENTE PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS
DEBERES ALIMENTARIOS EN UN PORCENTAJE DEL 60%.**

CONSIDERANDO:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

EFFECTOS SOBRE LA LEGISLACIÓN

FÓRMULA LEGAL

DEFINICIONES

Artículo.-

Ámbito de aplicación

Artículo 1.-

Excepciones

Artículo 1.-

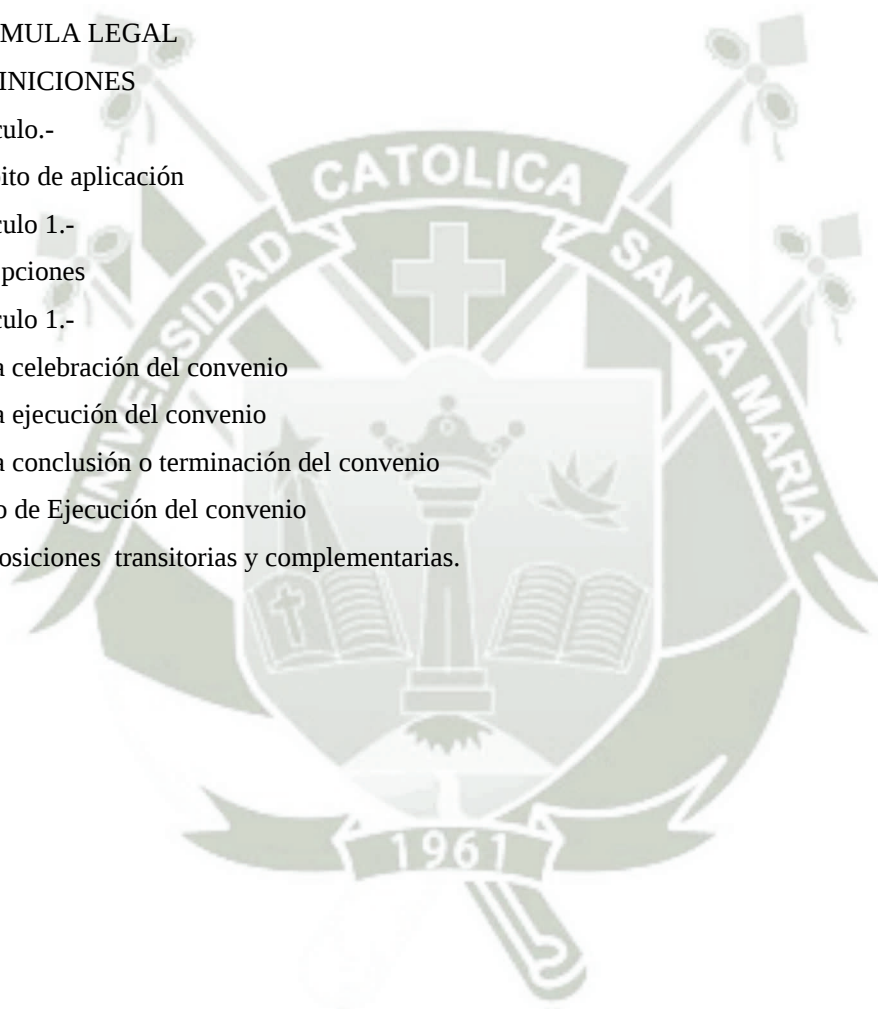
De la celebración del convenio

De la ejecución del convenio

De la conclusión o terminación del convenio

Plazo de Ejecución del convenio

Disposiciones transitorias y complementarias.



BIBLIOGRAFÍA

1. BELLUSCIO, Claudio. “La Prestación Alimentaria Régimen Jurídico-Aspectos Legales Jurisprudenciales Doctrinales y Prácticos”. Editorial Universidad Buenos Aires Argentina. 1ra. Edición Año 2006.
2. BERMUDEZ DE VALDIVIA, Violeta, Familia y Constitución. Derecho de Familia. Selección de Textos, Lima Año 2008.
3. BUSTOS RAMIREZ, Juan, Perspectivas y Desafíos de la política Criminal en Latinoamérica, España Año 2006.
- 4.- BRAMONT ARIAS, Luis & Bramont Arias Torres, Luis Alberto, Código Penal anotado Tercera Edición, Editorial San Marcos, Lima 2000.
4. CÁCERES JULCA, Roberto, Comentarios al Título Preliminar del Código Procesal Penal, Editorial Juristas Editores. 2009.
5. CASTRO TRIGOS Hamilton. Código Procesal Penal Comentado, Comentarios descriptivos, explicativos y críticos. 2009.
7. CAMPANA VALDERRAMA, Manuel, Delito de Omisión a la Asistencia Familiar, Lima-Perú 2010.
8. CALDERON SUMARRIVA, Ana, El Nuevo Sistema Procesal Penal, Editorial Egacal. 2010.
9. CARO CORIA, Dino Carlos “Principio de Lesividad de Bienes Jurídicos Penales” Código Penal comentado Tomo I- Título Preliminar Parte General, Gaceta Jurídica 1era. Edición 2004.
10. CORNEJO CHAVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, Tomo II, octava edición, Librería Studium, Lima 1991.
11. CHUNGA HIDALGO, Laurence, “Incumplimiento del Pago de Alimentos: ¿Ausencia de dolo o causa de justificación? Gaceta Procesal Penal y Penal. Tomo 13 Julio 2010.
12. DEVIS ECHANDIA, Teoría General de la Prueba Judicial. Bogota, 2006.

13. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino; RABANAL PALACIOS William y CASTRO TRIGOS Hamilton. Código Procesal Penal Comentado, Comentarios descriptivos, explicativos y críticos. 2009.
14. GARCÍA RADA, Domingo, Manual de Derecho Procesal Penal, Lima 1976.
15. GARCÍA CAVERO, Percy Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Grijley, Lima 2008.
16. GIMENO SENDRA, Vicente, Lecciones de Derecho Procesal Penal, Madrid, 2001.
17. HOYOS, Ilva Myriam, De la Dignidad y de los Derechos Humanos, Editorial Temis S.A. Bogota, 2005.
18. HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal – Parte General, Tercera Edición, Editorial Grijley 2005.
19. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto “Derecho de Familia” Año 2008.
20. MEJIA SALAS, Pedro, Derecho de Alimentos-Doctrina y Modelos Año 2006, Editorial Ediciones Jurídicas. Lima Perú.
21. MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal – Parte General” Editorial Montaner, Barcelona –España. Año 2006.
22. MONTERO AROCA, Derecho Jurisdiccional III. 7º edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 24.
23. NEYRA FLORES, José Antonio, Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral, Editorial Idemsa. 2010
24. PALACIOS DEXTRE, Darío. “El Principio de Oportunidad en el proceso Penal Peruano”. 2da. Edición, 2010. Editorial Grijley.
25. POLAINO NAVARRETE, Miguel, Introducción al Derecho Penal, Grijley. Lima, 2008. Morillas Cueva, Lorenzo, Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito, Madrid.
26. PEÑA CABRERA, Freide, Alonso Raúl, Manual de Derecho Procesal Penal, Editorial Idemsa. 2010.
27. PERALTA ANDIA, Javier Rolando Derecho de Familia en el Código Civil Editorial Idemsa, Cuarta Edición, Lima 2008.

28. PRADO PANTIGOSO, Alfredo, Metodología de la Investigación, Ediciones SADUC, Arequipa, 1990.
29. PLACIDO, ALEX F. Manual de derecho de Familia-Nuevo Enfoque del Estudio del derecho Familia, Gaceta Jurídica 2da. Edición 2002.
30. PRADO SALDARRIAGA, Víctor, Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal, Editorial Grijley. 2008
31. PRADO SALDARRIAGA, Víctor, Nuevo Proceso Penal. Reforma y Política Criminal. Idemsa. Lima 2009.
32. REYNA ALFARO, Luis Miguel, Delitos Contra la Familia. 1era. Edición, Editorial Buho, Lima Perú. 2004.
33. RAMOS NUÑEZ, Carlos, Cómo Hacer Una Tesis de Derecho y no envejecer en el Tiempo, Editorial Grijley, Lima 2011.
34. ROJAS VARGAS, Fidel. “Estudio de Derecho Penal” Doctrina y Jurisprudencia 1ra. Edición 2004. Jurista Editores, Lima, 2009.
35. ROMERO SOTO, Julio.- “Técnica Jurídica de investigación Penal e Interrogatorio”. Cuarta Edición Liberia Ediciones del Profesional Ltda. Colombia 2008.
36. ROXIN CLAUS, Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, 2000.
37. SANCINETTI MARCELO, La nulidad de la acusación por indeterminación y el concepto de instigación. Buenos Aires, 2001.
38. SANCHEZ VELARDE, Pablo, Manual de Derecho Procesal Penal, Idemsa, Lima, 2004.
39. SANTA CRUZ, Julio Cesar. Razonamiento Jurídico Penal y Aplicación de la pena. Academia de la magistratura. Lima 2004.
40. SUEIRO, Carlos Christian, La Política Criminal de la Posmodernidad, Editorial Jurídicas del Centro, Lima 2010.
41. TALAVER SUEIRO, Carlos Christian, La Política Criminal de la Posmodernidad, Editorial Jurídicas del Centro, Lima 2010.
42. TALAVERA ELGUERA, Pablo. “Comentarios al Código Procesal Penal”. Editorial Grijley. Año 2004.
43. TORRES GONZALES, Eduardo, El delito de Omisión de Asistencia Familiar, Editorial IDEMSA, Lima, 2010.

44. DETRAZAGNIES GRANDA, Fernando. La teoría de la prueba indiciaria en el nuevo proceso penal, Lima.
45. VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Los delitos continuados y masa. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín. 2008.
46. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Grijley. Lima, 2006.



HEMEROGRAFÍA

1. BENAVENTE CHORRES, Hesbert, El Control de la Acusación Fiscal Conforme al Acuerdo Plenario N° 6-2009/C-116. Gaceta Penal, Enero 2010.
2. BRAMONT ARIAS, Luis “El delito de abandono de familia”, Revista de Jurisprudencia peruana, año XII N° 120, Lima, 1984.
3. CÓDIGO PENAL MINISTERIO DE JUSTICIA 2010.
4. CÓDIGO PROCESAL PENAL MINISTERIO DE JUSTICIA 2008
5. CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, Ley 27337, expedida el 7 de agosto del 2000.
6. CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO de 1993.
7. CONVENCIO DE LA NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 20 de noviembre de 1989.
8. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Gaceta Constitucional. 2010.
9. CHUNGA LAMONJA, Fermín. “Aspectos Legales del Maltrato Infantil”. Revista del Colegio de Abogados de Lima. N° 1. Año 2005. pág. 191.
10. DIARIO EL PERUANO “Simplificarán Juicios de Alimentos” agosto 23 de 2010.
11. GACETA PENAL N° 6 Diciembre 2009.
12. GACETA PENAL N° 7 Enero 2010.
13. GACETA PENAL N° 19 Enero 2010.
14. GACETA PENAL N° 37 Julio 2012.
15. LOPEZ ZAPATA, Gabriela. “Registro de Deudores Alimentarios” Revista Legal Actualidad Jurídica Tomo 159 Gaceta Jurídica Año 2007
16. MANZANO MARTEL, Liliam. Penas Limitativas de derechos: ejecución y problemática, en Separata Oficina Regional Oriente INPE-Pucallpa 2009.

17. Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 23, 2008.



INFORMATOGRAFÍA

1. <http://www.editoraperu.com.pe/elperuano/edc/2007/02/09/der1.asp>
Página derecho
Consulta efectuada el 03 de octubre del 2008.
2. http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00699-2007_HC.html.
Tribunal Constitucional Perú
Consulta efectuada el 03 de octubre del 2008.
3. <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2>
Estafeta Jurídica
Consulta efectuada el 06 de octubre del 2008.
4. <http://www.correoperu.com.pe>
Diario Correo -Perú
Consulta efectuada el 06 de octubre del 2008
5. <http://www.monografias.com>
Monografías -Perú
Consulta efectuada el 15 de julio del 2008
6. www.amag.edu.pe/dosc
7. Comentarios a la Convención de La Naciones Unidas sobre los derechos del niño, Instituto Interamericano del niño. Consulta realizada el 17 de abril del 2012). En: www.monografias.com
8. PODER JUDICIAL, Registro de Deudores Alimentarios (consulta realizada la primera semana de agosto del 2012).www.poderjudicial.cl/

ANEXOS





ANEXO N° 1

PROYECTO DE TESIS

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POSTGRADO

DOCTORADO EN DERECHO



“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, Año 2011”

**Proyecto de Tesis presentado por la Magíster:
MARLENI ELIZABETH CONDORI HUISA**

**Para obtener el grado académico de:
DOCTORA EN DERECHO**

AREQUIPA-PERÚ

2012

PREÁMBULO

La Constitución Política del Perú preceptúa como uno de los contenidos constitucionalmente garantizados, referidos a la libertad y seguridad personal, esto en el artículo 2 inciso 24 literal c: “No hay prisión por deudas”, salvo cuando exista mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.

A su vez el máximo intérprete de la Constitución como es el Tribunal Constitucional Peruano, ha interpretado que la referida disposición constitucional garantiza que las personas no sufran restricción de su libertad locomotora por el incumplimiento de obligaciones cuyo origen se encuentra en relaciones de naturaleza civil, siendo la única excepción a la regla la omisión de prestar alimentos, en la medida que con ello se pone en riesgo el derecho a la vida, salud y la integridad personal del alimentista.

El cúmulo de procesos y sentencias de omisión de asistencia familiar, no solo es de una existencia mayoritaria a nivel nacional, sino tiene una especial y definida consecuencias económicas, sociales y jurídicas en el Distrito Judicial de Puno, siendo de conocimiento público que frente al incumplimiento de los deberes alimentarios por parte de los obligados, respecto de los beneficiarios los alimentistas, se está recortando lo indispensable para la formación de estos, como es los alimentos, educación, vestido, vivienda, recreación, etc., y sobre todo se bloquea todo un proyecto de vida, y el Estado como contribuye a que estos niños no estén desprotegidos, consideramos que como política criminal de parte del gobierno los programas que brinda debería de darse prioridad a los deudores, ya que la mayoría so pretexto que no trabaja no cumplen el pago de los alimentos y si nos ponemos a pensar que es mejor una sanción de carácter social, tengan la plena certeza que por el que dirán, estos deudores pagaran las deuda alimentaria por no realizar trabajos de servicios comunitarios en su efecto el representante del Ministerio Público deberá solicitar la imposición de pena efectiva para los procesados.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

LA ACUSACION FISCAL EN EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR Y SUS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS, SOCIALES Y JURÍDICAS EN LOS ALIMENTISTAS, EN LA PROVINCIA DE SAN ROMÁN, AÑO 2011.

1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1 AREA DEL CONOCIMIENTO

El problema a investigarse se encuentra ubicado en:

CAMPO : Ciencias Jurídicas

AREA : Derecho Penal

LINEA : Delito de Omisión de Asistencia Familiar

1.2.2. ANÁLISIS DE VARIABLES

1.2.2.1 VARIABLE INDEPENDIENTE:

ACUSACIÓN FISCAL DEL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR

Indicador

Acusación Fiscal

Sub indicadores:

Pena Efectiva

Pena suspendida

Servicios a la Comunidad

Reserva del Fallo condenatorio

Indicador:

Determinación judicial de la pena

Sub indicadores:

Edad de los procesados

Estado civil

Grado de instrucción

Situación familiar

Número de alimentistas

Monto de las pensiones devengadas

Monto del pago de la reparación civil

Indicador:

Omisión de asistencia familiar:

Sub indicador:

Bien jurídico protegido

El dolo

Sujeto activo

Sujeto pasivo

Penalidad

1.2.2.2 VARIABLE DEPENDIENTE:

CONSECUENCIAS ECONÓMICAS, SOCIALES Y JURÍDICAS EN LOS
ALIMENTISTAS

Indicador:

Factor social

Sub indicador:

No tienen amigos

No concurren a fiestas de sus amigos

Indicador:

Factor económico

Sub indicador:

Los menores dependen de sus progenitores

La progenitora no cuenta con trabajo

Los menores no pueden acceder a una fuente de trabajo

No tienen ingresos los alimentistas

Indicador:

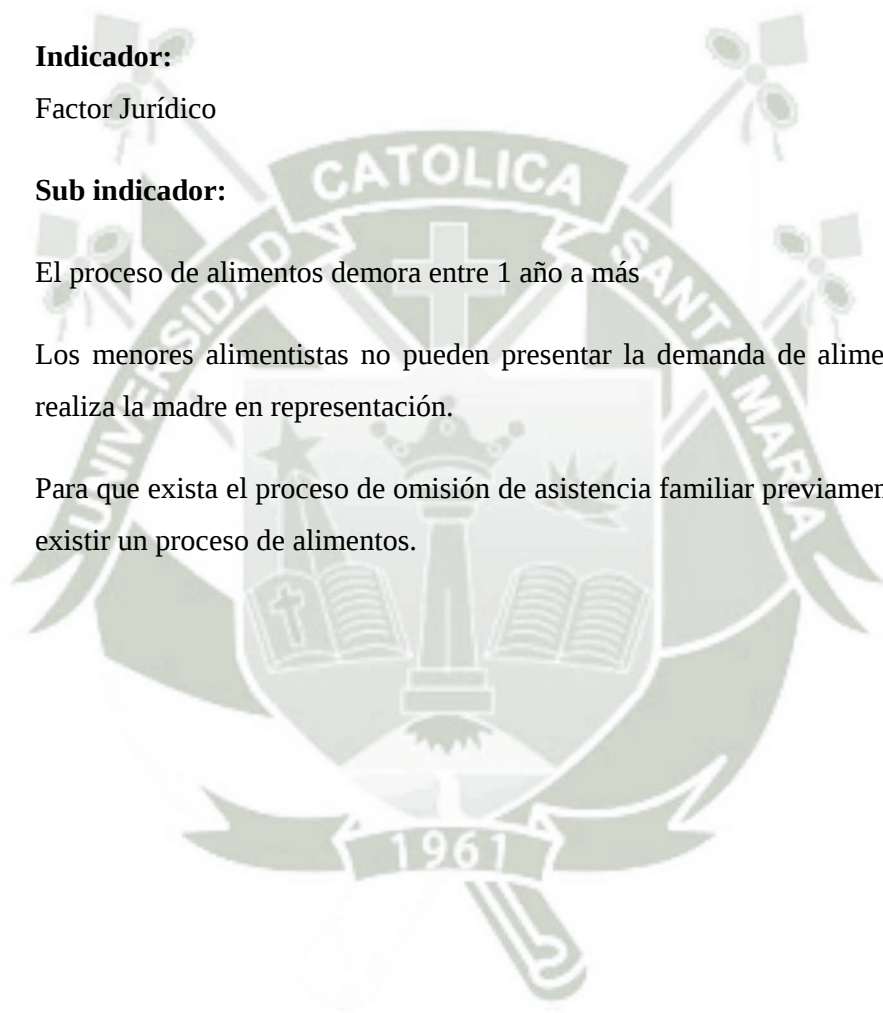
Factor Jurídico

Sub indicador:

El proceso de alimentos demora entre 1 año a más

Los menores alimentistas no pueden presentar la demanda de alimentos, lo realiza la madre en representación.

Para que exista el proceso de omisión de asistencia familiar previamente tiene existir un proceso de alimentos.



TIPO	VARIABLE	INDICADOR	SUBINDICADOR
LA ACUSACIÓN FISCAL EN EL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR Y LAS CONSECUENCIAS	Variable Independiente ACUSACIÓN FISCAL DEL DELITO DE OMISIÓN DE SISTENCIA FAMILIAR	Acusación Fiscal Determinación judicial de la pena Omisión de asistencia familiar:	Pena Efectiva Pena suspendida Servicios a la Comunidad Reserva del Fallo condenatorio Edad de los procesados Estado civil Grado de instrucción Situación familiar Número de alimentistas Monto de las pensiones devengadas Monto del pago de la reparación civil Bien jurídico protegido El dolo Sujeto activo Sujeto pasivo Penalidad
ECONÓMICAS, SOCIALES Y JURIDICAS EN LOS ALIMENTISTAS EN LA PROVINCIA DE SAN ROMAN, AÑO 2011.	Variable Dependiente CONSECUENCIAS SOCIALES, ECONÓMICAS Y JURÍDICAS EN LOS ALIMENTISTAS	Factor social Factor económico Factor Jurídico	Son discriminados, No tienen amigos No concurren a fiestas de sus amigos Los menores dependen de sus progenitores a progenitora n Las madres no cuenta con trabajo Los menores no pueden acceder a una fuente de trabajo No tienen ingresos los alimentistas El proceso de alimentos demora entre 1año a más Para el proceso de omisión de asistencia previamente tiene existir un proceso de alimentos. El menor alimentista no puede presentar la demanda de alimentos, lo hace la madre en representación.

1.3. INTERROGANTES BÁSICAS.

¿Por qué el Fiscal no solicita en la acusación fiscal, la pena efectiva para los procesados por el delito de omisión de asistencia familiar, en la provincia de San Román, en año 2011?

¿Por qué la acusación fiscal no es efectiva respecto al cumplimiento del pago de las pensiones devengas?

¿Cuáles son los tipos de pena que solicita el representante del Ministerio Público en 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, año 2011?

1.4. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

La investigación será:

- A.- Por su finalidad : aplicada
- B.- Por el tiempo : seccional o sincrónica
- C.- Por el nivel de profundización : explicativa
- D.- Por el ámbito : documental y de campo.

2. JUSTIFICACIÓN:

El proyecto de investigación titulado la acusación fiscal en el delito omisión de asistencia familiar y sus consecuencias económicas, sociales y jurídicas en los alimentistas, es de suma importancia, debido a la enorme incidencia de este tipo de procesos penales cuyas sentencias en la mayoría de los casos es con pena suspendida, pese que nuestra Carta Magna establece que no hay prisión por deudas excepto por incumplimiento de deberes alimentarios, es **útil**, porque se va dar una solución al problema en la Administración de Justicia al solicitarse en el requerimiento de acusación fiscal en el rubro de la pena la realización de servicios comunitarios remunerados de parte de los procesados y/o pena efectiva y de esta forma se esta protegiendo la dignidad humana de los alimentistas. El

presente trabajo de investigación es **actual**, porque con el nuevo modelo procesal penal la incidencia de casos de omisión de asistencia familiar se ha elevado porque la tramitación del proceso es breve y su ejecución es viable, tiene **importancia académica** porque nos va permitir que el juzgador con mayor criterio emita sus decisiones judiciales en base a principios de proporcionalidad, razonabilidad y demás derechos fundamentales en estricto respeto a la dignidad de la persona humana.

3. MARCO CONCEPTUAL

Para concretizar la presente investigación, es trascendente tener conocimientos acerca de lo que se entiende por omisión de asistencia familiar, es decir conocer su terminología, conceptos, naturaleza jurídica, asimismo saber que es un requerimiento, acusación fiscal, que función cumple el requerimiento de acusación fiscal.

CONCEPTOS BÁSICOS:

3.1 ALIMENTOS.- La palabra alimentos proviene del latín alimentum que a su vez deriva de *alo* que significa simplemente nutrir; empero, no faltan quienes afirman que procede del término *álere*, con la acepción de alimento o cualquier otra sustancia que sirva como nutriente, aun cuando es lo menos probable. En cualquier caso está referido al sustento diario que quiere una persona para vivir.

El artículo 92 del Código de los Niños y Adolescentes establece una significativa modificación respecto de su contenido cuando dice: Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o adolescente. También se considera alimentos los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del post-parto. De esta forma se mejora el contenido de dicha obligación.

En consecuencia, la obligación alimentaria comprende cómo se tiene dicho a todo un conjunto de prestaciones cuya finalidad no sólo es la estricta supervivencia de la persona necesitada, sino también su mejor inserción social,

pues existen varias prestaciones que no son alimentarias en estricto sentido como la educación, instrucción y capacitación para el trabajo, recreación, gastos de embarazo, etc., que engloban también su contenido y que se sustentan, obviamente, en razones familiares y de solidaridad social²⁰¹.

3.2 CARACTERES JURÍDICOS:

A.- Advertencia.- El fenómeno jurídico de los alimentos se articula a una genuina relación obligatoria entre el acreedor y el deudor, pues existe un titular del derecho alimentario que tiene la facultad de exigir alimentos y, correlativamente, un titular del deber jurídico que tiene la obligación de prestarlos. En cualquiera de los casos es el derecho alimentario y también la obligación alimentaria.

B.- Derecho alimentario.- El titular de este derecho es el alimentista que puede exigirlo cuando se halle en estado de necesidad. En ese sentido sus caracteres son los siguientes:

- 1) **Personal.-** Pues se trata de un derecho personalísimo que tiene por objeto asegurar la subsistencia de su titular, por consiguientes dicha titularidad no puede desprenderse de él.
- 2) **Intransmisible.-** Por ser también un derecho personalísimo y en razón de que el derecho alimentario no puede ser objeto de transferencias inter vivos ni transmisión mortis causa.
- 3) **Irrenunciable.-** Ya que el alimentista puede dejar de pedir alimentos, pero no abdicar ese derecho; de lo contrario significaría renunciar a la vida misma.
- 4) **Intransigible.-** Desde que el derecho alimentario no puede ser objeto de concesiones recíprocas, para poner fin a una relación jurídica familiar.
- 5) **Incompensable.-** Porque la subsistencia humana no puede trocarse por ningún otro derecho, ni pueden extinguirse recíprocamente las obligaciones alimentarias.

²⁰¹ PERALTA ANDIA, Javier Rolando, Derecho de Familia En el Código Civil, Pág. 562.

6) Imprescriptible.- En razón de que el derecho para exigir alimentos no se extingue, en tanto subsista aquél y el estado de necesidad. El Código no consagra expresamente este carácter, pero se desprende de su irrenunciabilidad.

7) Inembargable.- Porque de esta nota distintiva se infiere el carácter intransmisble del derecho alimentario, lo cual significa que las prestaciones no pueden embargarse.

c) Obligación alimentaria.- El titular del deber jurídico de la obligación alimentaria es el alimentista, vale decir, la persona que está obligada a dar la prestación. Por análogas razones sus caracteres son las siguientes:

1) Personal.- Es así, en relación a la vinculación que tiene el titular del deber jurídico de prestar alimentos con el alimentista, lo que sólo concluirá con la muerte, lo cual no significa que el alimentista quede privado de amparo, ya que otros parientes serán los llamados a cumplir con la obligación. Esta obligación es sucesiva porque ante la imposibilidad del pariente más próximo debe prestarla el que le sigue en grado.

2) Recíproca.- Porque en la misma relación jurídico-familiar el pariente que en principio fue titular del derecho, con posteridad podría ser considerado titular del deber jurídico de la prestación. Se as en la solidaridad familiar.

3) Revisable.- Ya que la pensión alimenticia puede sufrir variaciones cuantitativas y cualitativas que requieren reajustarse de acuerdo con las posibilidades del obligado y las necesidades del alimentista, sobre todo, para encontrar sentido de justicia y equidad.

4) Intransmisible, intransigible e incompensable.

5) Divisible y no solidaria.- Desde que en ocasiones puede solicitarse a uno de los obligados asuma el monto total, con cargo de repetición contra los demás.

D) Pensión alimentaria.- Es la asignación fijada voluntaria o judicialmente para la subsistencia de un pariente o persona que se halla en estado de necesidad la

cual concierne generalmente a las pensiones alimenticias devengadas. Sus características son:

1) Renunciable, transigible y compensable.- Ya que las pensiones alimenticias devengadas pueden ser objeto de olvido o de abandono, de mutuas concesiones y de resarcimiento mediante la entrega de otros bienes que pongan fin a la obligación.

2) Transferible y prescriptible.- Por la sencilla razón de que las pensiones atrasadas pueden ser cedidas inter vivos o mortis causa, a título oneroso o gratuito, pues se trata de sumas de dinero y no del derecho alimentario. Igualmente, la pensión alimentaría prescribe a los dos años, a tenerlo de lo previsto en el artículo 2001, inciso 4° del Código Civil.

PERSONAS OBLIGADAS Y MODO DE PRESTARLOS

A) Personas obligadas.- De conformidad con el artículo 474 del Código Civil, están obligadas recíprocamente a darse alimentos los cónyuges, los ascendientes y descendientes, y los hermanos.

El numeral 475 establece que los alimentos cuando sean dos o más los obligados a darlos, se prestan en el orden siguiente:

1) El cónyuge- El deber de prestar alimentos pasa al siguiente orden de obligados si éste no se halla en condiciones de prestarlos sin poner en peligro su propia subsistencia, según su situación.

2) Los descendientes.- Entre los descendientes se regula la graduación por el orden en que son llamados a la sucesión legal del alimentista. Esto es, primero los hijos; segundo, los nietos; tercero, a los bisnietos, y así sucesivamente. El deber de prestar alimentos de los descendientes pasa a los ascendientes de comprobarse que ninguno de aquéllos se halla en condiciones de prestarlos por no tener posibilidades o rentas.

3) Los ascendientes.- Entre los ascendientes se regula la graduación de la misma forma que para los descendientes. Esto es, primero a los padres; segundo, a los abuelos; tercero, a los bisabuelos y, así sucesivamente.

4) Los hermanos.- El deber de prestar alimentos debe confrontarse con el artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes. Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos, pero por ausencia de padres o desconocimiento de su paradero, prestan alimentos en el orden de prelación siguientes: a) Los hermanos mayores de edad. b) Los abuelos. c) Los parientes colaterales hasta el tercer grado. d) Otros responsables del niño o del adolescente (tutor).

C) Modo de prestarlos.- Si los sujetos de relación -alimentante y alimentista- vivieran juntos en un hogar común, el obligado cumple su deber proporcionando los medios necesarios para el sustento de los alimentistas, ya sea en especies como en dinero, aunque aquél sea en mayor porcentaje. En cambio, cuando el Juez ha tenido que declarar la obligación alimentaria, la forma de cumplir aquélla es mediante la entrega de una suma de dinero en forma mensual y por adelantado.

OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR:

Conforme el Art. 149 del Código Civil.- “El que omite 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 y dos jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.

Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en convivencia 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.

OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Antiguamente, el incumplimiento de prestar alimentos por mandato judicial se contemplaba en el código civil. En la actualidad, incluso antes de la vigencia del presente Código Penal, se da la legislación penal por medio de la Ley 13906. La razón por la que este hecho pasa al Derecho Penal se debe, fundamentalmente, a que el incumplimiento de los deberes alimentarios en la mayoría de casos, en peligro la vida y la salud de algunas personas.

Teniendo esto en cuenta, el actual Código penal acoge un Capítulo especial denominado Omisión de Asistencia Familiar”.

El bien jurídico protegido en él es la familia, pero es necesario precisar este bien jurídico no se protege a toda la familia, sino, específicamente, deberes de tipo asistencial, donde prevee la idea de seguridad de las personas afectadas que la propia concepción de la familia²⁰².

CONCEPTO JURÍDICO DE ASISTENCIA FAMILIAR:

Al respecto, el Código Civil en su artículo cuatrocientos setenta y dos nos informa que la familia está relacionada con el concepto jurídico de los alimentos, entendiéndose como indispensable para el sustento, la habitación, vestido asistencia familiar, educación, trabajo, salud, recreación, según la situación y posibilidades de la familia²⁰³.

DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR:

En el Perú, el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, se regula con la Ley 13906 de 1963, bajo el título de Ley de Abandono de Familia, actualmente derogada.

²⁰² CAMPANA VALDERRAMA, Manuel, Derecho y Obligación Alimentaria, Delito de Omisión de Asistencia Familiar, Fondo Editorial U.I.G.V.

²⁰³ CAMPANA VALDERRAMA, Manuel, Delito de Omisión a la Asistencia Familiar, Lima-Perú.

El Código Penal vigente, en su artículo ciento cuarenta y nueve centra el injusto, económico y requiere de un derecho de alimentos reconocido judicialmente, vale decir, es de naturaleza patrimonial.

El profesor Santiago Mir Puig, sostiene: “No todo bien jurídico requiere tutela penal” sino la concurrencia de suficiente importancia material y de necesidad de protección por el puede un determinado interés social, obtener la calificación de “bien jurídico penal”.

ACTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO.- El Ministerio Público, en el ámbito de su intervención en el proceso, dicta disposiciones y providencias y formula Requerimientos.

Los requerimientos se formulan para dirigirse a la autoridad judicial solicitando la realización de un acto procesal, deben estar motivados, deberán estar acompañados de los elementos de convicción que lo justifique²⁰⁴.

La participación de los representantes del Ministerio Público en la actividad procesal se materializa a través de ciertos actos o manifestaciones de voluntad. Como son los requerimientos de acusación fiscal por lo que el fiscal insta a la autoridad jurisdiccional la realización de los actos procesales. Dada la trascendencia del contenido de los Requerimientos, el fiscal deberá persuadir al juez a través de una suficiente y adecuada motivación de la solicitud, a la que deberá sumarse la presentación de los elementos de convicción que lo justifiquen. En el ejercicio de la facultad de formular requerimiento se hace patente claramente la función persecutoria del Ministerio Público²⁰⁵.

ACUSACIÓN FISCAL.- Es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve el régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública (artículos 159,5 de la Constitución Política del Estado, 1 y 92 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, y 1,60 y 344.1 del NCPP). Mediante la acusación, la

²⁰⁴ Artículo 122 del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957 vigente en el departamento de Puno octubre del 2009.

²⁰⁵ GÁLVEZ VILLEGAS Tomás Aladino, El Código Procesal Penal, Pág. 307.

Fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido²⁰⁶.

CONCEPTO DE LA ACUSACIÓN FISCAL CONFORME AL ACUERDO PLENARIO N° 6-2009/CJ-116.- En la primera parte del fundamento jurídico N° 6 del acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116, define a la acusación fiscal como un acto de postulación, donde se fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible.

La pretensión procesal es el objeto del proceso; pero esa afirmación general es matizada para el proceso penal, ya que subyace a la pretensión un interés público del que no es titular el pretensor y del cual no puede disponer.

4. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS:

Al término de la revisión bibliográfica, se aprecia con claridad, que se han llevado a cabo las siguientes tesis:

En el año 2007, la Dra. Isabel Liliana Riveros Abarca, ha sustentado la tesis “Influencia del Empleo y Desempleo en los Procesos de Alimentos en el Modulo de los Juzgados de Paz Letrados de la Sede Central de la Corte Superior de Justicia de Arequipa de Enero a Junio del 2007”, para optar el grado académico de Magíster en Derecho de Familia. Y las conclusiones son las siguientes:

PRIMERA: El concepto de alimentos no sólo involucra lo que es la subsistencia básica, es mucho más amplio y desde el punto de vista legal incluye no sólo la alimentación sino vestido, vivienda, recreación y educación, preparación para la vida; lo que es reconocido por nuestra legislación vigente (Carta Magna, Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes). Siendo que el reconocimiento de

²⁰⁶ BENAVENTE CHORRES, Hesbert, El Control de la Acusación Fiscal Conforme al Acuerdo Plenario N° 6-2009/C-116. Gaceta Penal, Enero 2010, pág. 30.

los derechos de los gastos de embarazo de la madre desde la concepción hasta el parto, es una innovación que presenta nuestro ordenamiento.

SEGUNDA: Las características más resaltantes del Derecho Alimentario son: personal, intransmisible, irrenunciable, intransigible, incompensable, imprescriptible e inembargable. Distinta de las características de la pensión de alimentos que es transigible, compensable e incluso renunciable tratándose de pensiones devengadas, como en la práctica judicial cotidiana.

TERCERA: Entre la legislación supranacional que reconoce a los alimentos el rango de un derecho humano inherente a la calidad de persona encontramos al Declaración de Ginebra, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración de los Derechos del Niño.

CUARTA: En cuanto a la legislación comparada, tanto la legislación Chilena como la Ecuatoriana, no reconocen los gastos de embarazo y parto dentro del concepto de alimentos; siendo que el Código de Menor de Colombia si lo hace, al igual que el nuestro.

QUINTA: La evolución histórica en lo que a empleo se refiere, tuvo su auge en la década de los cincuenta en que la población se preocupó por prepararse para conseguir una mejor colocación, la cual ha caído y hasta el día hoy no se ha recuperado el nivel de ese entonces.

SEXTA: La tendencia del desempleo y subempleo en lo que va desde la dictadura militar del General de División Juan Velasco Alvarado hasta el gobierno actual, pasando por el gobierno militar del General de División Francisco Morales Bermúdez, el segundo gobierno del arquitecto Fernando Belaunde Terry, el Dr. Alan García Pérez, los dos períodos del ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, el gobierno del Dr. Alejandro Toledo Manrique y el actual segundo gobierno del Dr. Alan García Pérez, ha sido creciente, siendo que hoy por hoy estas variables se constituyen en el mayor obstáculo para el desarrollo de nuestro país y el contenido de la población.

SÉPTIMA: Entre la legislación supranacional que reconoce el derecho al trabajo, encontramos la Declaración Universal de los derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo Adicional a la Convención Americana de los derechos Humanos, en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

OCTAVA: En la que se refiere a las causas que determinaron el decrecimiento de la economía regional arequipeña, tenemos a factores como son: la alta tasa migratoria de las zonas alto andinas hacia la ciudad, la falta de apertura económica, la falta de articulación con la producción nacional, la alta vulnerabilidad a los precios en el mercado internacional y la marcada dependencia de insumos importantes, los que repercute en que los índices de desempleo y subempleo sean elevados, incluso por encima del país.

NOVENA: El nivel de desempleo en nuestra ciudad ha ido en constantes aumentos, en tanto el subempleo muestra una tendencia decreciente, trasloándose este rubro de la población hacia el coeficiente de empleo adecuado que se ha ido incrementando en éstos últimos años, debido al auge en las exportaciones de productos tradicionales y no tradicionales a nivel del agro y la industria.

DÉCIMA: De la muestra analizada se concluye que los demandados en los procesos de alimentos, se encuentran desempleados un porcentaje mínimo frente a un abismal porcentaje de empleados, siendo que éstos a su vez se encuentran laborando para el sector privado, en un mayor porcentaje.

DÉCIMA PRIMERA: Concluye que en lo que se refiere a las características de los demandados en proceso de alimentos, que las ocupaciones que presentan, son mayoritariamente la de empleados, trabajadores independientes y miembros de la Policía Nacional del Perú, con ingreso mayoritario por debajo del mil nuevos soles, lo que hace que puedan cubrir las necesidades de los alimentistas en la forma que quisiera.

DÉCIMA SEGUNDA: En lo que se refiere a la demandante en su mayoría no tiene un trabajo, por cuanto se dedican al cuidado de sus menores hijos, con ingreso nulo; destacándose además que la mayoría de ellas tiene un solo hijo.

En el año 2009, el Dr. Freddy Apaza Noblega, ha sustentado la tesis “Influencia del proceso de omisión a la asistencia familiar, en el pago de las pensiones devengadas, en el cercado de la Corte Superior de Justicia de arequipa, 2008”, para optar el grado académico de Magíster en Derecho de Familia. Y las conclusiones son las siguientes:

PRIMERA: Las investigaciones demuestran que las personas sentenciadas por el delito de omisión a la asistencia familiar, no cumplen con el pago de las pensiones devengadas o simplemente lo hacen de manera parcial.

SEGUNDA: Las sentencias que se imponen en los procesos de omisión a la asistencia familiar, en su mayoría, contienen sentencias con pena privativa de libertad de carácter de suspendida en su ejecución, o se reserva el fallo condenatorio; por lo que en estos casos el pago de las pensiones alimenticias devengadas debe consignarse como regla de conducta, a fin de posibilitar su pago.

TERCERA: En los procesos de omisión a la asistencia familiar en los cuales se emitieron sentencias con pena privativa de libertad con el carácter de suspendida en su ejecución, o con reserva del fallo condenatorio, y se dispuso el pago de las pensiones alimenticias devengadas como una de las reglas de conducta; los obligados en su mayoría han cumplido con su obligación de asistir a sus hijos, alimentarios y educarlos conforme a su condición.

CUARTA: En muy pocas oportunidades, en los proceso de omisión a la asistencia familiar, los jueces especializados penales han dictado sentencias con penas privativas de libertad con el carácter de efectivas.

QUINTA: Algunos jueces especializado penales, debido a doctrina divergente, no se encuentran motivados para dictar, en los proceso de omisión a la asistencia familiar, sentencias con penas privativas de libertad con el carácter de

efectivas, en caso de reincidencia; asimismo, se muestran renuentes a consignar como regla de conducta el pago de las pensiones alimenticias devengadas en sentencias condena privativa de libertad con el carácter de suspendida en su ejecución, o con reserva de fallo condenatorio.

5. OBJETIVOS:

5.1 GENÉRICO:

Determinar el tipo de pena que solicita en la acusación fiscal en el delito de omisión de asistencia familiar y sus consecuencias económicas, sociales y jurídicas en las alimentistas en la provincia de San Román, en el año 2011

Identificar si el procesado por el delito de omisión de asistencia familiar, cumple con el pago de las pensiones devengadas.

5.2 ESPECÍFICOS:

Identificar en el requerimiento de acusación fiscal por el delito de omisión de asistencia familiar, el monto de las pensiones devengadas en la provincia de San Román, en el año 2011.

Analizar las consecuencias económicas, sociales y jurídicas de los alimentistas por el incumplimiento del pago de las pensiones devengadas en la provincia de San Román, en el año 2011.

6. HIPÓTESIS:

PRINCIPIO: Dado que:

Los Fiscales no solicitan en el requerimiento de acusación fiscal, pena efectiva para los procesados por el delito de omisión de asistencia familiar, por lo que los alimentistas se encuentran desprotegidos.

HIPÓTESIS: Es probable que:

Los procesados por el delito de omisión de asistencia familiar no cumplen el pago de las pensiones devengadas porque no cuentan con un trabajo y la pena solicitada por el representante del Ministerio Público de suspensión no es drástica y por consiguiente atenta la dignidad de los alimentistas.



MATRIZ DE TABULACIÓN

TIPO	VARIABLE	INDICADOR	SUBINDICADOR	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
LA ACUSACIÓN FISCAL EN EL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR Y LAS CONSECUENCIAS	Variable Independiente ACUSACIÓN FISCAL DEL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR	Acusación Fiscal	Pena Efectiva Pena suspendida Servicios a la Comunidad Reserva del Fallo condenatorio	Revisión de carpetas fiscales	Matriz de consistencia
		Determinación judicial de la pena	Edad de los procesados Estado civil Grado de instrucción Situación familiar Número de alimentistas Monto de las pensiones devengadas	Revisión de carpetas fiscales	Matriz de consistencia
		Omisión de asistencia familiar:	Monto del pago de la reparación civil Bien jurídico protegido El dolo Sujeto activo Sujeto pasivo Penalidad	Revisión documental	Ficha documental
ECONÓMICAS, SOCIALES Y JURIDICAS EN LOS ALIMENTISTAS EN LA PROVINCIA DE SAN ROMAN, AÑO 2011.	Variable Dependiente CONSECUENCIAS SOCIALES, ECONÓMICAS Y JURÍDICAS EN LOS ALIMENTISTAS	Factor social	Son discriminados, No tienen amigos No concurren a fiestas de sus amigos Los menores dependen de sus progenitores a progenitora n	Entrevistas	Cuestionarios
		Factor económico	Las madres no cuenta con trabajo Los menores no pueden acceder a una fuente de trabajo No tienen ingresos los alimentistas	Entrevistas	Cuestionarios
		Factor Jurídico	El proceso de alimentos demora entre 1año a más Para el proceso de omisión de asistencia previamente tiene existir un proceso de alimentos. El menor alimentista no puede presentar la demanda de alimentos, lo hace la madre en representación.	Entrevistas	Cuestionarios

CAPÍTULO II

PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:

1.1 TÉCNICAS

La información necesaria de acuerdo a la variable independiente y dependiente, para la presente investigación, se recopilará aplicando la técnica de observación documental y de campo, la misma que consiste en la recopilación, selección, análisis e interpretación del tema de investigación, así como la revisión de los requerimientos de acusación fiscal en el delito de omisión de asistencia familiar emitido por la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana en la provincia de San Román en el año 2011.

1.2 INSTRUMENTOS

En relación con la técnica que se va utilizar, el instrumento será las fichas de investigación y de registro, así como el diario de campo, asimismo se aplicará cuestionarios a las madres de los alimentistas para determinar las consecuencias económicas, sociales y jurídicas en los menores alimentistas. Por otro lado se realizará la revisión de bibliografía especializada y la revisión de las carpetas fiscales por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar en la provincia de San Román del año 2011.

2. CAMPO DE VERIFICACIÓN:

2.1 UBICACIÓN ESPACIAL

La presente investigación se realizará en la Provincia de San Román, específicamente en la Primera Fiscalía de Decisión Temprana de la ciudad de Juliaca donde se tramitan procesos de omisión de asistencia familiar.

2.2. UBICACIÓN TEMPORAL

La investigación comprende de enero a diciembre del año 2011, teniendo en consideración que existe la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana.

2.3. UNIDADES DE ESTUDIO

Para la investigación de campo, se revisará solicitudes de requerimiento de acusación fiscal por el delito de omisión de asistencia familiar que comprende 64 carpetas fiscales, emitidos durante el periodo comprendido de enero a diciembre del año 2011.

3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

3.1. Estrategia

Para recopilar la información que se requiere para el desarrollo de la presente investigación, la investigadora recurrirá a las diferentes bibliotecas de la ciudad, así como de la ciudad de Arequipa, consultaré a los especialistas de la materia, jueces, fiscales y otros, asimismo recurriré al Internet y respecto a la información de campo se revisara carpetas fiscales que se tramitaron en el año 2011 en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana de la provincia de San Román.

3.2. Modo

La información que se recabe será consignada en las fichas pertinentes, las cuales serán analizadas y seleccionadas por la investigadora. Asimismo se realizará el análisis de los requerimientos de acusación fiscal por la comisión del delito de omisión de asistencia familiar, tramitados en la Primera Fiscalía Penal de Decisión Temprana de la provincia de San Román.

MEDIOS

A. RECURSOS HUMANOS

Denominación	Nº	Costo diario	Días	Costo total
Director del proyecto	1	30	100	3000
Jefe de grupo	1	20	40	800
Colaboradores	1	10	20	200
Digitador	1	10	20	200
Total	5	60	180	4200

B. RECURSOS MATERIALES

Denominación	Nº	Costo unitario	Costo total
Papel periódico	1000	0.05	50
Papel bond	2000	0.10	200
Fichas doc. y bibliográficas	1000	0.1	100
Diario de campo	5	5	25
Toner	2	250	500
Copias fotostáticas	500	0.80	400
Empastes	5	25	125
Total			1750

C. BIENES Y SERVICIOS

Denominación	Días	Costo unitario	Costo total
Uso de computadora	50	15.00	750
Uso de impresora	40	15.00	600
Movilidad	20	10.00	200
Costos extras	10	50.00	500
USB	03	75.00	225
Total	130	60.00	2275

D. COSTO TOTAL

Rubro	Total
Recursos Humanos	4200
Recursos Materiales	1750
Bienes y servicios	2275
Total	8225

CRONOGRAMA DE TRABAJO

Meses	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio Agosto-2008- 2012
Actividades	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4
Preparación proyecto	X X XX				
Aprobación proyecto		XX			
Recolección de información		XX	X XXX		
Procesamiento de informa			X X	X X	
Análisis y sistematización de datos				X X	
Conclusiones y sugerencias.					X
Preparación de informe					X X
Presentación de informe					X

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

1. CAMPANA VALDERRAMA, Manuel, Derecho y Obligación Alimentaria, Delito de Omisión de Asistencia Familiar, Fondo Editorial U.I.G.V. 2008.
2. CAMPANA VALDERRAMA, Manuel, Delito de Omisión a la Asistencia Familiar, Lima-Perú 2010.
3. GÁLVEZ VILLEGAS Tomás Aladino, El Código Procesal Penal, Editorial Idemsa, Lima Perú 2011.
4. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, Derecho Penal, Parte Especial Tomo II, Editorial IDEMSA, Lima-Perú Noviembre 2008.
5. PRADO PANTIGOSO, Alfredo, Metodología de la Investigación, Ediciones SADUC, Arequipa, 1990.
6. RAMOS NUÑEZ, Carlos, “Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento” Primera Edición, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, Junio del 2000.
7. ROJAS VARGAS Fidel, INFANTES VARGAS Alberto, QUISPE PERALTA Lester León, Código Penal 16 años de jurisprudencia sistematizada, Tomo II Parte Especial Editorial idemsa, Lima-Perú, Octubre 2007.
8. PERALTA ANDIA, Javier Rolando, Derecho de Familia En el Código Civil, Pág. 562.
9. BENAVENTE CHORRES, Hesbert, El Control de la Acusación Fiscal Conforme al Acuerdo Plenario N° 6-2009/C-116. Gaceta Penal, Enero 2010, pág. 30.

INFORMATOGRAFÍA

<http://www.monografias.com/trabajos10/perhum.shtml>

Página web del Monografías

Consulta efectuada el 15 de diciembre del 2008.

<http://www.editoraperu.com.pe/elperuano/edc/2007/02/09/der1.asp>

Página derecho

Consulta efectuada el 03 de octubre del 2008.

http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00699-2007_HC.html

Tribunal Constitucional Perú

Consulta efectuada el 03 de octubre del 2008.

<http://www.amag.edu.pe/webestafeta2>

Estafeta Jurídica

Consulta efectuada el 06 de octubre del 2008.

<http://www.correoperu.com.pe>

Diario Correo -Perú

Consulta efectuada el 06 de octubre del 2008

<http://www.monografias.com>

Monografías -Perú

Consulta efectuada el 15 de diciembre del 2008

<http://www.biblioteca.itam.com>

Estudios, Filosofía-Historia-Letras -Perú

Consulta efectuada el 15 de diciembre del 2008

ANEXOS

FICHA BIBLIOGRÁFICA

AUTOR:

1.- Apellidos _____

2.- Nombres _____

OBRA

1.- Título _____

2.- Editorial _____

3.- Año _____

4.- Ciudad _____

5.- Edición _____

6.- Biblioteca donde se encuentra el libro _____

FICHA BIBLIOGRÁFICA

AUTOR:	
1.- Apellidos	_____
2.-Nombres	_____
OBRA	
1.- Título	_____
2.- Editorial	_____
3.- Año	_____
4.- Ciudad	_____
5.- Edición	_____
6.- Biblioteca donde se encuentra el libro	_____
CITA TEXTUAL	
Página	_____

CUESTIONARIO

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARIA-AREQUIPA

DOCTORADO EN DERECHO

CUESTIONARIO A LAS MADRES QUE TIENEN UN PROCESO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR EN LA CIUDAD DE JULIACA.

- 1.- ¿Cuál es el motivo por el cual usted, solicita que cumpla con el pago de las pensiones devengas el padre de su menor hijo (a)?
 - a) Mi hijo no tiene para su estudio, alimentos y otros
 - b) No cuenta con trabajo (madre)
 - c) Realiza labores de limpieza y no le alcanza lo que gana
 - c) Tiene otros hijos.
- 2.- ¿Cuántos hijos tiene?
 - a) 01
 - b) 02
 - c) 03
- 3.- ¿Qué pretende al denunciar en la vía penal, al padre de su hijo (a)?
 - a) Que lo metan a la cárcel
 - b) Que cumpla con el pago de las pensiones devengadas
 - c) Que se recuerde su hijo (a)
- 4.- ¿Cuantos amigos tiene su menor hijo?
 - a) 01 amigo
 - b) 02 amigos
 - c) No tienen
- 5.- Si hijo concurren a fiesta infantiles
 - a) Nunca
 - b) A veces
 - c) No
- 6.- ¿Su hijo en que colegio estudia?
 - a) Nacional
 - b) Particular
 - c) No estudia
- 7.- ¿Sabe si el padre de su hijo (a) tiene trabajo?
 - a) No tiene
 - b) Si tiene
- 8.- ¿Cuánto percibe, gana el padre de su hijo?
 - a) S/. 500.00 Nuevos soles
 - b) S/. 500.00 a 1000.00 Nuevos soles
 - c) Más de S/. 1 000.00 Nuevos Soles

9.- ¿Tiene conocimiento porque no cumple con el pago de las pensiones devengadas el padre de su hijo?

- a) Tiene otro compromiso
- b) Dice que no tiene trabajo
- c) Tiene bienes (casa, carro) pero a nombre de terceras personas.

10.- ¿Estarías de acuerdo si lo meten a la cárcel al padre de tú hijo (a)?

- a) Si
- b) No.

GRACIAS

