

**Universidad Católica Santa María**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**  
**Escuela Profesional de Derecho**



**IMPLICANCIAS JURÍDICAS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE ESTABLECIDA EN LA CASACIÓN N° 131-2014-AREQUIPA PARA LOS SENTENCIADOS POR EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR, CUANDO LA PENA SUSPENDIDA HA SIDO REVOCADA. AREQUIPA, 2018.**

Tesis presentada por el Bachiller:

**Turpo Sillo, John Alberth**

Para optar el Título Profesional de:

**Abogado**

**Asesor: Dr. Armaza Galdos, Julio Emilio**

**Arequipa – Perú**

**2019**

Arequipa, 06 de mayo del 2019

Señor Prof. Dr.  
**GABRIEL TORREBLANCA LAZO**  
DECANO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD CATOLICA  
DE SANTA MARIA  
Presente.-

Mediante la presente cumpla con emitir dictamen respecto al borrador de tesis titulado "Implicancias jurídicas de la doctrina jurisprudencial vinculante establecida en la casación N° 131-2014-Arequipa para los sentenciados por el delito de omisión a la asistencia familiar, cuando la pena suspendida ha sido revocada. Arequipa, 2018", presentado por el Sr. Bachiller John Alberth Turpo Sillo, para optar el título de Abogado, en el sentido que la tesis en mención cumple con la estructura anexada al inc. D) del artículo 12 Título III; Capítulo III del Reglamento de Grados y Títulos, guarda coherencia con el proyecto de Investigación y tiene la profundidad académica y aporte científico que se exige, por lo que tiene mérito suficiente para ser sustentado oralmente

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para reiterarle mi consideración.

Atentamente.



Julio Emilio Armaza Galdos  
Asesor de tesis



Arequipa, 06 de junio del 2019

**SEÑOR DOCTOR**

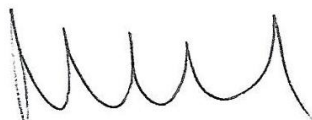
**GABRIEL TORREBLANCA LAZO**  
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Universidad Católica de Santa María

De nuestra consideración:

Mediante el presente, cumplo con emitir dictamen respecto al Borrador de Tesis titulado "IMPLICACION JURIDICAS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE ESTABLECIDA EN LA CASACION N° 131-2014-AREQUIPA PARA LOS SENTENCIADOS POR EL DELITO DE OMISION A LA ASISTENCIA FAMILIAR, CUANDO LA PENA SUSPENDIDA HA SIDO REVOCADA, AREQUIPA, 2018", presentado por el bachiller Sr. TURPO SILLO, John Alberth, para optar por el Título Profesional de Abogado, en el sentido que la tesis en mención cumple con la estructura anexada al Reglamento de Grados y Títulos de esta Facultad, la hipótesis ha sido probada, los objetivos han sido cumplidos, las conclusiones corresponden a la investigación efectuada, el proyecto normativo es innovador, cumple con los puntos que se exigen para optar el título profesional de Abogado, por lo que tiene mérito suficiente para ser sustentado oralmente..

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para reiterarle mi consideración

Atentamente,



**MAURO PARI TABOADA**  
DOCENTE DICTAMINADOR  
COD. 1378



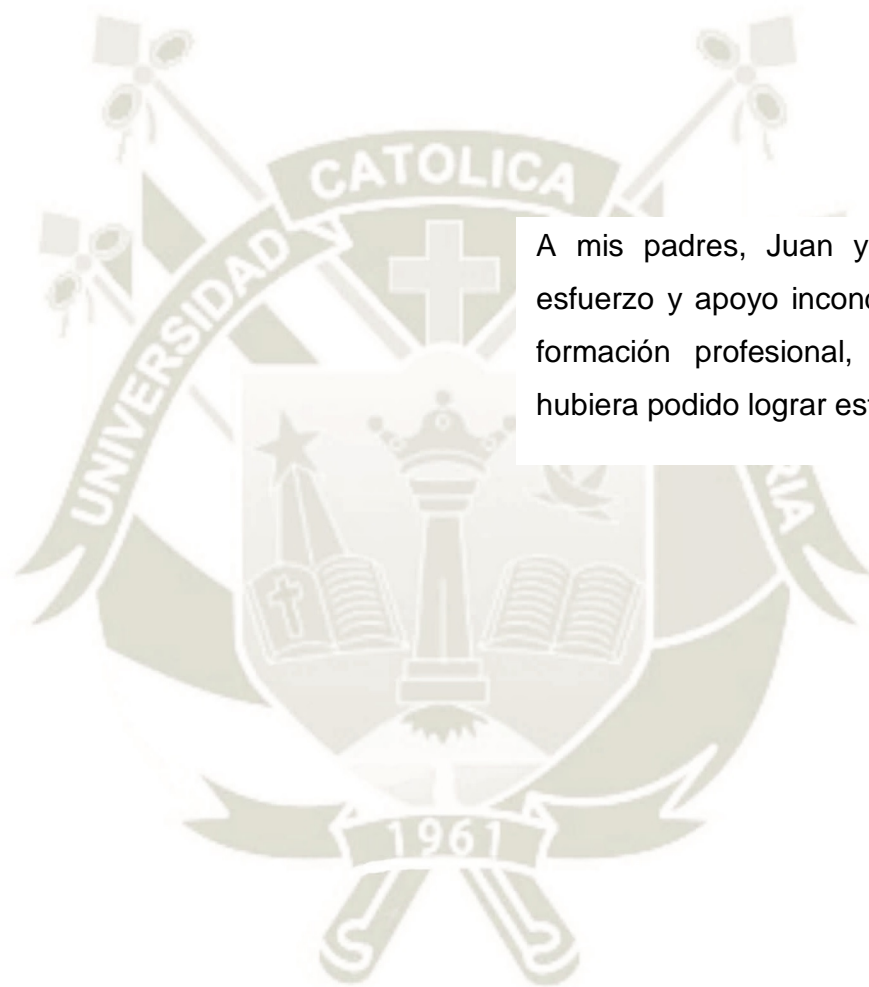
**CALUDIA PIA CHIRINOS PACHECO DE RIVERO**  
DOCENTE DICTAMINADOR





*“La mayor gloria no es caer nunca,  
sino levantarse siempre”*

**Nelson Mandela**



A mis padres, Juan y Ana por su esfuerzo y apoyo incondicional en mi formación profesional, sin ellos no hubiera podido lograr esta meta.

## TABLA DE CONTENIDOS

Resumen	
Abstract	
Introducción	
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN</b>	<b>1</b>
1 El incumplimiento de la obligación alimentaria en los Juzgados de Paz Letrados de Arequipa	1
1.1. Cantidad de procesos de alimentos tramitados en los Juzgados de Paz Letrado de Arequipa	2
1.2. Incumplimiento del pago de obligación alimentaria en los Juzgados de Paz de Arequipa	4
1.3. Población penitenciaria por el delito de omisión a la asistencia familiar, entre pena efectiva y revocados, durante los años 2017 al 2018	6
2. Situación de los revocados por incumplimiento del pago de reparación civil, que hayan cancelado tardíamente la reparación civil	11
3. Análisis de la Casación 131-2014-Arequipa y la doctrina jurisprudencial vinculante	14
4. Aplicación de la doctrina jurisprudencial vinculante previsto en la Casación N° 131-2014-Arequipa y los fines de la pena en los delito de omisión a la asistencia familiar	20
5. Aplicación de la doctrina jurisprudencial vinculante previsto en la Casación N° 131-2014-Arequipa y el interés superior del menor alimentista	21
<b>CAPITULO II</b>	<b>27</b>
<b>MARCO TEÓRICO</b>	<b>27</b>
1. Los alimentos para los hijos en el derecho peruano	27
1.1. Los alimentos	27
1.2. La obligación alimentaria	28

1.3.	Naturaleza jurídica del derecho alimentario	29
1.4.	Características del derecho alimentario	30
1.5.	Requisitos para el cumplimiento de la obligación alimentaria	32
1.6.	Obligados a brindar alimentos	36
1.7.	Los beneficiarios de los alimentos	37
2.	Los procesos de alimentos	39
2.1.	Proceso de alimentos	39
2.2.	Competencia y regla del proceso	40
2.3.	Desarrollo del proceso	41
2.4.	Incumplimiento de pago de pensión de alimentos dispuesto en sentencia	43
3.	Proceso Penal por el delito de omisión a la asistencia familiar	44
3.1.	Delito de omisión a la asistencia familiar	44
3.2.	La acción penal por el delito de omisión a la asistencia familiar	45
3.3.	Estructura de delito de omisión a la asistencia familiar	46
4.	La sentencia y su ejecución en los procesos por el delito de omisión a la asistencia familiar	49
4.1.	La sentencia en el delito de omisión a la asistencia familiar	49
4.2.	La suspensión de la ejecución de la pena en el delito de omisión a la asistencia familiar	49
5.	La pena por el delito de omisión a la asistencia familiar	50
5.1.	La pena	50
5.2.	Fines de la pena	51
5.3.	Clases de pena	53
5.4.	Sustitución de penas privativas de libertad	58
5.5.	Conversión de penas privativas de libertad	58
6.	La reparación civil en el proceso penal	60

6.1.	La reparación civil	60
6.2.	Naturaleza jurídica de la reparación civil en el derecho penal	62
6.3.	Contenido de la reparación civil en el proceso penal	64
6.3.1.	La restitución del bien, o pago de su valor.	64
6.3.2.	La indemnización de los daños y perjuicios	65
6.4.	Determinación de la Reparación Civil	66
6.5.	Ejecución de la reparación civil	67
6.6.	La reparación civil como regla de conducta en la sentencia por el delito de omisión a la asistencia familiar	67
6.7.	Revocación de la suspensión de pena por incumplimiento de reglas de conducta	68
6.8.	Los revocados por el delito de omisión a la asistencia familiar y el pago tardío de las pensiones devengadas y reparación civil	69
7.	Principio de interés superior del niño y el delito de omisión a la asistencia familiar	71
7.1.	Definición del principio de interés superior del niño	71
7.2.	Fundamento jurídico del principio de interés superior del niño	72
7.3.	Funciones del principio de interés superior del niño	75
7.4.	Obligados por el principio de interés superior del niño.	77
7.5.	El principio de interés superior en los casos de delito de omisión a la asistencia familiar	78
8.	La doctrina jurisprudencial vinculante en el ámbito penal	80
8.1.	Sentencia penal y sentencia casatoria penal	80
8.2.	La doctrina jurisprudencial vinculante	81
8.3.	Elementos de la doctrina jurisprudencial vinculante	83
8.3.1.	La ratio decidendi o razón suficiente	83
8.3.2.	El obiter dicta o razón subsidiaria	84

8.3.3.	El decisum	84
8.4.	Condiciones del uso del precedente vinculante	85
8.5.	Los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante	86
8.6.	Técnicas de la jurisprudencia vinculante	87
8.6.1.	El Stare Decisis	87
8.6.2.	El distinguishing	87
8.6.3.	El overruling	88
8.7.	Obligatoriedad de la doctrina jurisprudencial vinculante	89
	CONCLUSIONES	91
	RECOMENDACIONES	92
	PROYECTO DE LEY	93
	BIBLIOGRAFÍA	100
	ANEXO	106

## RESUMEN

Con la ejecución del presente trabajo hemos determinado que la incidencia de casos en los que el sentenciado después de revocada la suspensión de la ejecución de pena por incumplimiento del pago de reparación civil, haya hecho el pago tardíamente y logrado su liberación o conversión de su pena es casi nula, pues durante los años 2017 al 2018, solo un procesado ha obtenido su libertad pagando la reparación civil, después que se le haya revocado la pena suspendida.

La aplicación de la doctrina jurisprudencial vinculante previsto en la Casación N° 131-2014-Arequipa contraviene los fines de la pena en los delitos de omisión a la asistencia familiar, por cuanto no permite que los revocados no pueden lograr los fines de la pena, porque impone una pena gravosa frente a una acción que constituye poca lesividad y la persona no representa peligrosidad para la sociedad.

Asimismo, se ha determinado que la aplicación de la doctrina jurisprudencial vinculante previsto en la Casación N° 131-2014-Arequipa vulnera el principio del interés superior del menor alimentista, al no permitir al sentenciado cumplir la pena en libertad y trabajando, para así poder cumplir con su obligación alimentaria.

Con todo ello se determina que existe la necesidad de regular el cumplimiento tardío de la reparación civil, después de la revocación de la pena suspendida, como un atenuante genérico para solicitar la conversión de la pena a prestación de servicios comunitarios, con la finalidad de nulificar los alcances de la jurisprudencia vinculante dispuesta en la Casación N° 131-2014-Arequipa.

**PALABRAS CLAVE:** ALIMENTOS – OMISION A LA ASISTENCIA FAMILIAR – SUSPENSIÓN DE LA PENA – REVOCATORIA DE LA PENA – FINALIDAD DE LA PENA – REPARACION CIVIL – JURISPRUDENCIA VINCULANTE.

## ABSTRACT

With the execution of the present work we have determined that the incidence of cases in which the person sentenced after the suspension of the execution of the penalty for failure to pay civil compensation, has made the payment late and achieved his release or conversion of his sentence It is almost nil, because during the years 2017 to 2018, only one defendant has obtained his freedom by paying civil compensation.

The application of the binding jurisprudential doctrine envisaged in the Cassation N ° 131-2014-Arequipa contravenes the ends of the penalty in the crimes of omission to family assistance, because it does not allow that the revoked ones can not achieve the ends of the penalty, because it imposes a burdensome penalty in front of an action that constitutes little lesividad and the person does not represent danger to society.

It has also been determined that the application of binding jurisprudential doctrine provided in the N ° 131-2014-Arequipa violates the best interests of the child food by not allowing the sentenced to serve the sentence in freedom and work, thereby meet their food obligation.

With all of this, it is determined that there is a need to regulate the late fulfillment of the civil remedy, after the revocation of the suspended sentence, as a generic mitigation to request the conversion of the penalty to the rendering of community services, in order to nullify the scope of the binding jurisprudence provided in the Cassation N ° 131-2014-Arequipa.

**KEY WORDS: OMISSION TO FAMILY ASSISTANCE - SUSPENSION OF PENALTY - REVOCATION OF THE PENALTY - PENALTY PURPOSE - CIVIL REPARATION - BINDING JURISPRUDENCE.**

## INTRODUCCIÓN

Revisando las páginas web del Poder Judicial, del Ministerio Público y del Instituto Nacional Penitenciarios (INPE) nos damos cuenta que las denuncias por el delito de omisión a la asistencia familiar han crecido bastante. Debido a que va en incremento los sentenciados por delito de omisión a la asistencia familiar, sobre todo debido a la revocación de la suspensión de pena privativa de libertad o reserva de fallo condenatorio, por falta de pago de la reparación civil fijada como regla de conducta en la sentencia condenatoria.

Para los internos por el delito de omisión a la asistencia familiar, cuando su pena ha sido revocado, no es fácil liberarse aunque paguen el íntegro de la reparación civil, pues a la fecha existe la Casación N° 131-2014-Arequipa, que con calidad de doctrina jurisprudencial vinculante establece que la revocación de la suspensión de la pena no puede ser a su vez revocada, por cuanto se repara el daño causado por el delito posterior a la revocatoria de libertad condicional por incumplimiento de una regla de conducta. La revocación de la ejecución suspendida de la pena privativa de libertad es, a su vez, irrevocable una vez que adquiere firmeza.

Por lo que, teniendo en cuenta que el artículo 149° del Código Penal, sanciona con una pena que fluctúa entre 01 a 03 años el delito de omisión a la asistencia familiar, y en la mayoría de los casos las penas que se imponen son en promedio de 01 año, los sentenciados internos no desean pagar la reparación civil y se acogen a beneficios penitenciarios por medio de la redención de la pena por el trabajo al 2x1 que pueden salir libres en un aproximado de 08 meses sin tener que desembolsar monto alguno a favor de los agraviados propiamente dicho, con lo cual únicamente se perjudica el alimentista agraviado, más aun teniendo en cuenta lo dispuesto por el Decreto Legislativa N° 1300, que regula el procedimiento especial de conversión de penas privativas de libertad por penas alternativas en ejecución de condena.

La jurisprudencia vinculante establecida por la Corte Suprema no se condice con los fines constitucionales de la pena, pues no contribuye en la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, sino más bien estaría castigando severamente al deudor alimentario a pesar que tardíamente ha cancelado la reparación civil. Esta

situación ha hecho que muchos internos opten por cumplir su condena sin efectuar el pago de la deuda, perjudicando con ello más al menor alimentista y su interés superior.

Consideramos que, al cumplirse una condición, luego de emitida una resolución, esta debería quedar sin efecto, efectuando una interpretación a favor del reo y la libertad, por lo que las resoluciones que revocan la ejecución suspendida de la pena por delitos de menor gravedad como el caso de la omisión a la asistencia familiar, la revocación sería factible de corregir y subsanar, más cuando solo se trata del pago de la reparación civil. Sin embargo, si conforme a la doctrina jurisprudencial establecida esto no es posible, entonces el pago, aunque tardío, de la deuda alimentaria y reparación civil debe ser considerado como una atenuante genérica (Véase la Sentencia Tercera Sala Penal de Apelaciones en el Exp. N° 06094-2014-48-0401-JR-PE-04), que permitiría al sentenciado con revocación de pena acogerse a la conversión de su pena a prestación de servicios comunitarios, con lo cual tendría la posibilidad de cumplir tanto con la pena que le fue impuesta y el pago de la pensión alimentaria mes por mes a favor del alimentista.

Es por ello que nos habíamos planteamos la presente investigación con la finalidad de analizar las implicancias jurídicas de la doctrina jurisprudencial vinculante establecida en la Casación N° 131-2014-Arequipa para los sentenciados por el delito de omisión a la asistencia familiar cuando la pena suspendida haya sido revocado por incumplimiento de una regla de conducta: Falta de pago de la reparación civil, una vez cumplido con este pago tardíamente, plantear una propuesta normativa para corregir esta situación a fin de que el pago tardío efectuado sirva como un atenuante genérico y permita al sentenciado solicitar la conversión de su pena a servicios comunitarios, como una forma de favorecer el logro de los fines de la pena y respeto al principio de interés superior del menor alimentista.

Con esa finalidad nos hemos planteado los siguientes objetivos:

1. Determinar la incidencia de casos en los que el sentenciado después de revocada la suspensión de la ejecución de pena por incumplimiento del pago de reparación civil, haya hecho el pago tardíamente y logrado su liberación o conversión de su pena.
2. ¿La aplicación de la doctrina jurisprudencial vinculante previsto en la Casación N° 131-2014-Arequipa vulnera el interés superior del menor y vulnera los fines de la pena en los delitos de omisión a la asistencia familiar?

3. Evaluar la existencia de la necesidad de regular el cumplimiento tardío de la reparación civil, después de la revocación de la pena suspendida, como un atenuante genérico para solicitar la conversión de la pena a prestación de servicios comunitarios.

Y concordante con los objetivos planteados como hipótesis teníamos que “la Casación N° 131-2014-Arequipa, es probable que contravenga los fines de la pena y se afecta el interés superior del menor alimentista, pues el sentenciado por el delito de omisión a la asistencia familiar ha perdido toda posibilidad de recuperar su libertad, a pesar de haber pagado tardíamente la reparación civil, después de revocación de la pena privativa de libertad suspendida a efectiva”.

A este tiempo, los objetivos que me plantee considero haberlos alcanzado y probada la hipótesis planteada.

Con la finalidad de exponer el cumplimiento de los objetivos y demostrada la hipótesis planteada, doy a conocer el presente trabajo en Dos Capítulos: En el Primero, se expone los Resultados de la Investigación y Discusión; y en el Segundo, el Marco Teórico. En la parte final se acompaña las conclusiones, recomendaciones, entre ellos la propuesta legislativa y bibliografía

## CAPÍTULO I

### RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

#### 1. Incumplimiento de obligaciones alimentarias en los Juzgados de Paz Letrados de Arequipa

Los procesos de alimentos, así como sus derivados aumento, reducción, prorrateo, exoneración o extinción de alimentos, se tramitan ante los Juzgados de Paz Letrados. Excepto aquellos que pueden ser peticionados como acumulado de otro proceso, como en el caso de tenencia o divorcio, los que se tramitan ante el Juzgado de Familia. Por ello, en el presente trabajo solamente utilizaremos los datos obtenidos de los Juzgados de Paz Letrados.

A nivel de Arequipa Cercado contamos con 08 Juzgados de Paz Letrados que atienden casos civiles y familiares, y 07 Juzgados de Paz Letrado en otros distritos de la ciudad, con las mismas características. La información que nos sirvió para determinar el incumplimiento de la obligación alimentaria, en base a la información proporcionada por el Sistema de Información del Poder Judicial de Arequipa.

La información obtenida primero se ha seleccionado y organizado conforme a los objetivos y la hipótesis que se ha planteado en el proyecto de tesis, luego se ha efectuado el tratamiento estadístico correspondiente.

En esta parte solo nos referiremos a la cantidad de procesos de alimentos tramitados entre los años 2017 y 2018, para ver en cuántos de ellos se incumple con el pago de la obligación alimentaria dispuesta en sentencia.

**1.1. Cantidad de procesos de alimentos tramitados en los Juzgados de Paz Letrado de Arequipa**

**TABLA N° 01**

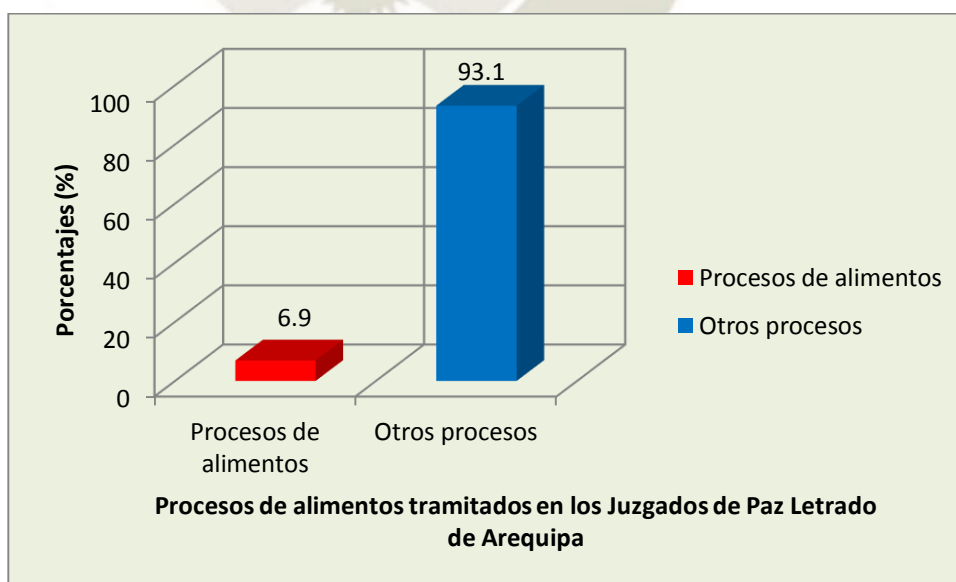
**Procesos de alimentos y otros procesos en los Juzgados de Paz Letrado de Arequipa durante el año 2017-2018**

PROCESOS	ESTADÍSTICA	
	N	%
Procesos de alimentos	1 194	6.9
Otros procesos	16 169	93.1
<b>TOTAL</b>	<b>17 363</b>	<b>100.0</b>

**Fuente:** Archivo del Poder Judicial de Arequipa

**GRÁFICO N° 01**

**Procesos de alimentos y otros procesos en los Juzgados de Paz Letrado de Arequipa durante el año 2017-2018**



**Fuente:** Tabla N° 01

En la Tabla N° 01 y su gráfico, observamos que del total de los procesos que se tramitaron en los Juzgados de Paz Letrados de Arequipa, durante los años 2017 al 2018, el 6.9% son procesos de alimentos, mientras el 93.1% son de otros procesos como obligación de dar suma de dinero, de ejecución actas de conciliación, procesos de filiación, procesos de indemnización, entre otros.

Para los fines de nuestra investigación solamente nos ocuparemos de los procesos de alimentos, pues únicamente dentro de ellos encontraremos aquellos casos de incumplimiento de la obligación alimentaria.

De manera que los procesos de alimentos que se tramitan a nivel de los Juzgados de Paz Letrado de Arequipa, sobrepasan el 6% de todos los procesos que se tramitan en estos Juzgados, lo que ya refleja que en nuestra ciudad existe una buena cantidad de padres que no proveen voluntariamente para la alimentación de sus hijos, y de estos muchos de ellos, como veremos en los siguientes puntos, tampoco cumplen con su obligación a pesar de existir una sentencia judicial que así lo determina, por lo que terminan siendo denunciados por el delito de omisión a la asistencia familiar.

**1.2. Incumplimiento del pago de obligación alimentaria en los Juzgados de Paz de Arequipa**

**TABLA N° 02**

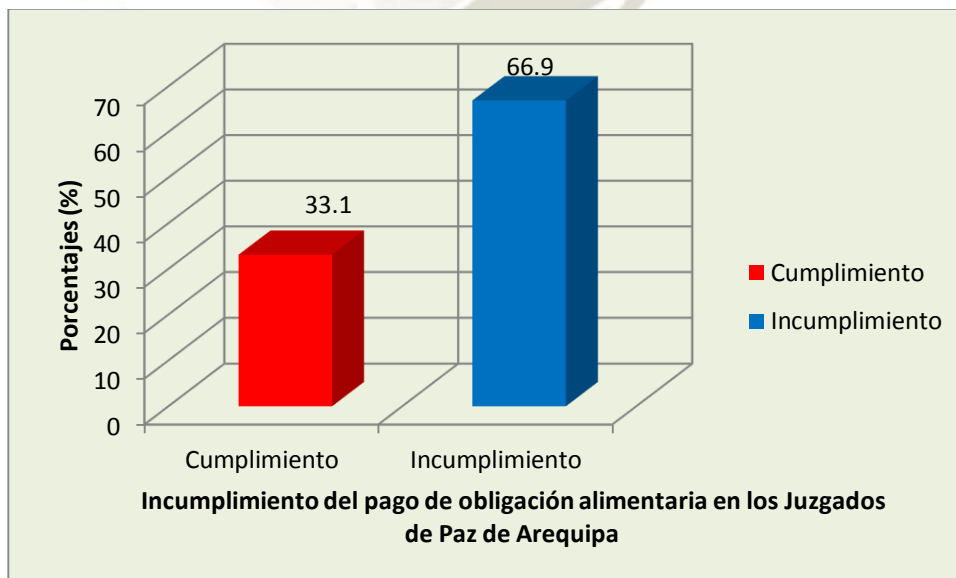
**Incumplimiento del pago de obligación alimentaria en los Juzgados de Paz de Arequipa durante el año 2017-2018**

PROCESOS	ESTADÍSTICA	
	N	%
Cumplimiento	396	33.1
Incumplimiento	798	66.9
<b>TOTAL</b>	<b>1 194</b>	<b>100.0</b>

**Fuente:** Archivo del INEI/ Poder Judicial de Arequipa/Ministerio Público de Arequipa

**GRÁFICO N° 02**

**Incumplimiento del pago de obligación alimentaria en los Juzgados de Paz de Arequipa durante el año 2017-2018**



**Fuente:** Tabla 02

En la Tabla N° 02 y su gráfico, observamos que del total de los procesos que se tramitaron en los Juzgados de Paz Letrados de Arequipa, durante los años 2017 al 2018, el 33.1% de los sentenciados en un proceso de alimentos incumplen con el pago de sus obligaciones, mientras el 66.9 % cumplen con el pago de sus obligaciones.

En ese sentido, casi la tercera parte de los padres que fueron sentenciados en un proceso de alimentos no cumplen con pagar la pensión de alimentos que se les ha fijado en la sentencia, por lo que en estos casos los demandantes, que generalmente son menores, a través de su representante solicitan que se liquiden la pensión de alimentos devengados, luego el requerimiento de pago bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público y finalmente se remiten copias al Ministerio Público para que inicie investigación por el delito de omisión a la asistencia familiar y si fuere el caso formalizar la denuncia ante el Juez Penal.

En la etapa de investigación el obligado puede cancelar su obligación ya sea de manera directa, o acogiéndose al principio de oportunidad, donde incluso puede pagar la deuda de manera fraccionada. Sin embargo, en caso de no prosperar el principio de oportunidad o habiéndose acogido no cumpliera el obligado con el pago, el Fiscal procederá a formalizar la denuncia correspondiente ante el Juez Penal, la misma que se tramitará en la vía del proceso inmediato.

**1.3. Población penitenciaria por el delito de omisión a la asistencia familiar, entre pena efectiva y revocados, durante los años 2017 al 2018**

**TABLA N° 03**

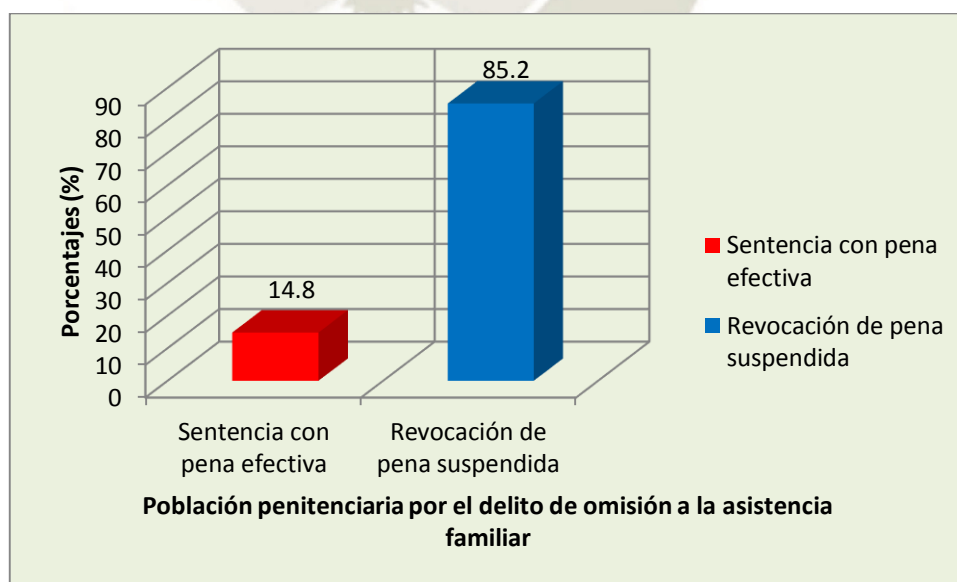
**Población penitenciaria por el delito de omisión a la asistencia familiar, entre pena efectiva y revocados**

PROCESOS	ESTADÍSTICA	
	N	%
Sentencia con pena efectiva	13	14.2
Revocación de pena suspendida	79	85.8
<b>TOTAL</b>	<b>92</b>	<b>100.0</b>

**Fuente:** Archivo del Poder Judicial de Arequipa/INPE

**GRÁFICO N° 03**

**Población penitenciaria por el delito de omisión a la asistencia familiar, entre pena efectiva y revocados**



**Fuente:** Tabla 03

En la Tabla N° 03 y su gráfico, observamos que, del total de la población penitenciaria de Arequipa, solamente el 14.8% son internos que fueron sentenciados con pena efectiva, mientras 85.2% de ellos se encuentran recluidos porque le han revocado la pena suspendida o convertida a trabajos comunitarios.

En ese sentido la mayor población penitenciaria por el delito de omisión a la asistencia familiar en el Penal de Socabaya de Arequipa es porque la pena suspendida que se les había impuesto les fue revocado, en su totalidad, porque no cumplen el pago de la reparación civil fijada en sentencia, toda vez que en virtud al artículo 92° y 93° del Código Penal la reparación civil se determina en la sentencia conjuntamente con la pena y comprende la restitución del bien, y si no es posible, el pago de su valor, así como la indemnización de los daños y perjuicios causados al agraviado”.

Ahora, conforme al artículo 57° del Código Penal “el juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años” (Código Penal, 1991, artículo 52), como es en el caso del delito de omisión a la asistencia familiar que no pasa de tres años; que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito; y que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. Al darse estas situaciones el Juez puede suspender la pena por un plazo que oscila entre uno a tres años.

La suspensión de la pena no es incondicional, sino sujeto a ciertas reglas, los mismos que se encuentran fijadas en el artículo 59° del Código Penal que establece: “si durante el período de suspensión el condenado no cumpliera con las reglas de conducta impuestas o fuera condenado por otro delito, el Juez podrá, según los casos: 1. Amonestar al infractor; 2. Prorrogar el período de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado. En ningún caso la prórroga acumulada excederá de tres años; o 3.

Revocar la suspensión de la pena”. Por lo que el Juez de investigación preparatoria que está a cargo de la ejecución de la pena, a pedido del Fiscal, en caso de incumplimiento de las reglas de conducta, como puede ser la falta de pago de la reparación civil, en audiencia puede resolver revocar la pena, convirtiendo en pena efectiva y disponiendo su internamiento en un centro penitenciario.

Un caso de ello tenemos en el **Expediente N° 00191-2014-6-0401-JR-PE-01**, donde el juez del Primer Juzgado Penal Unipersonal de Arequipa, mediante Sentencia de conformidad de fecha 25 de mayo del 2016, aprueba los acuerdos arribados entre el acusado, su defensa y el ministerio Público durante el juicio oral, en consecuencia declara al imputado NESTOR AGUIRRE PASTOR autor del delito de omisión a la asistencia familiar, ilícito previsto y penado en el artículo 149° del Código Penal en agravio de sus hijos, e impone un año y ocho meses de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por dos años y dos meses, a condición de que cumpla las siguientes reglas de conducta: a) Prohibición de ausentarse de su lugar de residencia sin la previa autorización del juzgado de ejecución; b) Comparecerá al juzgado de Ejecución el primer día hábil de cada dos meses de manera personal y obligatoria a fin de informar justificar sus actividades; c) reparar el daño ocasionado, esto es, pagando el íntegro de la reparación civil y pensiones devengadas, y en caso de incumplimiento de cualquiera de las reglas de conducta, se revocará la suspensión de la pena y se le impondrá un año y cinco meses de pena privativa de libertad con cárcel efectiva.

Asimismo, fija el monto de la reparación civil en la suma de S/. 300.00 que sumada a la pensión devengada hacen la suma de S/. 11 215,69, la que deberá pagarse en veinte cuotas mensuales, cada una de ellas de S/. 560.78 mediante depósito judicial en el banco de la Nación.

En este caso el sentenciado no cumple con el pago de la reparación civil, por lo que el Fiscal solicita la revocación de la pena suspendida. En

audiencia de fecha 19 de julio del 2017, el juez de ejecución, resuelve declarar fundado el pedido de revocatoria de pena solicitud por parte del ministerio público, en consecuencia, deja sin efecto la pena suspendida dictada a favor de Néstor Aguirre pastor, imponiendo al sentenciado un año y cinco meses de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva, disponiendo su captura.

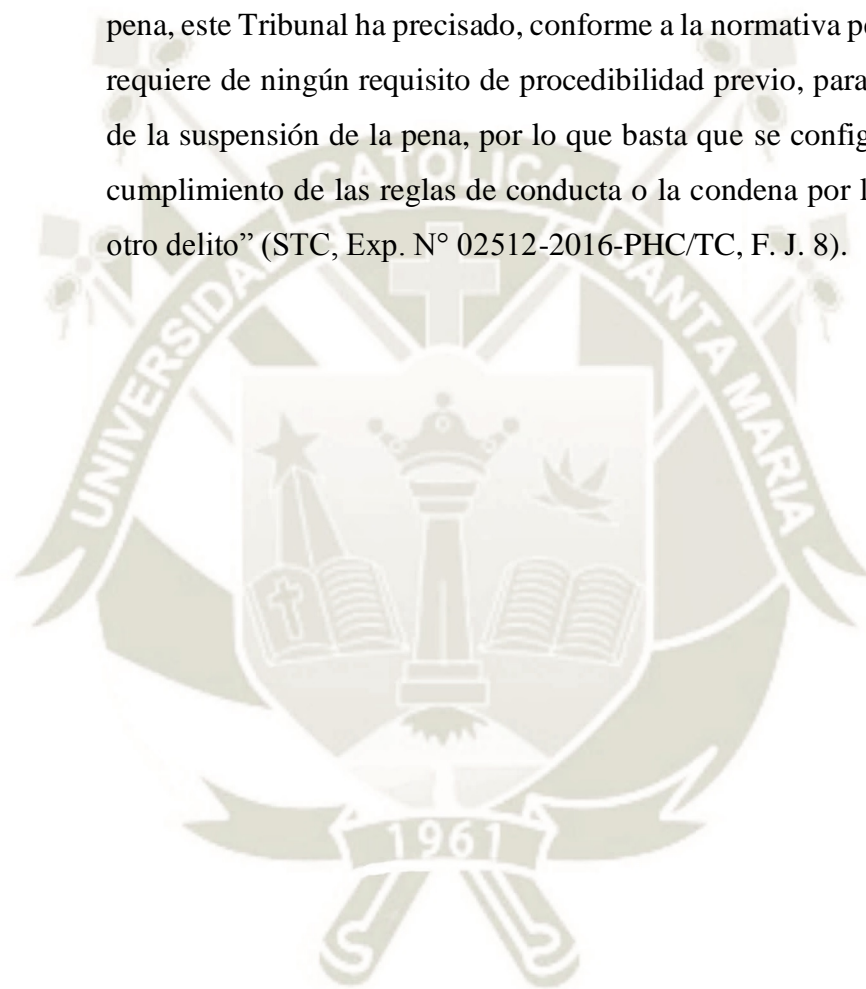
So casos como el presente que se presentan una y otra vez, por lo que los 79 internos que se indican en la Tabla N° 03 se encuentran reclusos en el centro penitenciario.

Por otra parte, en estos casos se han presentado reclamos señalando que la aplicación de las sanciones dispuestas por el artículo 58° del Código Penal debe ser de manera sucesiva, primero la amonestación, luego la prórroga del período de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado y solo cuando ello no surte, se puede revocar la pena, previo requerimiento. Sin embargo, frente a ello, tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional han manifestado que no existe requisito de procedibilidad para la revocación de la pena suspendida, basta con el incumplimiento de reglas de conducta.

La Corte Suprema, con calidad de doctrina jurisprudencial, ha establecido que “la aplicación de los efectos del incumplimiento de reglas de conducta, previsto en el artículo 59 del Código Penal, deberá darse conforme a la propia norma de manera discrecional por el Juez. Es decir, según el caso concreto está en la decisión del Juez Penal optar por cualquiera de los tres supuestos, sin la necesidad de que se siga una secuencia prelativa. No se puede exigir al Juez Penal a imponer dichos efectos de manera correlativa, cuando es algo expresamente contrapuesto a la norma, y más aún que se contraponen con el sentido de ésta. No todos los casos e imputados son iguales; así, habrá algunos que abiertamente y sin mayor culpa incumplan las reglas de conducta impuestas, a los cuales conforme una debida motivación podrá corresponder prima facie la imposición de la revocación

de la suspensión de la pena” (Casación N° 656-2014-Ica, Décimo Quinto Considerando).

El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha dejado establecido que “respecto al alegato de que no existe un requerimiento de pago de la reparación civil, previo a la revocación de la suspensión de la pena, este Tribunal ha precisado, conforme a la normativa penal, que no se requiere de ningún requisito de procedibilidad previo, para la revocación de la suspensión de la pena, por lo que basta que se configure la falta de cumplimiento de las reglas de conducta o la condena por la comisión de otro delito” (STC, Exp. N° 02512-2016-PHC/TC, F. J. 8).



2. Situación de los revocados por incumplimiento del pago de reparación civil, que hayan cancelado tardíamente la reparación civil.

TABLA N° 04

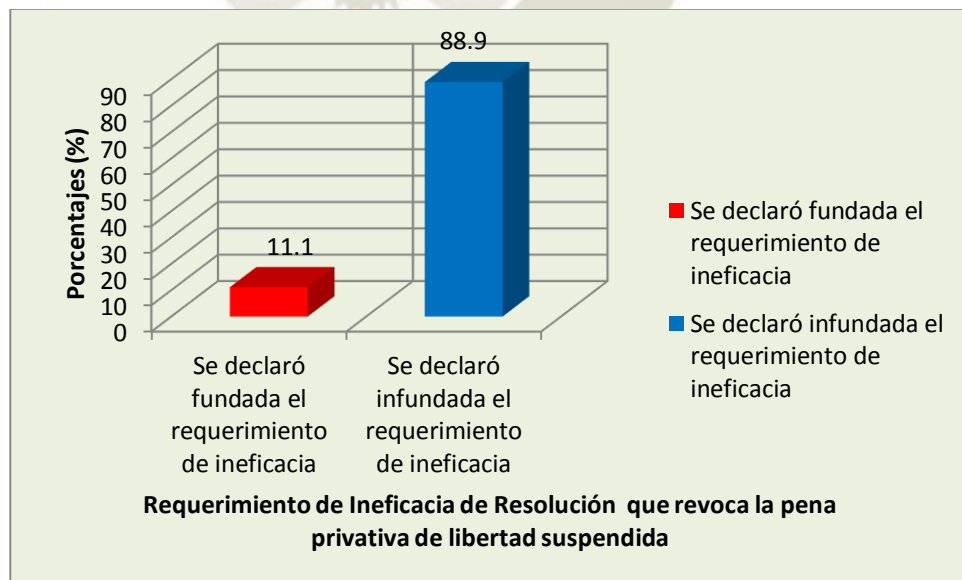
**Requerimiento de Ineficacia de Resolución que revoca la pena privativa de libertad suspendida por el delito de omisión a la asistencia familiar.**

PROCESOS	ESTADÍSTICA	
	N	%
Se declaró fundada el requerimiento de ineficacia	1	11.1
Se declaró infundada el requerimiento de ineficacia	8	88.9
<b>TOTAL</b>	9	100.0

Fuente: Archivo del Poder Judicial de Arequipa

GRAFICA N° 04

**Requerimiento de Ineficacia de Resolución que revoca la pena privativa de libertad suspendida por el delito de omisión a la asistencia familiar**



Fuente: Tabla 04

En la tabla N° 04 y su gráfico, observamos que en periodo analizado solamente 9 revocados han interpuesto su requerimiento de ineficacia de la Resolución Judicial que revocó su pena privativa de libertad suspendida convirtiéndose en pena efectiva, de los cuales el 11.1% han sido declarados fundada; mientras los 88.9% han sido declarados infundada.

Conforme a los Registros del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), al 16 de abril del 2019, en Arequipa la población penitenciaria total es de 2256, de los cuales 92 son sentenciados por delito de omisión a la asistencia familiar, de los cuales 79 se encuentra internados porque se les ha revocado la pena privativa de libertad suspendida, por no haber cumplido con el pago de la reparación civil, que incluye el pago de los devengados de la pensión de alimentos. De esta población, solamente 9 han ha interpuesto su requerimiento de ineficacia de la revocación de pena suspendida, pero solo uno ha sido acogido, en los primeros meses del año 2017, los demás han recibido una negativa.

Esta situación porque a partir del año 2016 se encuentra vigente la Doctrina Jurisprudencial Vinculante creada por la Casación 131-2014-Arequipa, que establece que la revocación de la suspensión de la pena no puede ser a su vez revocada, por cuanto se repara el daño causado por el delito posteriormente a la revocatoria de libertad condicional por incumplimiento de una regla de conducta. La revocación de la ejecución suspendida de la pena privativa de libertad es, a su vez, irrevocable una vez que adquiere firmeza.

En aplicación de esta doctrina jurisprudencial vinculante, que, en febrero del 2017, mediante el Oficio N° 543-2017-S-SPPCS, se hace conocer a todos los Juzgados Salas Penales para que tengan en cuenta al momento de resolver casos de esta naturaleza, cuando las partes interponen recurso de ineficacia de la Resolución mediante el cual los Juzgados Penales de Investigación Preparatoria revocan la pena suspendida, la Sala de apelaciones declaran infundada la apelación.

En el Expediente N° 03085-2013-63-0401-JR-PE-04, en audiencia realizada el 29 de octubre del 2015, la Segunda Sala Superior Penal resuelve la apelación de Auto que Improcedente el requerimiento de Ineficacia de Resolución número 06 planteado por la defensa técnica del imputado, por cuanto se ha pagado el íntegro de la reparación civil que motivó la revocatoria. Al resolver la Sala señala que “respecto de la revocatoria de la suspensión de la ejecución de la pena que da lugar a una sanción pena privativa de la libertad efectiva, no puede convertirse en otra pena no privativa de libertad, en esencia, es lo que estaríamos tratando de lograr a través de una ineficacia, a lo que se agrega que no existe la revocatoria de la revocatoria, y todo esto tiene que ver con el principio de la legalidad, seguridad jurídica y tutela jurisdiccional efectiva, como así también lo dice esta Casación efectivamente” (Resolución, Exp. N° 03085-2013-63-0401-JR-PE-04), por lo que concluye que la resolución apelada no tiene ningún error, ni merece ninguna corrección ya que ha sido emitida dentro de los parámetros legales establecidos y bajo la Jurisprudencia emitida por la Corte Suprema en similares casos, por lo que debe desestimarse el recurso interpuesto y confirmarse la resolución apelada.

En ese sentido, la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema fijada en la Casación 131-2014-Arequipa, no permite la posibilidad de lograr libertad de los internos por delito de omisión a la asistencia familiar, cuya pena suspendida haya sido revocado, aunque hayan pagado el íntegro de la reparación civil que motivó la revocatoria, de modo que este precedente no se condice con los fines constitucionales de la pena, pues no contribuye en la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, sino más bien estaría castigando al deudor alimentario a pesar que tardíamente ha cancelado la reparación civil. Esta situación ha hecho que muchos internos opten por cumplir su condena sin efectuar el pago de la deuda, perjudicando con ello más al menor alimentista y su interés superior. Además, algunos de estos internos, además del menor o menores agraviados, tiene otros hijos o hijas en otra familia, quienes también son perjudicados.

En estos casos debemos tener en cuenta que no se podría fijar un solo fin de la pena para cualquier sujeto que cometa un acto delictivo, sino, la pena debería adaptarse a la cualidad de cada individuo, según el hecho delictivo cometido, como en el caso del delito de omisión a la asistencia familiar, que es uno de poca lesividad, debería reconsiderarse la situación y pensar en alternativas como la conversión de pena privativa de los revocados de libertad servicios comunitarios, cuando estos hayan cancelado el íntegro de la reparación civil.

### **3. Análisis de la Casación 131-2014-Arequipa y la doctrina jurisprudencial vinculante**

En el presente caso, no habiéndose cumplido el pago de las pensiones de alimentos en la vía civil se ha acudido a la vía penal para poder presionar el pago de las pensiones devengadas. Por lo que después de haberse llevado la investigación en sede del ministerio Público, el Fiscal penal formaliza la denuncia correspondiente ante el Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Hunter, que se tramita como Exp. 490-2011-97-0401-JR-PE-01, y llevándose a cabo el Juicio Oral ante el Tercer Juzgado Unipersonal de Arequipa.

Siguiendo todo el séquito del proceso, después de la realización del juicio oral, el juez del Tercer Juzgado Unipersonal de Arequipa dictó sentencia, el 26 de marzo de 2012, condenando al procesado Dany Javier Supo Amanqui como autor del delito contra la familia, omisión a la asistencia familiar, imponiéndole un año y diez meses de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por un plazo de un año y diez meses, sujeto a dos reglas de conducta: a) Comparecer el primer día hábil de cada dos meses al local del Juzgado de Investigación Preparatoria de Hunter para informar y justificar sus actividades. b) Reparar el daño ocasionado a través de la reparación civil, ascendente a S/. 15,918.71, establecida en esa misma sentencia, las mismas que debía cumplir bajo apercibimiento de proceder conforme a lo señalado en el artículo 59 del

Código Penal, en cuyo extremo de mayor gravedad, se encuentra la revocatoria de la suspensión de la pena.

El sentenciado no cumplió con las reglas de conducta, esto es el pago de la reparación civil, por lo que a solicitud del Fiscal resolvió revocar la pena suspendida haciéndolo efectivo en su cumplimiento. Por lo que con fecha 27 de septiembre de 2013, el sentenciado Dany Javier Supo Amanqui solicitó audiencia para dejar sin efecto la revocación de la pena suspendida. La audiencia solicitada se llevó a cabo el día 04 de octubre de 2013, donde mediante resolución el juez de Investigación Preparatoria de Hunter declaró fundado el requerimiento de ineficacia de acto jurídico (Resolución de revocatoria de pena suspendida) solicitado por la defensa del procesado Dany Javier Supo Amanqui.

Frente a dicha Resolución el Representante del Ministerio Público interpuso su recurso de apelación. Al resolver la apelación, la Sala Penal Superior de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, con fecha 09 de enero de 2014 resuelve confirmar la resolución apelada, argumentando que la resolución que revocó la pena suspendida por omisión a la asistencia familiar no se había hecho efectiva en tanto no se había logrado capturar al sentenciado. En tanto aún no había sido efectivizada, su eficacia no se había concretado. En ese estado, el sentenciado Supo Amanqui cumple con el pago de la reparación civil que le había sido impuesta como regla de conducta y cuyo incumplimiento había acarreado su revocación, por lo que, al haberse cumplido con la regla de conducta, no era posible dotar de eficacia a la sentencia que, como acto jurídico, no podía surtir efecto por cuanto le ha sobrevenido una causa de ineficacia sobreviniente o funcional.

Frente a ella, el Representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación invocando la procedencia excepcional de admisibilidad del inciso 4 del artículo 427 del Nuevo Código Procesal Penal (para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial), y la causal de apartamiento de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema del inciso 5 del artículo 429 del citado

código adjetivo, por lo que considera que esta resolución de la Sala Penal de Apelaciones de Arequipa atenta contra la Constitución Política del Estado en tanto ésta prescribe que no se puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, así como se habría desconocido lo establecido en el Acuerdo Plenario 3-2012/CJ-116 que señaló “que una vez revocada la suspensión de la ejecución de la pena, su cumplimiento efectivo y continuo no tiene ninguna posibilidad de ser alterado” (Acuerdo Plenario 3-2012/CJ-116).

La Corte Suprema al resolver la Casación, declara fundada el recurso de casación por la causal excepcional de desarrollo de la doctrina jurisprudencial, interpuesto por el Representante del Ministerio Público, por lo tanto nula la resolución que declaró fundado el requerimiento de ineficacia de acto jurídico postulado por la defensa técnica del sentenciado Dany Javier Supo Amanqui, que dejó sin efecto la revocatoria de suspensión de la pena por el término de un año y diez meses, y también nula la resolución de vista que por mayoría declaró infundada la apelación formulada y, confirmó la resolución apelada; y mandaron la Primera Sala Penal Superior de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa y las demás Cortes de Justicia, consideren ineludiblemente como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en los fundamentos jurídicos contenidos en los numerales 5, 9, 11, 12 y 16 (Del motivo casacional: Para el desarrollo de doctrina jurisprudencial) de la presente sentencia de casación, de conformidad con el inciso 4) del artículo 427 del Código Procesal Penal.

La sala Suprema argumenta que “la posibilidad de dejar sin efecto una resolución que revoca la pena privativa de libertad suspendida haciéndola efectiva, ha quedado completamente descartada desde lo establecido por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. En consecuencia, toda resolución que contraviene este mandato deviene en inconstitucional e ilegal, por lo cual, no existen por ser nulas al no fundarse en derecho dado que el mismo ya ha sido claramente definido y aun así el juzgador ha resuelto de modo distinto” (Casación 131-2014-Arequipa, Fundamento 5)

Asimismo, debido a que el tema que pone de relieve la sentencia impugnada es la eficacia de la decisión judicial firme, decide diferenciar entre validez y eficacia, y señala que “la validez exige que el acto procesal, en este caso la sentencia, se ajuste a derecho, cumpla con las exigencias legales y constitucionales. Por su parte, la eficacia se predica de la aptitud para causar efectos jurídicos. De allí que la sentencia emitida válidamente debe ser eficaz conforme lo manda el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado” (Casación 131-2014-Arequipa, Fundamento 9).

En base a ello es que concluye que el argumento de la Sala de Apelaciones de Arequipa no es correcto “pues dota de indefinición a una situación de hecho que puede ser pasajera. En tanto la eficacia supone una aptitud, es decir una capacidad – potencia- y no un acto, el que no se haya capturado al procesado no supone que la sentencia sea incapaz de producir efectos. En consecuencia, no nos encontramos ante un supuesto de ineficacia porque no se alude a una aptitud de la resolución, sino a una situación pasajera”. Señala que, si “quisiera sostener que la ineficacia de la sentencia condenatoria firme, estriba en que el procesado pagó la deuda que motivó a la citada resolución a fallar en su contra, estaríamos afirmando que la pena impuesta no es resultado de un delito cuya consecuencia jurídica es la pena privativa de libertad, sino de una obligación pecuniaria. Lo cual es a todas luces incorrecto pues, como en todo delito, el procesado ha sido juzgado en sede penal con todas las garantías propias del derecho penal -principio de legalidad, presunción de inocencia, supuestos de descargo de la responsabilidad penal, etc.” (Casación 131-2014-Arequipa, Fundamentos 11 y 12).

En base a ello señala que el proceso penal al que fue sometido Supo Amanqui culminó imponiéndosele una pena privativa de libertad suspendida, sujeta a reglas de conducta, las cuales conocía el sentenciado. Por ello, una vez que este infringió una de esas reglas de conducta, reparar el daño causado, se le revocó la suspensión y la pena se hizo efectiva conforme al artículo 59 del Código Penal, debiendo tenerse en cuenta que no existe ninguna disposición que

establezca la revocatoria de la revocatoria de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, lo contrario vulnera el principio de legalidad.

Con ello la Corte Suprema ha dejado a los sentenciados que se les haya revocado la suspensión de la pena privativa de la libertad por el delito de omisión a la asistencia familiar establecido en el artículo 149° del Código Penal, sin posibilidad de recobrar su libertad sino una vez cumplido con la pena privativa de libertad, aunque hayan cancelado el íntegro de la reparación civil.

Como consecuencia de ello, según el registro del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), al mes de diciembre 2017 había 2 478 personas en los establecimientos penitenciarios por el delito de omisión a la asistencia familiar, que representa el 2.4% de la población penal, y para diciembre del 2018, la cantidad se ha incrementado a 2 684, que representa 2.6% de la Población penitenciaria.

En Arequipa la situación es similar, conforme a los registros del INPE, al 16 de abril del 2019, en Arequipa la población penitenciaria total es de 2256, de los cuales 92 son sentenciados por delito de omisión a la asistencia familiar, de los cuales 79 se encuentra internados porque se les ha revocado la pena privativa de libertad suspendida, por no haber cumplido con el pago de la reparación civil, que incluye el pago de los devengados de la pensión de alimentos, de los cuales 09 plantearon requerimiento de ineficacia de la revocación de pena suspendida, solo uno ha prosperado, por cuanto debido en atención a doctrina jurisprudencial vinculante fijada por la Casación 131-2014-Arequipa, no puede variarse la revocación de la pena suspendida.

Con este criterio no se cumple con la finalidad que persigue la pena, que, conforme a nuestra Constitución y normas internacionales de derechos humanos, la pena tiene como fin rector la resocialización, que implica la modificación o transformación del comportamiento del condenado, a fin de convertirlo en un individuo apto para la convivencia pacífica dentro de la sociedad. Pues la imposición de penas no puede ser como acto de crueldad y reciprocidad, sino el de rehabilitación y resocialización del sentenciado, para

la reinserción social. Por ello, imponer una pena sin respetar todos los criterios de proporcionalidad, racionalidad, utilidad y necesidad, no ayudará al logro del fin que persigue la pena. En consecuencia, una pena efectiva jamás tendría que ser la misma para aquellas personas con un elevado grado de desocialización y aquellas que no se encuentran desocializadas, por lo que, los sujetos que cometen delitos a consecuencia de una deuda, como en el caso del delito de omisión a la asistencia familiar, no pueden ser tratados como aquellos que cometan delitos graves.

Por otra parte, en este tipo de delitos, obligadamente están involucrados los derechos de los niños y adolescentes, y con la revocación de la pena suspendida, se afecta estos derechos, al no permitir al padre deudor desempeñarse en un trabajo y solventar para los alimentos del agraviado, así como para otros hijos que pudiera tener, por lo que en salvaguarda del interés superior del niño, sería necesario considerar el pago tardío de la reparación civil efectuado por el revocado, como un atenuante genérico que le permita solicitar la conversión de la pena a prestación de servicios comunitarios, y de esa manera favorecer al sentenciado a cumplir la pena en libertad, pudiendo trabajar y generar ingresos, con lo que proveer para los alimentos del alimentista o alimentistas, en salvaguarda de su interés superior del niño.

Por lo dicho sería conveniente que la doctrina jurisprudencial vinculante establecida a través de la Casación N° 131-2014-Arequipa sea modificada, sin embargo como nuestro sistema jurídico no ha establecido un mecanismo legal para modificar una doctrina jurisprudencial vinculante del Poder judicial, es necesario que la misma Corte Suprema emita un nuevo precedente, a través de la aplicación de la técnica del *overruling*, por el cual los mismos tribunales que crearon el precedente, pueden apartarse o eliminar un precedente o doctrina jurisprudencial vinculante anterior. O en todo caso a través del Poder Legislativo prever mecanismos alternativos que pueda ayudar la posibilidad de que los revocados en mención, puedan acceder a la conversión de su privativa de libertad con servicio comunitario, previo pago del íntegro de la reparación civil.

#### **4. Aplicación de la doctrina jurisprudencial vinculante previsto en la Casación N° 131-2014-Arequipa y los fines de la pena en los delitos de omisión a la asistencia familiar**

Como ya tenemos dicho, la finalidad que cumple la pena ha sido fijada desde nuestra Constitución, cuando en el numeral 22) de su artículo 139° establece que “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad” (Constitución, 1993, artículo 139, numeral 22), lo que también concuerda con lo establecido por el numeral 3) del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (PIDCP, 1966, artículo 10).

En ese sentido, lo que la pena percibe es que el interno se resocialice, para lo cual la cárcel debe reeducar al sentenciado, y a través de ello y con ayuda profesional rehabilitarlo y hacer que pueda reincorporarse a la sociedad. Sin embargo, somos conocedores de la situación carcelaria peruana, que lejos de resocializar o reformar, lo desocializa al interno. Por ello, teniendo en cuenta que, en el caso de los sentenciados por el delito de omisión a la asistencia familiar, la conducta del sentenciado es de menor lesividad y tampoco implica un grave riesgo para la sociedad, por lo que, por lo general, se les impone penas que van entre un año a año y medio, de modo que reciben una pena suspendida.

En esa línea y teniendo en cuenta la situación descrita, revocando la pena suspendida lo que se hace es condenar al revocado a una situación mucho más gravosa y riesgosa, por lo que considero que debe pensarse en alternativas más benignas para para que estas personas puedan lograr comprender las consecuencias de sus actos.

En ese sentido, teniendo en cuenta que en los Juzgados Penales de Arequipa, debe ser similar en otros departamentos y regiones, existen muchos presos frente a quienes se resolvió revocar la suspensión de la ejecución de la pena impuesta en la sentencia por efectiva, por incumplimiento de la regla de

conducta consistente en el pago de la reparación civil, en el plazo concedido, en aplicación del inciso 3) del artículo 59 del Código Penal, quienes están condenados a no poder lograr su libertad aunque pagando la integridad de la reparación civil, es necesario se piense en alternativas que permitan esa posibilidad, como puede ser convertir la pena privativa de libertad en una pena de prestación de servicios comunitarios, con lo cual el revocado cumpliría su pena en libertad, sin ser afectado por la situación inhumana de la cárcel, trabajando y con el ingreso que obtenga, proveería para sus hijos, entre ellos el agraviado.

De esta manera, 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. Es decir, la pena sería razonable.

Asimismo, la pena debe prestar las condiciones para la readaptación del condenado, o favorecer su no de-socialización, lo que se logra buscando alternativas que permitan cumplir la pena conforme a la gravedad de la pena y las cualidades de la persona, como en el caso de los delitos de omisión a la asistencia familia, los sentenciados en su mayoría no representan ningún peligro para la sociedad.

##### **5. Aplicación de la doctrina jurisprudencial vinculante previsto en la Casación N° 131-2014-Arequipa y el interés superior del menor alimentista**

Como ya señalamos, nuestra Constitución Política al señalar en su artículo 4° cuando señala que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio” (Constitución, 1993, artículo

4°). Ha regulado constitucionalmente el principio de interés superior del niño, como un mandato de proteger de una manera especial al niño y adolescente.

Ese parecer también ha manifestado el Tribunal Constitucional cuando señala que el principio de interés superior del niño “se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución. De ahí que, en virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social” (STC, Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ. 11.).

Este principio también ha sido recogido en las normas internacionales de derechos humanos, como es el caso de la Declaración de los Derechos del Niño (DDN), que constando la situación de vulnerabilidad de los niños, señala que éste “gozará de una protección especial y debe disponer de oportunidades y servicios, para que el desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social sea de manera saludable y normal, respetando las condiciones de libertad y cuidando y sobre todo respetando la dignidad del menor. Por ello, todo estado al promulgar leyes con esta finalidad o en cualquier acción que involucre a niños, tiene que ser considerando fundamentalmente el interés superior del niño” (DDN, 1959, artículo 2).

Similarmente, la Convención por los Derechos del Niño, en el numeral 1) de su artículo 3, ordena a todos los Estados parte, entre ellos el Perú, para que “en todas las medidas o decisiones que se tomen concernientes a los niños, sea por instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, sea teniendo una consideración primordial el interés superior del niño” (CDN, 1969, artículo 3).

La Convención de los Derechos del Niño, hoy por hoy, constituye un referente obligatorio para casi todos los Estados del mundo, por lo que muchas legislaciones, entre ellos el Perú, han adoptado el principio de interés superior

del niño como parte de su ordenamiento jurídico, de modo que frente a su vulneración se puede aplicar el control de convencionalidad.

Concordante con esta la normatividad constitucional y supranacional, el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes, ha establecido que “en toda medida referida al niño y al adolescente que adopte el Estado peruano a través de cualquiera de sus poderes, ya sea el poder ejecutivo, legislativo y judicial, o los órganos constitucionales autónomos como el Tribunal Constitucional, El Ministerio Público, Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), entre otros con estrecha relación con los niños y adolescentes, los gobiernos regionales, locales y sus demás instituciones, así como la sociedad en general (que incluye a los padres, los familiares o cualquier otra persona), se tendrá una especial consideración el principio del interés superior del niño y del adolescente, así como respetar sus derechos” (CNA, 2000, artículo IX del T.P.).

La importancia del principio de interés superior del niño ha permitido la regulación descrita, sin embargo, este principio no ha sido recogido en las normas penales, sin que ello signifique que este principio no sea aplicable en los procesos penales, pues teniendo en cuenta que este principio tiene un rango constitucional, es aplicable en todo proceso y en toda decisión que involucre los derechos de los niños y adolescentes.

Así ha señalado la Corte Suprema a través de su uniforme jurisprudencia. Así en Resolución de Nulidad N° 761-2018/APURÍMAC, resolviendo un caso donde pudo haberse perjudicado el hijo con el encarcelamiento de su padre, quien fue procesado por el delito de violación de libertad sexual contra una menor, quien actualmente es su pareja estable del procesado y madre del menor, la Corte Suprema consideró al principio de intereses superior del niño como una causal de disminución de la punibilidad supra legal, bajo los siguientes argumentos: “El superior interés del niño, en tanto la pena privativa de libertad efectiva afecta la unidad familiar y reprime a quien lo mantiene, se erige en una causal de disminución de la punibilidad supra-legal. En la medida

en que el Código Penal no la incorporó como tal, el ordenamiento contempló la necesidad de tomar en cuenta el interés superior del niño, de suerte que esta exigencia convencional no puede obviarse desde el Derecho penal, por lo que debe ser aplicada precisamente en este ámbito de medición de la pena. La culpabilidad por el hecho se disminuye sensiblemente en este supuesto, lo que debe tener su proyección en la pena concreta, que debe operar por debajo del mínimo de la punibilidad legalmente establecida para el hecho punible o su autor” (R. N. N.º 761-2018/APURÍMAC, Sumilla).

Similarmente, en una situación muy parecida, la Corte Suprema, en la Resolución de Nulidad N° 2977-2014-Pasco, ha señalado que “la sanción fijada por la sala Superior tomó en consideración los principios de lesividad, proporcionalidad y el interés superior del niño, puesto que las partes procesales se constituyeron en una familia y es deber de los órganos jurisdiccionales velar por la correcta administración de justicia y no solo la aplicación de la ley” (R. N. N.º 2977-2014-Pasco, Sumilla)

Bajo dichos argumentos, la Corte Suprema impone una pena por debajo del mínimo de la punibilidad legalmente establecida para el hecho punible, otorgándole una pena suspendida, a fin de que el procesado cumpla la condena en libertad, y proveyendo para su hogar y sus hijos, en atención al principio de interés superior del niño. En los casos señalados se trataba de casos de violación de la libertad sexual, donde el acto punible es mucho más gravoso que en el caso del delito de omisión a la asistencia familiar. Por lo que revocar la pena suspendida en los casos del delito de omisión a la asistencia familiar y no permitir que puedan recobrar su libertad convirtiendo su pena privativa de libertad en uno de prestación de servicios comunitarios es una sanción desproporcionada e irrazonable, y vulnera el principio de interés superior del niño y adolescente, pues no permite que el padre pueda lograr su libertad convirtiendo su pena privativa de libertad a servicios comunitarios, y continuar trabajando y proveyendo para los alimentos de sus hijos.

Por ello, teniendo en cuenta que en estos casos están involucrados niños y adolescentes, por lo que en salvaguarda de su interés superior, sería necesario regular que el pago tardío de la reparación civil efectuado por los revocados por el delito de omisión a la asistencia familiar, como un atenuante genérico para solicitar la conversión de la pena a prestación de servicios comunitarios, con la finalidad de favorecer al sentenciado a cumplir con la pena en libertad y al alimentista o alimentistas la posibilidad de continuar gozando de la pensión de alimentos, en salvaguarda de su interés superior del niño.

Sobre la posibilidad de convertir la pena privativa de libertad en una de prestación de servicios comunitarios, a nivel de nuestra jurisprudencia ya se ha pronunciado, en el Expediente N° 06094-2014-48-0401-JR-PE-04, La Tercera Sala Penal de Apelaciones de Arequipa, señalando que “el pago tardío de la obligación alimentaria no afecta la imputación concreta por delito de omisión a la asistencia familiar, como en efecto ha sido correctamente valorado por el juez, por tanto, el pago tardío del íntegro de la deuda alimentaria, con posterioridad a la sentencia impuesta no afecta la realización del hecho delictivo; sin embargo, este pago tardío de la deuda alimentaria sí tiene directa incidencia en la determinación concreta de la pena, por mandato del artículo 46 literal f del Código Penal” (Sentencia, Exp. N° 06094-2014-48-0401-JR-PE-04, Fundamento 3.5).

Y continúa señalando que “el pago tardío es un elemento relevante, para determinar la pena, pues conforme lo señala el art. 46 literal F del Código Penal, es considerado como una atenuante genérica; por consiguiente, sirve para determinar la pena en el marco concreto intermedio. Entonces son dos las circunstancias que tiene el imputado, para determinar la pena concreta; i) la circunstancia atenuante genérica –reparación civil-, y ii) los antecedentes penales”, en base a estos argumentos revoca la sentencia, únicamente en el extremo de la pena que le impone tres años de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva, reformándola le impone una pena privativa de libertad de un año y seis meses, la misma que la convertimos a setenta y siete jornadas de trabajo a la comunidad debiendo observar los alcances establecidos en el

numeral 3.6. literal b de la presente sentencia” (Sentencia, Exp. N° 06094-2014-48-0401-JR-PE-04, Fundamento 3.5).

En ese sentido, es una necesidad y es procedente que, excepcionalmente, en el caso de las personas que se les haya revocado la suspensión de la pena privativa de la libertad por el delito de omisión a la asistencia familiar establecido en el artículo 149° del Código Penal, la cancelación del íntegro de la reparación civil constituya un atenuante genérico, que permitirá solicitar la conversión de su pena a una de limitativa de derechos, en la modalidad de prestación de servicios comunitarios, cumpliendo los supuestos de procedencia y requisitos establecidos en la ley de la materia. Por su puesto, este criterio no sería inaplicable en los casos de reincidencia o habitual por delito doloso previsto en el artículo 149 de este Código.



## CAPÍTULO II

### 1. Los alimentos para los hijos en el derecho peruano

#### 1.1. Los alimentos

La Constitución Política del Perú en su artículo 6° señala que “es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres” (Constitución, 1993, artículo 6). De esta manera ha consagrado el deber y derecho de todo padre o madre de proveer para los alimentos de sus hijos, y recíprocamente, de ser asistido por los hijos en caso que fuere necesario.

Conforme al Código Civil peruano, por alimentos se entiende “lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo” (CC, 1984, artículo 472).

Similarmente, el Código de Niños y Adolescentes señala que “se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto” (CNA, 2000, artículo 92°).

En ese sentido, podemos decir que los alimentos constituyen el sustento elemental para atender la subsistencia de una persona, mayormente de los niños y adolescentes, con la finalidad de permitirles su desarrollo integral. El término alimentos no abarca solamente la comida, sino todo lo que sea necesario para que el niño o adolescente pueda vivir y desarrollarse dignamente, entre ellos la educación, vivienda, transporte, vestido, asistencia médica, distracciones, etc. Como señala Belluscio (2011) es “el conjunto de medios materiales necesarios para la existencia física de las personas, y en ciertos casos también para su instrucción y educación” (p. 949).

## 1.2. La obligación alimentaria

La obligación viene a ser un vínculo jurídico que surge entre dos personas, por el cual una de ellas (el deudor) queda sujeta respecto a otra (acreedor) a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Esta obligación puede surgir por acuerdo voluntario de las partes, o por imperio o voluntad de la ley.

En ese sentido, la obligación alimentaria viene a ser un “deber impuesto jurídicamente a una persona de asegurar la subsistencia de otra persona” (Cornejo, 1999, p. 568).

Aguilar Llanos (2008) nos dice que la obligación alimentaria “constituye un deber jurídicamente impuesto a una persona de atender la subsistencia de otra” (p. 25).

De modo que, la obligación alimentaria constituye una obligación legalmente impuesta a cierta persona o ciertas personas para atender la subsistencia de otra u otras personas, que generalmente es un hijo o una hija, y en algunos casos puede ser más de uno.

En una obligación alimentario encontramos a un deudor, que es el obligado a prestar alimentos (generalmente padres) y un acreedor, que viene a ser el alimentista (generalmente hijos). Por lo que, si el obligado no cumple con su obligación, el alimentista tiene derecho para exigir su cumplimiento en las instancias correspondientes.

Si bien es cierto que la primera fuente de la obligación alimentaria es la ley, también es cierto que nuestra legislación admite una fuente voluntaria para obligarse con pasar los alimentos a otra persona. Por ejemplo, tenemos el caso de la renta vitalicia (artículos 1923 del Código Civil y siguientes) y el legado de alimentos (artículo 766 del Código Civil).

### 1.3. Naturaleza jurídica del derecho alimentario

Gonzales Fuentes (2007) nos dice que “existen dos tesis respecto de la naturaleza de la obligación alimentaria:

- a) Tesis patrimonial. De acuerdo a esta tesis, el derecho de alimentos tiene una naturaleza genuinamente patrimonial, puesto que la prestación se cumple con el aporte económico o de bienes sin necesidad de que el deudor se preocupe del cuidado de la persona que recibe los alimentos;
- b) Tesis extra patrimonial. Mediante esta tesis, la obligación de prestar alimentos es personal, aunque finalmente se exprese en una prestación económica esto no perjudica su real naturaleza.” (pp. 14-15).

Bosser y Zanonni (2016) señalan que “el derecho a percibir alimentos- y la correlativa obligación de prestarlos- deriva de una relación alimentaria legal de contenido patrimonial, pero cuyo fin es esencialmente extrapatrimonial: la satisfacción de las necesidades personales para la conservación de la vida, para la subsistencia de quien los requiere. De ahí que, si bien el objeto del crédito alimentario es patrimonial -dinero o especie- la relación jurídica que determina ese crédito atiende a la preservación de la persona del alimentado y no es de índole económica (en la medida en que no satisface un interés de naturaleza patrimonial)” (p. 39).

De esta manera la obligación alimentaria, si bien es cierto que su contenido es patrimonial, su finalidad es personal, es la preservación de la personalidad del alimentado. De modo que, como señala Beltrán Pacheco (2009) “los alimentos son un derecho individual de naturaleza extrapatrimonial, en cuanto se encuentra destinada a cubrir un conjunto de necesidades inmediatas del alimentista y no como muchos opinan para acrecentar el patrimonio del acreedor alimentario” (p. 379).

En ese sentido, la obligación alimentaría tiene una naturaleza extrapatrimonial. Como señala Llanos (2018), “si bien es cierto que para su

ejercicio se necesita materializarlo mediante diversos actos de naturaleza patrimonial -como lo son el pago de una suma de dinero o la entrega de determinados bienes- el surgimiento de este derecho es previo a la forma como se exterioriza, surgiendo este derecho alimentario por el solo hecho de tener la calidad de hijo o de padre al formar parte de una familia” (p. 489).

#### **1.4. Características del derecho alimentario**

A nivel de nuestra legislación, el artículo 487 del Código Civil señala expresamente que “el derecho de pedir alimentos es intrasmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable” (CC, 1984, artículo 487).

De esta manera, el Código Civil ha señalado las características del derecho alimentario, las que pasaremos a desarrollar a continuación:

##### **1.4.1. Es intrasmisible**

El derecho alimentario es un derecho personalísimo, por ello la obligación alimentaria no puede ser objeto de transferencia o cesión por acto ínter vivo.

Es un derecho personalísimo destinado a garantizar la vida del alimentista, por lo que no puede ser objeto de transferencia o cesión por actos intervivos ni por causa de la muerte.

##### **1.4.2. Es irrenunciable**

La obligación de alimentar es de orden público, impuesto por ley, fundado en motivos humanitarios y de piedad, por cuanto los alimentos sustentan la vida misma del alimentista, por lo que renunciar a este derecho equivaldría a renunciar a la vida misma, motivo por el cual su renuncia está restringida.

Por otra parte, si bien es cierto que este derecho alimentario es irrenunciable, la jurisprudencia ha admitido y admite renunciar a la

prestación alimentaria en ciertos casos, especialmente en los casos de separación convencional y divorcio ulterior, por cuanto en estos casos propiamente no se configura el estado de necesidad como uno de los presupuestos de procedencia de la pensión alimentaria.

El carácter irrenunciable de los alimentos, hace que el derecho alimentario se considere imprescriptible.

#### **1.4.3. Es intransigible**

El derecho alimentario es un derecho irrenunciable, por lo que no se puede transar respecto a este derecho, por cuanto la transacción implica renuncia o concesiones recíprocas de ciertos derechos. Como señala Peralta (2008) “no puede ser objeto de concesiones recíprocas, para poner fin a una relación jurídica familiar” (p. 500).

Lo que sí se admite es la conciliación, puesto que en ella lo que se busca es fijar un monto como pensión de alimentos, que se acuerda teniendo en cuenta el estado de necesidad del alimentista y las posibilidades económicas del obligado. Nuestra legislación admite la conciliación como una forma de poner fin a los conflictos que surgen respecto a los alimentos.

#### **1.4.4. Es incompensable**

Siendo el fundamento de los alimentos el sustento de la vida misma, no está permitida la compensación de la obligación alimentaria con alguna otra obligación que pueda existir entre el obligado y el alimentista. Pues, como señala Canales (2013) “permitir la compensación, con una deuda de otra naturaleza, sería privar al alimentado de los medios indispensables a su manutención, condenándolo al inevitable perecimiento. No puede permitirse la

compensación en virtud de un sentimiento de humanidad e interés público” (p. 11).

En ese sentido, la obligación alimentaria no puede ser extinguida compensando con otra u otras deudas que el alimentista tuviera frente al obligado alimentario. Lo que sí está permitido es la variación de la forma de pago, dado que se admite en casos especiales que dicha obligación pueda ser cumplida en especie.

### **1.5. Requisitos para el cumplimiento de la obligación alimentaria**

La obligación alimentaria es un deber impuesto a ciertas personas, por ejemplo, a los padres, quienes deberían acudir a sus hijos sin esperar que se les exija. La obligación alimentaria, al no ser cumplida voluntariamente, permanecerá como un derecho latente hasta que el titular del derecho (alimentista) decida exigirlo ante la instancia correspondiente, por ejemplo, vía judicial.

El artículo 481° del Código Civil señala que “los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones que se halle sujeto el deudor” (CC, 1984, artículo 481°).

A nivel doctrinal, Hernández (2010) señala que para exigir el otorgamiento de los alimentos debe “acreditarse la concurrencia de ciertas condiciones o presupuestos básicos: las posibilidades económicas del que debe prestarlo, el estado de necesidad del acreedor alimentario y la norma legal que establece dicha obligación” (p. 247).

Asimismo, Mella Baldovino (2014) señala que “son condiciones para ejercer el derecho a pedir los alimentos la existencia de un estado de necesidad de quien los pide, la posibilidad económica de quien debe prestarlos y la existencia de una norma legal que establezca dicha obligación; si el juez constata la existencia de las tres condiciones citadas,

atendiendo al carácter irrenunciable e imprescriptible del derecho alimentario debe establecer la obligación alimentaria a cargo del emplazado con prescindencia de la existencia de cualquier convenio preexistente, en especial tratándose de menores” (p. 31).

A partir de lo descrito podemos señalar que las condiciones para poder pedir alimentos son:

- 1.- El estado de necesidad de quien los pide, por ejemplo, el hijo o hija;
- 2.- Posibilidad económica del que debe prestarlos, por ejemplo, el padre, y
- 3.- La existencia de una norma legal que establezca la obligación alimentaria.

Veamos cada uno de estos presupuestos:

#### **1.5.1. Estado de necesidad del alimentista**

Esta referida al estado de imposibilidad de atender su propia subsistencia en que se encuentra el alimentista, situación que puede darse porque no posee bienes económicos, por cuanto no tiene una actividad ocupacional para proveerse dichos recursos, sea porque se halla incapacitado para trabajar por razones de minoría de edad, estudios, enfermedad, invalidez, vejez, entre otros.

El estado de necesidad que atraviesa una persona, por ejemplo, un pariente, es la que “autoriza a éste para solicitar alimentos, dejando al prudente arbitrio del Juez la verificación de las justificativas del pedido, correspondiéndole a él determinar la existencia de este estado de verdadera necesidad” (Peralta, 2008, p. 580).

Para determinar el estado de necesidad de los solicitantes no existe parámetro único o uniforme, pues esta es variable de persona a persona, porque son distintas las situaciones que atraviesa cada

persona solicitante. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que el estado de necesidad “debe apreciarse teniendo en consideración el contexto social en el que vive el menor alimentista, puesto que los alimentos no se circunscriben a lo estrictamente necesario para su subsistencia, constituyendo el estado de necesidad de los menores una presunción legal iuris tantum” (Cas. N° 3874-2007-Tacna, Sexto Considerando).

De esta manera, para pedir los alimentos, el peticionante debe encontrarse en estado de necesidad apremiante, tal que, sin la ayuda alimentaria del obligado, su vida y su desarrollo se verían afectados. Para otorgar la pensión de alimentos no se toman en cuenta los motivos que le hayan llevado al solicitante a encontrarse en esa situación.

#### **1.5.2. Posibilidad económica del que debe prestarlos**

Este aspecto está referido a las posibilidades económicas del deudor alimentario. Ello está dado por los ingresos que percibe, así como las circunstancias que lo rodean, como tener otra carga familiar, problemas de salud, la edad avanzada deudor alimentario, etc.

Cuando el artículo 481 del Código Civil hace alusión a las posibilidades del que debe darlos, se “refiere a la capacidad económica del demandado” (Casación N° 3874-2007-Tacna, Sexto Considerando).

Es importante tener presente la capacidad económica del deudor alimentario, pues como señala Peralta (2008) “es preciso que la persona a quien se le reclama el cumplimiento de la obligación alimentaria esté en condiciones de suministrarlos. Se entiende que el obligado tiene el deber de ayudar a sus allegados o a las personas que tenga derecho dentro de sus posibilidades económicas y sin llegar al sacrificio de su propia existencia” (p. 581).

En ese sentido, cuando el Juez fija la pensión alimentaria, esta debe hacerse sin poner en riesgo su propia subsistencia del obligado. El monto que fija el Juez no puede ser desproporcionado conforme a los ingresos económicos del obligado alimentario.

También se debe tener en cuenta la situación del alimentista y el obligado, pues las exigencias no pueden ser iguales cuando se trata de alimentos para un menor de edad, que cuando se trata de alimentos para un mayor de edad. Sin embargo “cuando se trata de los hijos, se considera que por pocos que sean los ingresos de una persona, siempre estará obligada a compartirlos con su familia inmediata, ya que lo mínimo que se puede exigir a quien tiene la obligación de cumplir con los alimentos es que se esfuerce por satisfacerlos. El deudor alimentario no puede disculparse argumentando que no tiene ingresos, cuando tampoco hace lo necesario para conseguirlos” (Pinilla, 1988, p. 21)

### **1.5.3. La existencia de una norma legal que establezca la obligación**

Este supuesto está referido a que debe estar claramente establecido por ley quiénes son los acreedores alimentarios y quiénes son los deudores, y “se pueda amparar todas aquellas situaciones que han sido recogidas por la norma” (Del Águila, 2015, p. 43).

Conforme al artículo 474 del Código Civil “se deben alimentos recíprocamente: 1) Los cónyuges, 2) Los ascendientes y descendientes y 3) Los hermanos” (CC, 1984, artículo 474). Lo que nos muestra que, conforme a nuestra normativa, es necesario que exista entre el deudor y el acreedor alimentario un parentesco en el grado que exige la ley, de lo contrario no procedería la obligación alimentaria, debido a que la obligación alimentaria nace en base a la filiación y el parentesco, y solo excepcionalmente, entre personas que no guardan parentesco.

## 1.6. Obligados a brindar alimentos

Como ya señalamos, el artículo 474 del Código Civil establece que “se deben alimentos recíprocamente: 1) Los cónyuges, 2) Los ascendientes y descendientes, y 3) Los hermanos” (CC, 1984, artículo 474).

Respecto al primer inciso de este artículo, el derecho mutuo de alimentarse “arranca con el matrimonio que impone el deber de reciproca asistencia” (Pimentel, 2000, p. 434). Nuestro Código Civil establece que “los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia” (CC, 1984, artículo 288). De esta manera durante el matrimonio los cónyuges tienen el deber de alimentarse mutuamente, y al culminar el matrimonio, si el estado de necesidad de una de las ex cónyuges es apremiante, el Juez puede otorgarle los alimentos a pedido de los cónyuges que necesite.

Respecto al segundo inciso, entendiendo que los ascendientes vienen a ser “la serie de grados o generaciones que ligan al tronco con su padre, abuelo, hasta el infinito” (Campana, 2003, p. 45), los alimentos constituyen un deber moral y jurídico que obliga a los padres a proveer para los alimentos de sus hijos menores de edad, y también para los mayores conforme a las excepciones señaladas por la ley. Asimismo, conforme a ley, los hijos mayores de edad tienen el deber de acudir con los alimentos a sus padres cuando se encuentre incapacitado para proveerse de sus alimentos.

Respecto al tercer inciso, el deber de alimentarse entre hermanos, nace del lazo de consanguinidad que los une. En este caso debe acreditarse el estado de necesidad de uno de ellos (solicitante) y la capacidad económica del otro (solicitado/demandado). Si los hermanos son menores de edad, se presume la necesidad y se debería otorgarle una pensión alimenticia a cargo del hermano mayor que tenga capacidad económica para poder mantener.

El caso de los obligados alimentarios también ha sido abordado por el artículo 93 del Código de Niños y Adolescentes, señalando que “es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos. Por ausencia de los

padres o desconocimiento de su paradero, prestan alimentos en el orden de prelación siguiente: 1) Los hermanos mayores de edad; 2) Los abuelos; 3) Los parientes colaterales hasta el tercer grado; y 4) Otros responsables del niño o del adolescente” (CNA, 2000, artículo 93).

Esta norma es concordante con el artículo 474 del Código Civil, aunque va un poco más allá. Conforme a esta norma los directos obligados para alimentar a los menores son los padres, a falta de ellos, los primeros llamados para proveer los alimentos a un niño o adolescente son los hermanos mayores, luego vienen los abuelos, luego los parientes colaterales hasta el tercer grado y finalmente, a falta de los parientes, otros responsables del niño o adolescente, por ejemplo, podrían ser los tutores, padres o madres afines, hermanos afines mayores, entre otros.

### **1.7. Los beneficiarios de los alimentos**

Del artículo 474 del Código Civil, referida a las personas que se deben alimentos recíprocamente, se puede inferir quienes son las personas beneficiadas con los alimentos. Entre ellos están los cónyuges, los ascendientes y descendientes, y los hermanos.

Conforme a la norma señalada, los cónyuges se tienen el deber de alimentarse el uno al otro, lo que también ha establecido el artículo 288° del Código Civil cuando señala que “los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia” (CC, 1984, artículo 288°). El deber de asistencia “impone a los esposos el deber de ayudarse mutuamente, es decir, apoyarse recíprocamente en los planos moral y económico para hacer llevadera la existencia y sobreponerse juntos ante las múltiples dificultades que presenta la vida” (Monge, 2010, p. 237). Esta obligación de alimentarse mutuamente también se da entre los concubinos, pues incluso el tercer párrafo del artículo 326 del Código Civil, señala que, en caso de terminar la unión de hecho por decisión unilateral, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de

alimentos, haciéndonos que el conviviente abandono(a) tendría derecho a una pensión de alimentos, si a criterio del juez fuera necesario.

También tienen derechos los ascendientes o los descendientes. Tratándose de los hijos, por disposición del artículo 287° del Código civil “los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos” (CC, 1984, artículo 287). Es decir, ambos padres se encargan del cuidado y manutención de los hijos, en caso de no ocurrir ello, por disposición del artículo 481, “los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor. No es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos” (CC, 1984, artículo 481). Así, en caso de que el padre o la madre no cumplen con la obligación alimentaria, entonces los hijos a través de su representante legal pueden entablar una demanda de alimentos, a fin de que el juez fije la pensión con la que debe acudirle el padre o la madre.

Los alimentos solo se pasan hasta los 18 años, pues cuando alcanza la mayoría de edad cesa la obligación de los padres de pasar pensión de alimentos a favor de los hijos. Conforme a nuestra legislación ““el mayor de dieciocho años solo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentre en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas. Si la causa que lo redujo a ese estado fue su propia inmoralidad, sólo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir” (CC, 1984, artículo 473). En ese sentido, si el hijo alcanza la mayoría de edad el padre ya no tiene la obligación de pasar alimentos, excepto que por causa de incapacidad física o mental debidamente comprobada no pueda tener la posibilidad de solventarse. Esta obligación también puede subsistir si “el alimentista está siguiendo una profesión u oficio exitosamente” (CC, 1984, artículo 483).

## 2. Los procesos de alimentos en el Perú

### 2.1. El proceso de alimentos

Muchos padres no cumplen de manera voluntaria con su obligación alimentaria para con sus hijos, por lo que éstas deben ser fijadas de manera voluntaria a través de una conciliación o de manera obligatoria y legal mediante un proceso judicial de alimentos.

En el primer caso los padres acuden a un centro de conciliación y se ponen de acuerdo sobre el monto de la pensión de alimentos que pasará el padre o la madre a favor de los hijos, haciendo constar en un Acta de Acuerdo Conciliatorio los acuerdos, el mismo que tiene calidad de una sentencia judicial.

En el segundo caso, se plantea una demanda de alimentos ante el Poder Judicial, a fin de que sea el Juez, quien fije mediante sentencia, la pensión de alimentos con que debe acudir el padre o la madre al hijo o hijos.

El proceso de alimentos es un proceso judicial donde se reclama el cumplimiento de la obligación alimentaria de una persona a favor de otro, conforme a ley. Generalmente los obligados son los padres, quienes deben pasar una pensión de alimentos a favor de los hijos, quienes al no haber cumplido voluntariamente, son demandados por el acreedor o alimentista ante el poder judicial.

El proceso de alimentos constituye el medio a través del cual el titular del derecho alimentario (el hijo, por ejemplo) acciona ante el órgano jurisdiccional, personalmente si es mayor y por medio de su representante si es menor, para que mediante sentencia el Juez fije una pensión de alimentos a su favor, teniendo en cuenta las necesidades del solicitante y las posibilidades económicas del obligado, pensión que debe ser cumplido por el obligado alimentario.

## 2.2. Competencia y reglas del proceso

Conforme al artículo 547° del Código Procesal Civil, concordado con el artículo 160° y siguientes del Código de Niños y Adolescentes, la competencia y las reglas procesales aplicables al proceso de alimentos dependen de la edad del alimentista y de la existencia de la prueba que acredite de manera indubitable el vínculo familiar entre el alimentista y el obligado.

Entonces, se genera dos situaciones diferenciadas para cuando el alimentista es menor de edad o mayor de edad.

**2.2.1. Cuando el alimentista es menor de edad.** En ella se presentan dos situaciones:

- a) **Si es hijo matrimonial:** El proceso se seguirá conforme a las normas del proceso único contemplado en el Código de Niños y Adolescentes y conocerá del proceso el Juez de Paz Letrado, pues en estos casos el entroncamiento familiar está completamente determinado.
- b) **Si es hijo extramatrimonial:** Si existe prueba indubitable del vínculo familiar, es decir se cuenta con la partida de nacimiento con reconocimiento del padre o madre a quien se quiere demandar, se seguirá bajo las normas del proceso único, y el Juez de Paz letrado será competente para conocer dicho proceso. En caso que no existiera prueba indubitable del vínculo familiar, este proceso se seguirá conforme a las reglas del proceso único y ante el Juez de Familia.

**2.2.2. Cuando el alimentista es mayor de edad.-** También se presentan dos situaciones:

- a) **En caso de existir prueba indubitable del vínculo familiar,** es decir, cuando existe partida de nacimiento con reconocimiento del padre o madre a quien se desea demandar,

la vía procedimental será la del proceso sumarísimo del Código Procesal Civil y se demandará ante el Juez de Paz Letrado.

- b) **En caso de no existir prueba indubitable del vínculo familiar**, es decir, cuando no se cuenta con partida de nacimiento donde el padre o madre a quien se quiere demandar no reconoce al hijo, la vía procedimental será la del proceso sumarísimo y se demandará ante el Juez de Familia.

## 2.3. Desarrollo del proceso

### 2.3.1. Postulación al proceso

En cualquier caso, el proceso de alimentos, o sus derivados como el caso de la exoneración de alimentos, se inicia con la presentación de la demanda ante el Juez competente.

La demanda de alimentos se presenta por escrito, la misma que debe contener los requisitos y anexos establecidos en el artículo 424° y 425° del Código Procesal Civil, y los anexos especiales que la norma pertinente exige. Por ejemplo, en el caso de demanda de alimentos la declaración Jurada de los ingresos del demandado o demandada.

El demandante a través de este primer escrito expone los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan su pretensión, la misma que el Juez de la causa evaluará, y en caso de reunir dichos requisitos de admisibilidad y procedibilidad, admitirá la demanda y correrá traslado a la parte demandada, concediéndole el plazo de cinco días para contestar.

La parte demandada en ejercicio de su derecho de contradecir, dentro del plazo concedido, contestará la demanda por escrito, podrá también plantear las excepciones y defensas previas, plantear tachas y oposiciones, conforme a ley.

Luego de “contestada la demanda o transcurrido el plazo para hacerla, el Juez fijará fecha para la audiencia de saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes de contestada la demanda o de transcurrido el plazo para hacerla, bajo responsabilidad” (CPC, artículo 554).

### 2.3.2. La audiencia única

La audiencia única es donde se llevará a cabo el saneamiento procesal, la conciliación, se actuarán las pruebas y finalmente se expedirá la sentencia, conforme al artículo 171 del Código de Niños y Adolescentes, concordante con el artículo 555° del Código Procesal Civil.

Al desarrollarse la audiencia, “una vez iniciada la audiencia, el demandado puede promover tachas, excepciones o defensas previas que serán absueltas por el demandante. A continuación, se actuarán los medios probatorios, luego de lo cual el Juez, si encuentra infundadas las excepciones o las defensas previas declarará saneado el proceso y seguidamente invocará a las partes a resolver la controversia conciliatoriamente. Si hay conciliación y ésta no lesiona los intereses de los intervinientes, sobre todo si se trata de niño o del adolescente, se dejará constancia en acta. Ésta tendrá el mismo efecto de una sentencia” (CNA, 2000, artículo 171).

En caso de no poder concluirse con la actuación de las pruebas en la audiencia, ésta “será continuada en los días sucesivos, sin exceder de tres días, a la misma hora y sin necesidad de nueva notificación” (CNA, 2000, artículo 172).

En caso de no producirse la conciliación y, aunque producida la conciliación, si a criterio del Juez se afecta derechos e intereses del niño o del adolescente, el Juez fijará los puntos controvertidos, lo

cuales serán materia de prueba. Es respecto a ellos que se actuará los medios probatorios.

Luego de ello el Juez saneará las pruebas, donde el juez puede rechazar aquellas pruebas que considere inadmisibles, impertinentes o inútiles, y luego serán actuados los medios probatorios conforme a ley y bajo la dirección del juez.

Una vez actuado los medios probatorios, las partes tienen cinco minutos para que en esta audiencia puedan expresar sus alegatos, luego de ello el Juez emitirá sentencia, o indicará que la sentencia se emitirá en el plazo de ley. En la sentencia el Juez fijará el monto de la pensión con que debe acudir el demandado a favor del alimentista, por ejemplo, el padre para sus hijos.

#### **2.4. Incumplimiento de pago de pensión de alimentos dispuesta en sentencia**

Los alimentos deben satisfacerse en dinero o en especies, según haya sido fijado en la sentencia judicial o hayan convenido conciliatoriamente las partes. El cumplimiento de la pensión de alimentos es vital, toda vez que, como señala Reyes (1999) “los alimentos constituyen un factor indispensable para la vida, sin los cuales el individuo perecerá indefectiblemente, y en el caso de que no sean suficientes, se verá limitado en su desarrollo integral, físico mental y psicológico, por cuya razón considero que toda omisión en su cumplimiento es un verdadero atentado contra los Derechos Humanos” (p. 775).

En nuestra legislación, no cumplir con el pago de la pensión alimentaria acarrea sanciones de diversa índole, desde previsiones civiles hasta sanción penal, en este último caso constituyendo el delito de omisión a la asistencia familiar, por cuanto el incumplimiento de esta obligación hace peligrar la salud, vida o integridad personal del alimentista.

En caso de incumplimiento de pagos de pensión fijada en sentencia, el agraviado o su representante deben solicitar la liquidación de pensiones

alimentarias ante el Juez de Paz que emitió la sentencia. Una vez efectuada la liquidación solicitar su aprobación y notificación al demandado tanto en su domicilio real y procesal, requiriéndole el pago de la deuda alimentaria en un plazo de tres días, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público para que actúe conforme a sus atribuciones; es decir, bajo apercibimiento de ser denunciado por el delito de omisión a la asistencia familiar. En caso de no cumplir con el pago en el plazo señalado, se solicitará al Juez de Paz Letrado o Juez de Familia a cargo del proceso de alimentos, para que haciendo efectivo el apercibimiento, remita copias certificadas al Ministerio Público.

En caso de incumplimiento de la pensión alimentaria fijada mediante acta de conciliación, primero se debe ejecutar dicha acta ante el juez de Paz Letrado, en caso de haber pensiones devengadas solicitar la liquidación en dicho proceso de ejecución para luego seguir los mismos pasos que en el caso anterior.

Con el envío de las copias certificadas al Ministerio Público se da inicio al proceso penal por el delito de omisión a la asistencia familiar.

### **3. Proceso Penal por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar**

#### **3.1. Delito de omisión a la asistencia familiar**

Como ya señalamos, la pensión de alimentos puede ser fijada mediante sentencia o acordarse conciliatoriamente, la misma que tienen la calidad de una sentencia con autoridad de cosa juzgada. En cualquier caso el obligado debe cumplir con el pago de la pensión fijada, sino estaría cometiendo el delito de omisión a la asistencia familiar, que “se produce cuando el obligado incumple dolosamente su obligación alimentaria judicialmente declarada” (Rojas, 1999, p. 679).

El delito de omisión a la asistencia familiar “se configura cuando el agente intencionalmente omite cumplir su obligación de prestar alimentos,

establecido en una resolución judicial como pensión alimentaria después de agotado un proceso sumarísimo sobre alimentos” (Salinas, 2013, p. 454).

En ese sentido, el obligado a pasar pensión de alimentos, comete el delito de omisión a la asistencia familiar, cuando por su voluntad, sin justificación ni motivo legítimo alguno, pudiendo hacerlo, deja de cumplir con pagar la pensión de alimentos fijada en una sentencia judicial, entiéndase también en un acta de conciliación.

### **3.2. La acción penal por el delito de omisión a la asistencia familiar**

La acción penal en el delito de omisión a la asistencia familiar se da como consecuencia del incumplimiento de una obligación alimentaria fijada mediante sentencia en un proceso de alimentos, por lo que el Juez de Paz Letrado o Juez de Familia remite al Ministerio Público copias certificadas previo requerimiento al obligado, a fin de que dé origen a un proceso penal que tiene como fin la aplicación de una pena o medida de seguridad, así como la reparación civil del daño causado por la comisión del delito.

Una vez recibida las copias certificadas enviadas por el Juzgado de Paz Letrado, o del Juzgado de Familia en algunos casos, el Ministerio Público, en su condición de titular de la acción penal, dará inicio a la investigación fiscal, etapa en que puede convocar a las partes para su declaración y llegar a un acuerdo en aplicación del principio de oportunidad.

En caso de fracasar la aplicación del principio de oportunidad, el Fiscal del caso formula acusación o requerimiento de proceso inmediato al Juez Penal, para que previo un proceso con las debidas garantías emita sentencia, en la que, determinando la comisión del delito de omisión a la asistencia familiar, imponga al imputado una pena, así como el pago de las pensiones de alimentos devengados en forma de reparación civil.

### 3.3. Estructura de delito de omisión a la asistencia familiar

#### 3.3.1. Tipo penal

La figura delictiva de incumplimiento doloso de obligación alimentaria aparece tipificada en el artículo 149 del Código Sustantivo que a la letra dice:

*“Artículo 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 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”* (Código Penal, 1991, artículo 149).

Mediante este artículo el Código Penal prevé el tipo penal base de la omisión a la asistencia familiar, así como sus agravantes, conforme al cual se sanciona al imputado en caso de comisión de este delito.

#### 3.3.2. Bien jurídico protegido

Reyna Alfaro (2016) señala “el injusto de este delito en la infracción de los deberes familiares de índole asistencial económico” (p. 154)

Salinas Siccha (2013) indica que “en efecto, el bien jurídico que se pretende tutelar al tipificar este ilícito, es el deber de asistencia, auxilio o socorro que tienen los componentes de una familia entre sí. Aquel deber se entiende como la obligación que se tiene que cumplir con los requerimientos económicos que sirvan para satisfacer las necesidades básicas de supervivencia de determinados miembros de su familia (p. 458).

En ese sentido, el bien jurídico protegido en el delito de omisión a la asistencia familiar es el deber de asistencia familiar a favor del alimentista, que generalmente son los hijos, consistente en proveer lo necesario para el sustento del alimentista.

### 3.3.3. Tipicidad objetiva

Salinas Siccha (2013) señala que en el delito de omisión a la asistencia familiar realiza el hecho típico “aquella persona que teniendo conocimiento que por resolución judicial consentida tiene la obligación de pasar una pensión alimenticia a favor de otra, omite hacerlo” (p. 454).

Así podemos hablar de un sujeto activo, quien es aquel que omite pagar la pensión de alimentos, y de un sujeto pasivo, quien es el agraviado con la comisión del delito de omisión a la asistencia familiar.

El sujeto activo será la persona que es obligada a prestar una pensión alimenticia que fue previamente fijada mediante sentencia o resolución judicial. De modo que, conforme a nuestra legislación, podrán ser pasibles de convertirse en obligados por disposición de una resolución de esa naturaleza “los cónyuges, los ascendientes y descendientes, y los hermanos” (CC, 1984, artículo 474) que incumplan con la obligación alimentaria, por su puesto, siempre con la condición de estar obligado a pasar pensión por mandato de una resolución judicial.

El sujeto pasivo será aquella persona beneficiaria de la pensión alimentaria mensual por mandato de resolución judicial, los hijos menores hasta los 18 años, a menos que no se encuentren en aptitud de atender a su propia subsistencia por incapacidad física o mental comprobada o que se encuentre siguiendo exitosamente estudios de una profesión u oficio, en cuyo caso podrá percibir los alimentos

hasta los 28 años. En cualquier caso, el sujeto pasivo es el agraviado por la comisión del delito de omisión a la asistencia familiar.

#### **3.3.4. Tipicidad subjetiva**

Salinas Siccha (2013) dice que “el tipo penal exige la presencia del elemento subjetivo dolo para la configuración del injusto penal. No es posible la comisión por imprudencia o culpa” (p. 465)

Reyna Alfaro (2016) señala que “si el delito de omisión de asistencia familiar es doloso, quiere decir que el agente debe tener consciencia respecto de la totalidad de elementos objetivos del tipo analizados previamente. Es admisible tanto el dolo directo como el dolo eventual” (p. 166).

Es decir, el delito de omisión a la asistencia familia exige dolo para su comisión, pues en estos casos el obligado tiene conocimiento sobre la orden judicial que dispone el pago de los alimentos, y a pesar de ello, por su propia voluntad no cumple con su obligación y en agravio del alimentista, que generalmente son los hijos.

#### **3.3.5. La Pena**

La pena establecida para este delito, conforme al tipo base del artículo 149° del Código Penal es “pena privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial” (Código Penal, 1991, artículo 149). Por esta razón, al ser la pena privativa de libertad no mayor de 4 años, en los procesos penales por el delito de omisión a la asistencia familiar se sanciona con penas suspendidas.

El artículo 149° del Código Penal también prevé algunas agravantes. Así, en su segundo párrafo nos dice que en caso que el imputado simule otra obligación, renuncia o abandono de trabajo maliciosamente, la pena oscila entre no menor de uno ni mayor de cuatro años.

La misma norma, en el tercer párrafo señala que “si resulta lesión grave o muerte 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” (Código Penal, 1991, artículo 149).

Estas son la pena básica y las agravantes del delito de omisión a la asistencia familiar, las mismas que el Juez deberá observar al momento de sentenciar.

#### **4. La sentencia y su ejecución en los procesos por el delito de omisión a la asistencia familiar**

##### **4.1. La sentencia en el delito de omisión a la asistencia familiar**

Conforme al Código Procesal Penal del 2004, al concluir el proceso penal por omisión a la asistencia familiar emitirá sentencia donde en su parte resolutive debe contener la “mención expresa y clara de la condena o absolución de cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les haya atribuido” (CPP, 2004, artículo 394).

En caso que la sentencia es absolutoria, el juez se pronunciará motivadamente sobre la liberación del imputado; mientras, la sentencia condenatoria “fijará, con precisión, las penas o medidas de seguridad que correspondan y, en su caso, la alternativa a la pena privativa de libertad y las obligaciones que deberá cumplir el condenado. (...) La sentencia condenatoria decidirá también sobre la reparación civil, ordenando –cuando corresponda- la restitución del bien o su valor y el monto de la indemnización que corresponda” (CPP, 2004, artículo 399).

##### **4.2. La suspensión de la ejecución de la pena en el delito de omisión a la asistencia familiar**

El artículo 57° del Código Penal señala que “el juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación. 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años. La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384° y 387° (Código Penal, 1991, artículo 57). Es decir, el Juez para otorgar la suspensión de la condicionalidad de la pena primero verifica el cumplimiento de los requisitos formales previstos en el Artículo 57° de nuestro Código Penal.

En ese sentido, siendo que el delito de omisión a la asistencia familiar prevista en el artículo 149 del Código Penal se sanciona con penas no mayores a 4 años, a menos que se produzca lesiones que causen la muerte del agraviado, es posible que el juez pueda suspender la ejecución de la pena, por su puesto fijándose las correspondientes reglas de conducta establecidos en el artículo 58° del Código penal, entre ellos, lo dispuesto en su numeral 4°, que establece reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado de los mismos, salvo que demuestre que está en imposibilidad de hacerlo.

## **5. La pena por el delito de omisión a la asistencia familiar**

### **5.1. La pena**

El término pena deriva del latín poena y posee una connotación de dolor causado por un castigo. De modo que, la pena tiene como principal objetivo el castigo, es decir, causar sufrimiento a un sujeto, privándole de su libertad o reduciéndole un bien jurídico.

Concordante con ello Von Liszt (1976) señalaba que “la pena es un mal que el juez inflige al delincuente a causa del cometimiento de un delito, para

expresar la reprobación de la sociedad con respecto al acto y a su autor” (p. 326)

Villa Stein (2014) nos dice que la pena “es un castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien, tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho y a causa de dicha infracción” (p. 551).

A nivel jurisprudencial la pena viene a ser “una sanción legal y una consecuencia jurídica del delito que se aplica siempre al agente de infracción dolosa; el juzgador para imponerla debe haber corroborado la imputación con medios idóneos y suficientes que demuestren la culpabilidad del autor en su sentido amplio de responsabilidad penal, de lo contrario, se afectaría el principio constitucional de la presunción de inocencia señalado en el literal e) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado” (R.N. N° 187-2004-Junín).

De esta manera, la pena viene a ser el recurso que utiliza el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como una restricción de derechos del responsable. Por ello a través de la pena se sanciona al responsable de la comisión de una conducta punible, produciéndole la pérdida o restricción de derechos personales, la que debe estar contemplada en la ley y debe ser impuesta por el órgano jurisdiccional competente, mediante un proceso con las debidas garantías.

## **5.2. Fines de la pena**

La finalidad que cumple la pena ha sido fijada desde nuestra Constitución. Pues a través del numeral 22) de su artículo 139° establece que “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad” (Constitución, 1993, Numeral 22 del artículo 139). Lo cual también es recogida a nivel legal mediante el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal y el artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal. Es decir, en cualquier delito, la

pena como “sanción legal y consecuencia del delito” (Prado, 2010. 35), está destinado a reeducar al sentenciado, y a través de ello y con ayuda profesional rehabilitarlo para que pueda reincorporarse a la sociedad.

Lo señalado también se ha consagrado en normas internacionales de derechos humanos, vigentes en el Perú, por haber sido ratificados. Así tenemos el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (PIDCP, 1966, artículo 10).

En ese sentido, conforme al artículo 139°, inciso 22, de la Constitución, concordante con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, podemos decir que se establece que la pena tiene por objeto, en primer lugar, la reeducación, que debe ser entendida como la recuperación de la personalidad del delincuente en un centro penitenciario, donde se le formará y reeducará para que pueda desenvolverse dentro de la sociedad; en segundo lugar, la rehabilitación, esta implica la reintegración de sus derechos subjetivos, estado físico, psicológico y social; y en tercer lugar la reincorporación, que implica desechar los comportamientos inaceptables que hizo cometer el hecho delictivo, con la finalidad de que esté apto para integrarse nuevamente a la sociedad. En estos tres conceptos se encuentra resumido el contenido de la resocialización, que debe ser el objetivo de toda pena impuesta al delincuente.

De manera que, conforme a nuestras normas constitucionales y legales, la pena tiene como fin rector la resocialización, por lo que, se ha fijado como fin de la pena la modificación o transformación del comportamiento del sentenciado, a fin de convertirlo en una persona apta para la convivencia pacífica dentro de la sociedad.

Lograr la resocialización del penado, como señala el Tribunal Constitucional “exige un proceso (un “tratamiento” –en los términos del Pacto–, reeducativo –en los términos de la Constitución–), orientado a un

objeto o fin, a saber, su rehabilitación y readaptación social, que permita asegurar su aptitud para ser reincorporado a la comunidad” (STC, Exp. 0012-2010-PI/TC, FJ. 67). El mismo Tribunal Constitucional nos dice que la resocialización del penado debe entenderse “como la situación en virtud de la cual el ser humano, no sólo ha internalizado y comprendido el daño social generado por la conducta que determinó su condena, sino que además es representativa de que su puesta en libertad no constituye una amenaza para la sociedad, al haber asumido el deber de no afectar la autonomía moral de otros seres humanos ni otros bienes necesarios para la convivencia pacífica” (STC, Exp. 0012-2010-PI/TC , FJ. 69).

De modo que, los fines de la pena obran como fin superior de la imposición de la pena, por lo que la imposición de una pena no puede ser como acto de crueldad y reciprocidad, sino el de rehabilitación y resocialización del sentenciado, para que pueda reinsertarse nuevamente a la sociedad. Por ello, la pena impuesta a una persona debe ayudar a resocializarse, para lo cual tiene que tenerse en cuenta que ésta respete todos los criterios de proporcionalidad, racionalidad, utilidad y necesidad de la misma, sacó contrario será más contraproducente que benigna.

Por las razones expuestas, una pena efectiva no puede ser igual para aquellas personas con un elevado grado de desocialización y aquellas que no se encuentran desocializadas, por lo que, los sujetos que cometen delitos como consecuencia del incumplimiento de una deuda, como es el caso del delito de omisión a la asistencia familiar, no pueden ser tratados como aquellos que cometan delitos graves.

### **5.3. Clases de pena**

Nuestro Código Penal no define la pena, sin embargo, a través de su artículo 28° nos dice que “las penas aplicables de conformidad con el mencionado Código son:

- Privativa de libertad;
- Restrictivas de libertad;
- Limitativas de derechos; y
- Multa” (Código Penal, 1991, artículo 28).

De esta manera, nuestra normativa penal contempla cuatro clases de penas, la penas privativas de libertad, que pueden ser temporal y cadena perpetua; las restrictivas de libertad, como la expatriación y expulsión; las limitativas de derechos, entre ellas la de prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación; y la pena de multa.

De esta clasificación, por la naturaleza de la presente investigación nos interesan las penas privativas de libertad (del artículo 29 y 29-A del Código Penal) y las limitativas de derechos, en su modalidad de prestación de servicios a la comunidad (del artículo 31 del Código Penal), toda vez que la pena establecida para el delito de omisión a la asistencia familia son estas, conforme al artículo 149 del mismo Código.

### **5.3.1. Penas privativas de libertad**

La pena privativa de libertad “consiste en la limitación coactiva de la libertad de movimiento mediante el internamiento en un establecimiento penitenciario” (García, 2008, 691).

Como señala Villa Stein (2014) la pena privativa de libertad es aquella que “condena la obligación de permanecer encerrado en un establecimiento, la más de las veces carcelario. El penado pierde su libertad ambulatoria por un tiempo de duración variable que va de la mínima de dos días hasta la cadena perpetua” (pp. 553-554).

De modo que podemos decir que la pena privativa de libertad es el tipo de pena impuesta por un juez o tribunal previo proceso penal y que consiste en quitarle al sentenciado culpable de un delito su

efectiva libertad personal ambulatoria, disponiendo que el cumplimiento de esta pena quede recluso en un establecimiento especial para tal fin, en otras palabras, encarcelado.

Conforme señala el artículo 29° del Código Penal “la pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua” (Código Penal, 1991, artículo 29). En caso de ser temporal, tendrá una duración mínima de 02 días y como duración máxima de 35 años; mientras en la cadena perpetua será hasta la muerte del sentenciado.

### **5.3.2. Penas restrictivas de libertad**

Como señala Villa Stein (2014) “son aquellas que, sin privar totalmente al condenado de su libertad de movimiento, le imponen algunas limitaciones” (p. 557). Es decir, son aquellas penas que, sin privar totalmente al condenado de su libertad de movimiento y permanencia, le imponen algunas limitaciones. En el caso peruano, la expatriación en caso de nacionales y la expulsión del país en caso de extranjeros, de conformidad con el artículo 30° del Código Penal.

Conforme al artículo 30° del Código Penal, tanto la expatriación y la expulsión, se ejecutan una vez que el condenado haya cumplido la pena privativa de libertad impuesta por sentencia judicial o la concesión de algún beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso al territorio patrio.

### **5.3.3. Penas limitativas de derechos**

Este tipo de penas están consideradas normativamente entre los artículos 31° a 40° del Código Penal. Son sanciones punitivas que limitan el ejercicio de determinados derechos económicos, políticos y civiles, así como el disfrute total del tiempo libre.

Conforme al artículo 31°, “las penas limitativas de derechos son: 1) Prestación de servicios a la comunidad; 2) Limitación de días libres; e 3) Inhabilitación” (Código Penal, 1991, artículo 31).

De estos, en el presente trabajo nos interesa la pena limitativa de derecho consistente en la prestación de servicios a la comunidad, regulada en el numeral 1) del artículo 31 del Código Penal.

La pena de prestación de servicios a la comunidad es aquella que “obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras, siempre que sean públicos” (Código Penal, 1991, artículo 34)).

Como señala Villa Stein (2014) consiste “en la prestación de determinadas horas de trabajo no remunerado y útil a la comunidad, prestado durante el tiempo libre” (p. 558).

En ese sentido, estas penas corresponden a las llamadas formas de trabajo correccional en libertad, y puede ser aplicada de modo directo o también de modo sustitutivo. Directo cuando la norma misma sanciona con estas penas la comisión de un delito, y sustitutoria cuando esta forma de sanción se reemplaza una pena privativa de libertad no superior a 04 años, evitando con ella que el condenado sea recluido en un establecimiento penitenciario.

La pena de prestación de servicios a la comunidad está dirigida a formas de delincuencia de escasa peligrosidad, donde el condenado queda obligado a prestar de manera gratuita, los fines de semana, servicios y labores a favor de la comunidad, que pueden ser los Municipios, las escuelas, hospitales, u otras instituciones públicas, donde realizarán trabajos manuales, intelectuales, incluso pudiendo ser artísticos.

#### 5.3.4. Penas de multa

Se encuentra regulado entre los artículos 41° a 44° del Código Penal, consiste en una pena pecuniaria y afecta el patrimonio económico del sentenciado.

La multa implica el pago de una cantidad de dinero que el sentenciado por un delito debe realizar a favor del Estado, en su condición de autor o partícipe del hecho punible. Como señala García (2008) “la multa implica la privación de una parte del patrimonio del autor de un delito” (p. 694).

Debemos entender que en este caso la multa es una pena de carácter patrimonial y no una indemnización para la víctima del delito, no debe confundirse con la reparación civil, que es un pago muy aparte que hace el autor del delito por el agravio causado con la comisión del delito.

Conforme al artículo 41° del Código Penal “la pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa. El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza” Código Penal, 1991, artículo 41).

La pena de multa se extiende entre 10 días-multa como mínimo hasta 365 días-multa como máximo. El importe de la multa el sentenciado debe pagar dentro de 10 días de pronunciada la sentencia, ya sea en forma completa o fraccionada si el Juez lo autoriza, incluso con autorización judicial puede ser descontada directamente de la remuneración del condenado, sin afectar los recursos indispensables para su sustento y el de su familia.

#### **5.4. Sustitución de penas privativas de libertad**

La sustitución de la pena, según Peña (2010) “se trata de mecanismos que operan de modo diferente sobre la pena privativa de libertad que tratan de sustituir o evitar. Algunos sirven para una ejecución atenuada, más suave, moderada de la privación de libertad” (p.78). El mismo autor, en otra parte indica, que se usa este mecanismo “basados en la no necesidad, para el sujeto concreto, de una pena cualitativamente tan grave, buscan la sustitución pura y simple de esas penas por otras, pretendidamente menos dañosas para el individuo y la sociedad” (p.49)

La sustitución de penas privativas de libertad se encuentra prevista en el artículo 32 ° y 33 ° del Código Penal, respecto a las penas limitativas de derechos como prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres.

Respecto al primero, el artículo 32° del indicado Código señala que “las penas limitativas de derechos previstas en los dos primeros incisos del artículo 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 o alternativas de la pena privativa de libertad, cuando la sanción sustituida a criterio del Juez no sea superior a cuatro años” (Código Penal, 1991, artículo 32°). En ese sentido, si la norma castiga la comisión de un delito con estas penas limitantes de derechos, se aplicarán como delitos autónomos. Sin embargo, también hay la posibilidad de aplicar como penas sustitutivas o alternativas de otras penas privativas de libertad, a criterio del Juez, cuando estas penas no superan los 04 años.

#### **5.5. Conversión de penas privativas de libertad**

El Código Penal peruano establece la conversión como medida de reemplazo, consistente en intercambiar la pena privativa de libertad por una

pena de multa o por una pena de prestación de servicios a la comunidad, o por una pena de limitación de días libres.

Nuestra legislación ofrece tres opciones para intercambiar, vía conversión, la pena privativa de libertad efectiva impuesta en una sentencia condenatoria. Conforme al artículo 52 del Código Penal “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, o la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad, o limitación de días libres, a razón de un día de privación de libertad por un día de multa, siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres. Igualmente, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, convertir la pena privativa de libertad en pena de vigilancia electrónica personal, a razón de un día de privación de libertad por un día de vigilancia electrónica personal” (Código Penal, 1991, artículo 52).

La conversión de las penas obedece a la política criminal moderna que procura por todos los medios reemplazar la pena privativa de libertad por otra alternativa, la misma que sea menor gravosa para el sentenciado. En ese sentido, la conversión de pena consiste en reemplazar una pena, generalmente privativa de libertad por otra equivalente, que sea de menor intensidad o menos gravosa, como la multa, prestación de servicio comunitario o limitación de derechos, los que afectan menos a comparación con la privación de su libertad.

En el caso de la conversión de penas, el Código Penal también establece sanciones específicas para el caso de incumplimiento de penas convertidas. Así, el artículo 53° del Código Penal señala que “si el condenado no cumple, injustificadamente, con el pago de la multa o la prestación del servicio asignado a la jornada de limitación de días libres, la conversión será revocada, previo apercibimiento judicial, debiendo ejecutarse la pena

privativa de libertad fijada en la sentencia” (Código Penal, 1991, artículo 53). La misma norma señala que al revocarse la pena convertida, se descuenta la pena convertida para el cumplimiento efectivo de la pena que resta cumplir.

Asimismo, conforme al artículo 54° del mismo Código también es procedente revocar la pena convertida si el condenado comete nuevo delito doloso dentro del plazo en que se ejecuta la sentencia.

## **6. La reparación civil en el proceso penal**

### **6.1. La reparación civil**

La reparación civil desde siempre fue vinculada con el proceso civil, por cuanto se consideraba como una institución del Derecho Civil, con lo cual, en los daños causados por un ilícito penal, el perjudicado era la víctima. Actualmente, ello ha sido superado, pues la reparación también se considera como una consecuencia de la comisión un delito, en consecuencia, implica una sanción de índole económica tendiente a resarcir el daño patrimonial o extra patrimonial ocasionado por un ilícito penal.

Ello es así porque como manifiesta Prado Saldarriaga (2000) “las consecuencias jurídicas no se agotan con la imposición de una pena o medida de seguridad al autor del delito, sino que también pueden surgir otras formas de ajusticiamiento de carácter civil reparador. En ese sentido la realización de un hecho delictivo puede generar tres tipos de consecuencias jurídicas, que son las de carácter estrictamente punitivo conformado por la pena privativa de la libertad y otras penas, luego tenemos las medidas de seguridad y finalmente encontramos las consecuencias de naturaleza civil” (p. 275).

Asimismo Velásquez (1997) precisa que “el hecho punible origina no sólo consecuencias de orden penal sino también civil, por lo cual –en principio– toda persona que realice una conducta típica, antijurídica y culpable, trátase de imputable o inimputable, debe restituir las cosas al estado en que se

encontraban en el momento anterior a la comisión del ilícito, cuando ello fuera posible, y resarcir los daños o perjuicios ocasionados al perjudicado; nace de esta manera la responsabilidad civil derivado del hecho punible” (p. 300).

De esta manera como señala Sack Ramos (2014), que la reparación civil “es un mecanismo de tutela jurídica que pretende que una persona se haga cargo del resarcimiento de otra a quien le ha causado daño” (p. 33).

Lo que también corrobora la afirmación de Prado Saldarriaga (200) cuando señala que “la Reparación civil tiene un carácter patrimonial –en función a lo que persigue– es de índole privada, es facultativa para la víctima y es transmisible; todo lo contrario a la acción penal, es una consecuencia jurídica del delito de naturaleza civil esta se puede otorgar en la medida que el ilícito penal produzca un daño material o personal a la víctima o a un tercero, la aplicación de la reparación civil, la restitución o el pago de la indemnización correspondiente” (p. 275)

Por otra parte, la doctrina es unánime en señalar que la acción generadora de la reparación civil, como señala San Martín Castro (2003) lo siguiente:

- a) El delito solo originara el ejercicio de la acción civil en la medida que produzca un daño, presentando dificultades cuando se trata de delitos de imperfecta realización o de delitos formales de peligro abstracto; b) que el sujeto activo de un delito o falta, en tanto produce un daño resarcible, es el obligado civilmente a la reparación; c) que también pueden ser obligados al resarcimiento del daño, contra los que pueden dirigirse la pretensión civil, los terceros ajenos a la comisión del delito, siempre que exista un vínculo civil fijado en la ley; y; d) que tanto la víctima, potestativamente, como el Ministerio Público, obligatoriamente, están legitimadas para instar el pago de la reparación civil” (p. 337).

## 6.2. Naturaleza jurídica de la reparación civil en el derecho penal

Según el maestro Fontan Balestra (1990) “El daño causado por el delito, puede distinguirse por lo común, en público y privado. El primero se traduce en la alarma social que el hecho delictuoso provoca. El segundo en el perjuicio o daño causado a las particulares víctimas del delito, a las personas a quienes las leyes reconocen el carácter de damnificados. El daño público o colectivo determina las aplicaciones de las medidas específicas del derecho penal, en primer lugar, la pena; el daño privado motiva el resarcimiento de ese daño, que se persigue con la acción civil” (p. 489)

En ese sentido, queda claro que de la comisión de un hecho delictivo no deriva solamente la responsabilidad penal, sino que también deriva la responsabilidad civil, *ex delicto*. Entonces, “con la pena, el responsable penal responde frente al Estado y la colectividad, con la responsabilidad civil se pretende, a grandes rasgos, reparar o compensar los efectos que el delito ha tenido sobre la víctima o los perjudicados por el mismo” (Muñoz, 1996, p. 617).

Cuando el hecho delictivo provoca también un daño, entonces se genera la coexistencia de dos acciones: la penal, regida en su ejercicio por las disposiciones del Código Penal y normas procesales conexas; y otra la reparación civil, donde el resarcimiento no se rige solamente por las normas penales, sino también por las normas pertinentes del Código Civil, por disposición del artículo 101° del Código Penal.

Al respecto Cesano (2009) manifiesta que “las normas que regulan el resarcimiento tienen un contenido esencialmente patrimonial y privatístico que, como tal, constituye un enclave civil, por su naturaleza, régimen y estructura, sin otra particularidad que la fuente u origen de la misma o su coyuntural –y parcial- reglamentación en el Código Penal. Es que la responsabilidad, en rigor, no surge del delito sino del daño que puede producir aquel” (p. 104). Aclara el mismo autor que la responsabilidad que regula el Código Penal “no es una consecuencia jurídica de naturaleza penal,

sino civil. No deriva del delito mismo, sino del daño que este, en su caso, haya podido producir. Conceptualmente, pues, no pertenece al derecho penal, y se rige por las normas civiles ordinarias del ordenamiento de origen que tienen carácter supletorio de todas aquellas materias no disciplinadas por la normativa penal ad hoc” (Cesano, 2009, p. 104)

En ese sentido, a nivel de nuestros Juzgados se señala, que independientemente de la ubicación formal de la reparación civil en el Código Penal y Código Procesal Penal, “la naturaleza jurídica de la reparación civil es incuestionablemente civil, y que aun cuando exista la posibilidad legislativamente admitida de que un Juez Penal pueda pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso determinar el quantum indemnizatorio –acumulación heterogénea de acciones-, ello responde de manera exclusiva a la aplicación del principio de economía procesal” (Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116, FJ 8).

La reparación civil en los procesos penales, legalmente está definida en el artículo 93° del Código Penal, “presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con “ofensa penal” -lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente- [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, infracción /daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos” (Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116, FJ. 7).

### 6.3. Contenido de la reparación civil en el proceso penal

Conforme se tiene regulado en el artículo 93° del Código Penal, la reparación civil comprende: la restitución del bien o, en su defecto, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios causados al agraviado o agraviados.

#### 6.3.1. La restitución del bien, o pago de su valor.

La restitución consiste en restaurar el bien al estado existente antes de la producción del ilícito penal. Se trata pues “de restaurar o reponer la situación jurídica quebrantada por la comisión de un delito o falta” (Villa, 2014, p. 631).

San Martín (2015), señala que la restitución “consiste en reponer al estado de cosas que existía en el momento de la comisión del delito o a devolver la cosa a su legítimo propietario (que es el caso de los delitos contra el patrimonio). Procede incluso contra el tercero que adquirió la cosa, salvo si procedió con buena fe –no opera cuando se trata de bienes no registrables adquiridos con infracción de la ley penal, excepto que su adquisición se produjo en tiendas o locales abiertos al público” (p. 273).

Conforme al 94° del Código Penal “la restitución se hace con el mismo bien aunque se halle en poder de terceros, sin perjuicio del derecho de éstos para reclamar su valor contra quien corresponda”. Es decir, la restitución se hace con el mismo bien, y en caso de no ser posible, porque el bien ha perecido o desaparecido, o hubiera sido adquirido de buena fe por un tercero, se pagará su valor.

San Martín Castro (2015) aclara que la reparación netamente “consiste en efectuar una prestación personal tendente a paliar o remediar los menoscabos sufridos en una cosa. Comprende obligaciones de dar, de hacer, o de no hacer. Se cumplen por el reo o se ejecutan a su costa” (p. 273). Por ejemplo, en la difamación, la

publicación de la sentencia, en delito de omisión a la asistencia familiar, pago de cuantías adeudadas, entre otros. Sin embargo, creemos que muy bien estos aspectos son alcanzados por la restitución.

### **6.3.2. La indemnización de los daños y perjuicios**

Por daño o perjuicio entendemos los menoscabos sufridos y las ganancias que se han dejado de obtener. Es decir, el daño emergente que consiste en la pérdida o disminución de las cosas y derechos, lucro cesante que es la pérdida o disminución de una ganancia esperada, también se incluye el daño moral y daño a la persona.

En ese sentido también ha señalado la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 06-2006/CJ-116, diciendo que “el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Una concreta conducta puede ocasionar tanto (1) daños patrimoniales, que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada, radicada en la disminución de la esfera patrimonial del dañado y en el no incremento en el patrimonio del dañado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir –menoscabo patrimonial-; cuanto (2) daños no patrimoniales, circunscrita a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales -no patrimoniales- tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas-se afectan, bienes materiales del perjudicado, que no tienen reflejo patrimonial alguno” (FJ. 8).

Entonces, la indemnización de los daños y perjuicios “consiste en condenar el pago de una determinada cantidad de dinero suficiente para cubrir todos los daños producidos por el delito. Surge cuando no es posible la restitución y siempre que el delito produzca un perjuicio patrimonial. Comprende todo evento lesivo producido por

el delito e incluye daños materiales, morales del perjudicado, su familia e incluso de terceros, así como lucro cesante y daño emergente” (San Martín, 2015, p. 274)

#### **6.4. Determinación de la Reparación Civil**

El Código Penal peruano no cuenta con normas que establezcan los criterios específicos que permitan al Juez Penal determinar las dimensiones cualitativas y cuantitativas de la reparación civil. Sin embargo, creemos que se debe determinar mediante una valoración objetiva y del grado de realización del injusto penal.

Por otra parte, el artículo 101° del Código Penal precisa que el Juez Penal puede aplicar de manera supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil, por lo que el Juez Penal podrá aplicar las normas que regulan la responsabilidad extracontractual para determinar el quantum de la reparación, aunque no existe doctrina ni jurisprudencia uniforme que establezcan un estándar resarcitorio, por lo que ello se realizara de acuerdo a las circunstancias de cada caso en especial.

Siguiendo esta línea, teniendo en cuenta la jurisprudencia desarrollada por la Corte Superior de Lima, San Martín Castro (2006) señala que se debe tener en cuenta los siguientes dos criterios: “En primer lugar, el órgano jurisdiccional, para determinar el monto de la reparación civil, debe tomar en consideración –de conformidad con el artículo 1985° del Código Civil, el daño emergente, el lucro cesante y el daño a la persona [también el daño moral, que de conformidad con el artículo 1984° del citado Código es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia]–; y, en segundo lugar, que el monto de la reparación civil devenga intereses desde la fecha en que se produjo el daño, tal como lo ha dispuesto el artículo 1085° in fine del Código Civil” (p. 340).

### **6.5. Ejecución de la reparación civil**

La ejecución de la obligación reparadora y la pena, puede concretarse de distintas formas, dentro de las que podemos señalar el resarcimiento sin recurrir a la autoridad jurisdiccional, sea porque se ponen de acuerdo el agente y el agraviado por propia voluntad o también porque han recurrido al empleo de mecanismos alternativos de solución de conflictos; o como señala Gálvez (2016) “puede ejecutarse el resarcimiento a través del ejercicio de la acción judicial correspondiente, mediante una acción civil en la vía civil, para los casos en los que el daño no configura delito, y a través del ejercicio de la acción resarcitoria penal, cuando el hecho dañoso configura delito, en este caso adecuándose en lo posible a la ley procesal penal” (p. 382).

La ejecución de la reparación civil en el proceso penal se efectúa según lo prescrito por el numeral 1) del artículo 493° del Código Procesal Penal, que señala “la reparación civil se hará efectiva conforme a las previsiones del Código Procesal Civil, con intervención del Fiscal Provincial y del actor civil” (CPP, 2004, artículo 493). Es decir, la ejecución estará a cargo del Juez de la investigación preparatoria, aunque en algunos casos como, la refundición o acumulación de penas, estará a cargo del Juzgado Penal colegiado, y se efectuará conforme a las normas de la ejecución forzada, esto es de la forma establecida por los artículos 725 al 728 del Código Procesal Civil; la que podrá concretarse a través de una medida cautelar previamente ejecutada o trabándose una medida propia de la ejecución de resoluciones judiciales, procediéndose a la tasación del bien, concluyendo con el respectivo remate, pago o adjudicación del ser el caso.

### **6.6. La reparación civil como regla de conducta en la sentencia por el delito de omisión a la asistencia familiar**

Conforme al artículo 92° del Código Penal, “la reparación civil se determina conjuntamente con la pena” (Código Penal, 1991, artículo 92) y conforme al artículo 93° de la misma normativa “la reparación comprende: 1. La

restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios” (Código Penal, 1991, artículo 93).

En ese sentido, en el campo del derecho penal, como señala Alcides Chinchay (2007) “la reparación civil es nada más ni nada menos aquella suma de dinero que permitirá que la persona dañada pueda restaurar las cosa al estado anterior a la vulneración (o se vea compensada, si ello no es posible)” (p. 215).

En ese sentido, en el proceso penal, el Juez, al dictar sentencia, también se pronuncia sobre la reparación civil. Así, conforme al numeral 4) del artículo 58° del Código Penal, al suspender la ejecución de la pena, el Juez debe imponer como una de las reglas de conducta: “Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo” (Código Penal, 1991, artículo 52). Por ejemplo, en el caso de la sentencia por el delito de omisión a la asistencia familiar, ésta deberá imponer el pago de la reparación civil que incluye el pago de las pensiones devengadas y la indemnización, la misma que debe ser cumplida como una regla de conducta, cuyo incumplimiento puede ser causal para la revocación de la pena, y disponer el cumplimiento de la pena efectiva.

#### **6.7. Revocación de la suspensión de pena por incumplimiento de reglas de conducta**

El Código Penal en su artículo 59° señala que “si durante el período de suspensión el condenado no cumpliera con las reglas de conducta impuestas o fuera condenado por otro delito, el Juez podrá, según los casos: 1. Amonestar al infractor; 2. Prorrogar el período de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado. En ningún caso la prórroga acumulada excederá de tres años; o 3. Revocar la suspensión de la pena.” (Código Penal, 1991, artículo 59).

En ese sentido, el incumplimiento de las reglas de conducta impuestas en la sentencia que suspende la ejecución de la pena, entre ellos el reparar los

daños ocasionados por el delito establecidos en el numeral 4) del artículo 58° del Código Penal puede acarrear la revocación de la pena suspendida, para el cual no existe requisito de procedibilidad, sino basta con incumplimiento de reglas de conducta, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 02512-2016-PHC/TC, Arequipa, que señala “respecto al alegato de que no existe un requerimiento de pago de la reparación civil, previo a la revocación de la suspensión de la pena, este Tribunal ha precisado, conforme a la normativa penal, que no se requiere de ningún requisito de procedibilidad previo, para la revocación de la suspensión de la pena, por lo que basta que se configure la falta de cumplimiento de las reglas de conducta o la condena por la comisión de otro delito. Asimismo, este Tribunal también considera que, a partir de la lectura de sentencia que quedó firme, el recurrente tiene conocimiento de que, si no cumple con las reglas de conducta, se le revocará la suspensión de la pena privativa de la libertad. En consecuencia, el juez demandado actuó de acuerdo a las facultades otorgadas en su calidad de juez del Tercer Juzgado de investigación Preparatoria de Arequipa” (STC, Exp. N.° 02512-2016-PHC/TC, F. J. 8)

#### **6.8. Los revocados por el delito de omisión a la asistencia familiar y el pago tardío de la reparación civil**

Al incumplir con las reglas de conducta impuestas en la sentencia por el delito de omisión a la asistencia familiar, el Juez puede revocar la pena que llevaba alguna ventaja para el imputado, como el caso pena suspendida, la que se efectúa a instancia del persecutor del delito, en este caso el Fiscal en su condición de representante del Ministerio Público.

En caso de ser revocado la pena suspendida de los sentenciados ésta se hará efectiva y el sentenciado por delito a la omisión de asistencia familiar, pasará a ser internado en algún centro penitenciario para cumplir la pena privativa de libertad dispuesta en la sentencia.

Con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1300 que regula el procedimiento especial de conversión de penas privativas de libertad por penas alternativas en ejecución de condena, a fin de coadyuvar con una adecuada reinserción social de los sentenciados, condenados, siempre que reúnan ciertos presupuestos, como haber cometido infracciones de poca lesividad y repercusión social, y que hayan sido condenados a penas no mayores de seis años, el procedimiento especial de conversión de penas procede, de oficio o a petición de parte y por medio de los supuestos, cuando hay penas privativas de libertad no mayor de cuatro años y cuando el sentenciado se encuentra en el régimen ordinario cerrado del sistema penitenciario o ha sido condenado a pena de seis años y se encuentra en la etapa de mínima seguridad del mismo régimen, priorizando las solicitudes de personas mayores de 65 años, mujeres gestantes, mujeres con hijos menores o la madre o padre cabeza de familia.

En ese sentido, los internos por revocación de pena por incumplimiento del pago de reparación civil, en el caso de delitos por omisión a la asistencia familiar, se acogerían a esta normativa, más aún cuando han cumplido con el pago de la reparación civil (pago de deuda alimentaria devengada y la indemnización) deberían ser liberados en un plazo breve. Sin embargo, esta norma contempla que para las penas menores de 02 años se requiere una evaluación favorable del órgano técnico de tratamiento del Instituto Penitenciario, lo cual conllevaría a que se demore un promedio de 5 a 6 meses dicha evaluación, accediendo a dicho beneficio al pagar el integro de la reparación civil, sin embargo en los casos del delito de Omisión a la Asistencia Familiar normalmente son sentenciados a penas de 01 o 02 años de prisión efectiva, y al demorar tanto dichas evaluaciones semestrales los sentenciados prefieren cumplir el total de la pena más los beneficios por redención de pena por trabajo y/o estudio.

Ello es así porque, en el caso del delito a la Omisión de la asistencia Familiar la redención de la pena es de 01 día de pena por 02 días de labor efectiva, de modo que, cuando uno es condenado a 01 año de pena privativa de

libertad, con la redención de la pena por trabajo y/o estudio, por 01 mes redime 12 días, siendo así en 08 meses estarían saliendo libres. De modo que, si la condena es a un año de pena privativa de libertad efectiva, al pagar el íntegro de la deuda alimenticia y reparación en el primer mes, debido al procedimiento a seguir, este saldría aproximadamente al séptimo mes. Entonces, ya no sería una conversión de la pena, pues prácticamente está cumpliendo su condena.

Este procedimiento no es razonable, pues el interno en todo ese tiempo pudiera haber ejercido sus labores y pudo haber cumplido con su obligación alimentaria, afectando al menor y su interés superior, por lo tanto, colisiona con normas constitucionales y normas internacional de derechos humanos.

## **7. Principio de interés superior del niño y el delito de omisión a la asistencia familiar**

### **7.1. Definición del principio de interés superior del niño**

El interés superior del niño se entiende como todo aquello que más le conviene al niño, a fin de garantizarle su desarrollo integral y una vida digna.

Alex Plácido (2015) nos dice que el interés superior del niño es el “conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posibles sus gustos, sentimiento y preferencias, etc. que también influyen en los medios elegibles” (p. 190).

En ese sentido, el principio de interés superior del niño consiste en hacer primar ese interés superior del niño sobre cualquier otro interés, a fin de promover y proteger sus derechos fundamentales. Por lo que nuestra

legislación considera como “un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos” (Ley 30466, 2016, artículo 2°).

Como señala la Corte Suprema “el principio de intereses superior del niño implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la aplicación de las normas en lo relativo a la vida del niño; igualmente este principio rector se constituirá en un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico, solucionando de esta manera, la disociación existente en un caso concreto, entre la norma y su administración o realización” (Casación N° 4881-2009-Amazonas, del 05/04/2011, Quinto Considerando).

Dicho así, el principio de interés superior del niño se constituye en una garantía de respeto de los derechos fundamentales de la niñez y la adolescencia, evitando el abuso o autoritarismo del poder cuando se toman decisiones referidas a los niños, niñas y adolescentes, como también evitar el paternalismo de las autoridades, por lo que el principio de interés superior del niño constituye “un derrotero criterio orientador para resolver conflictos de derechos en que puedan verse involucrados los infantes” (Aguilar, 2018, p. 66).

## **7.2. Fundamento jurídico del principio de interés superior del niño**

El fundamento jurídico del principio de interés superior del niño encontramos en su reconocimiento en normas internacional de derechos humanos, como también en normas nacionales, legales y constitucionales.

El principio de interés superior del niño primeramente fue reconocido en las normas internacionales. Así en el año 1959 la Declaración de los

Derechos del Niño, en su principio 2° declara que “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño” (CDN, 1959, artículo 2°).

Esta constituye la primera que se ocupa sobre el principio de interés superior del niño, asegurando que, en todo trámite y tratamiento, el niño gozará de una protección especial, de oportunidades y servicios, así como cuando se promulguen leyes con dicho fin, estas tomen en cuenta el interés superior del niño.

En el año 1989 se expide la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 3° dispone que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (CDN, 1989, artículo 3°). Por lo que toda institución estatal o privada está obligada a tener en cuenta el principio de interés superior del niño en todas sus acciones que estén referidos a los niños o involucren los derechos de los niños y adolescentes. Esta norma, para su mejor aplicación, ha sido precisada y desarrollada por el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación general N° 14 (2013), que define de una manera más adecuada y detallada los alcances del principio de interés superior del niño.

Las normas anteriormente señaladas han sido ratificadas por el Perú, por lo que, de conformidad con el artículo 55° de la Constitución Política, forma parte de nuestro derecho interno y es una norma con rango constitucional, pues conforme señala el Tribunal Constitucional estas normas “no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además,

detentan rango constitucional” (STC, Exp. N° 0025-2005-PI/TC, FJ. 26). Por lo tanto, las normas internacionales de derechos humanos antes señalados, son perfectamente aplicables en los distintos procesos judiciales que versan sobre los derechos de los niños y adolescentes, que incluye a los procesos penales.

Con base en estas normativas internacionales, nuestra Constitución en su artículo 4° ha establecido que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente” (Constitución, 1993, artículo 4°), y a partir de ella fluye el principio de interés superior del niño. Situación que fue reconocida por el Tribunal Constitucional cuando señala que el principio de interés superior del niño “se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución. De ahí que, en virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social” (STC, Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ. 11.).

Concordante con la norma constitucional descrita y las normas internacionales de derechos humanos, el Código de Niños y Adolescentes ha establecido que “en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos” (CNA, 2000, artículo IX del TP). Por lo que el principio de interés superior del niño en nuestra legislación, por lo tanto, en nuestro país, se constituye en una garantía especial de los derechos del niño y del adolescente.

En atención a las normas nacionales e internacionales citadas, se ha expedido la Ley 30466, Ley que establece parámetros y garantías

procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, que en su artículo 2° señala que “el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos” (Ley 30466, 2016, artículo 2).

De esta manera el principio de interés superior del niño encuentra su fundamento jurídico en nuestro país, gozando de rango constitucional, por lo que vincula en todos los ámbitos donde se trate o discuta sobre los derechos de los niños, las niñas y adolescentes, por lo que todos los órganos estatales y privados deben poner especial observancia.

### **7.3. Funciones del principio de interés superior del niño**

Como ya señalamos, a nivel de nuestra legislación la Ley 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, en concordancia con la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del niño, reconoce al interés superior del niño como un derecho, un principio y una norma de procedimiento, para garantizar los derechos fundamentales de los niños en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes.

El Comité de los Derechos del Niño (2013), “señala que el interés superior del niño es un concepto triple:

- a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en

general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos” (Observación General N° 14, Fundamento 6).

Ello nos hace ver que, el principio de interés superior del niño cumple una triple función. Primeramente es un derecho sustantivo aplicable en cualquier proceso que involucre a un niño, a fin de que su interés sea considerado como primordial; segundo es un principio de interpretación, pues cuando una norma requiera interpretación para ser aplicado, se hará teniendo como referente el principio de interés superior, y finalmente es una norma de procedimiento, por lo que en cualquier proceso que

involucre a niños, el principio de interés superior servirá como guía del procedimiento a seguir, a fin de buscar una completa protección del interés superior del niño, niña o adolescente.

#### **7.4. Obligados por el principio de interés superior del niño.**

Como señala el Comité de los Derechos del Niño (2013), “el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño” (Observación General N° 14, Fundamento 4). Ello significa que la protección del niño es en todos los ámbitos, lo que también ha sido señalado en el artículo 4° de nuestra Constitución, al decir el Estado y la sociedad protegen especialmente al niño y el adolescente.

De modo que, los obligados por el principio de interés superior del niño son:

- 1.- Los padres, que incluye a la familia, siendo la primera institución que debe velar por el adecuado desarrollo del niño y el adolescente, desde su nacimiento hasta que alcance su mayoría de edad. Para los padres el principio de interés superior del niño constituye un límite para el adecuado ejercicio de los atributos de la patria potestad, a fin de garantizar sus derechos fundamentales.
- 2.- El Estado, a quien obliga a atender adecuadamente a la niñez. Por lo que, el Estado, a través de sus distintos poderes: ejecutivo, legislativo y judicial, y los órganos constitucionales, debe velar por una adecuada atención y protección de los derechos de los niños y adolescentes.

En ese sentido, la política legislativa, las decisiones de los Juzgado y los órganos administradores, en toda decisión que involucre

derechos de los niños, deben ser teniendo en cuenta el principio del interés superior del niño.

- 3.- La sociedad. Por lo que la sociedad entera obligada a velar por el respeto y la protección de los derechos del niño y del adolescente, conforme a nuestra legislación interna y las normas internacionales de derechos humanos.

Siendo así, el principio de interés superior del niño constituye un mandato y a la vez un límite, tanto para el Estado, los padres y la sociedad en general, que en toda decisión se observe los alcances del principio de interés superior del niño, a fin de garantizar los derechos de los niños y los adolescentes.

#### **7.5. El principio de interés superior en los casos de delito de omisión a la asistencia familiar**

En los procesos de alimentos para menores, innegablemente están involucrados los derechos de los niños y adolescentes. Pues en estos casos se busca la provisión económica necesaria “para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente” (CNA, 2000, artículo 92).

Es decir, se discute sobre la provisión que uno o ambos padres deben dar para sus hijos, a fin de que puedan desarrollarse adecuadamente y vivir una vida digna.

Este derecho se ve afectado cuando el padre o la madre no provee para los alimentos de sus hijos, pues éste no tendrá para poder subsistir, por cuanto “en esta etapa de la vida, los niños no tienen la plena capacidad para valerse por sí mismo, se encuentran en un estado de necesidad natural, requieren de la asistencia, protección y socorro de los padres para

sobrevivir, pues de no ser así estaría condenado a perecer” (Aguilar, 2018, p. 61).

Para casos de incumplimiento de la obligación alimentaria, nuestra legislación prevé la posibilidad de forzar el cobro de los alimentos acudiendo a la vía penal, mediante la denuncia por delito de omisión a la asistencia familiar, donde el padre o madre que incumple con su obligación de alimentar no tiene otra salida que pagar, caso contrario será privado de su libertad, siendo internada en algún centro penitenciario.

En esta parte, la situación tampoco es sencilla. Si bien es cierto que el padre incumplidor o madre incumplidora puede ser recluida en un centro penitenciario como sanción por el delito de omisión a la asistencia familiar, tan cierto también es que este padre o madre dejará en desamparo al mismo menor, pues encontrándose recluido no tendrá ninguna posibilidad de trabajar y poder cubrir la pensión de alimentos, y no solo eso, como muchas veces se ha dado, muchos de estos padres tienen otros hijos en otra familia u otras familias, los cuales también se ven perjudicados.

En ese sentido, en estos casos, en atención al principio de interés superior del niño y adolescentes se hace necesario pensar en otros mecanismos alternativos para hacer cumplir la sanción penal sin afectar los derechos de los niños.

Por ejemplo, en un caso donde pudo haberse perjudicado el hijo con el encarcelamiento de su padre, quien fue procesado por el delito de violación de libertad sexual contra una menor, actualmente madre del menor y pareja estable del procesado, la Corte suprema consideró al principio de intereses superior del niño como una causal de disminución de la punibilidad supra legal, bajo los siguientes argumentos: “El superior interés del niño, en tanto la pena privativa de libertad efectiva afecta la unidad familiar y reprime a quien lo mantiene, se erige en una causal de disminución de la punibilidad supra-legal. En la medida en que el Código

Penal no la incorporó como tal, el ordenamiento contempló la necesidad de tomar en cuenta el interés superior del niño, de suerte que esta exigencia convencional no puede obviarse desde el Derecho penal, por lo que debe ser aplicada precisamente en este ámbito de medición de la pena. La culpabilidad por el hecho se disminuye sensiblemente en este supuesto, lo que debe tener su proyección en la pena concreta, que debe operar por debajo del mínimo de la punibilidad legalmente establecida para el hecho punible o su autor” (R. N. N.º 761-2018/APURÍMAC, Sumilla).

Bajo dichos argumentos, la Corte Suprema impone una pena por debajo del mínimo de la punibilidad legalmente establecida para el hecho punible, le otorga una pena suspendida, a fin de que el procesado cumpla la condena en libertad, y proveyendo para su hogar y sus hijos, en atención al principio de interés superior del niño.

Este fallo y otros similares de la Corte Suprema constituyen antecedentes para buscar mecanismos alternativos para hacer cumplir a los procesados por el delito de omisión a la asistencia familiar sin afectar los derechos de los menores, en salvaguarda del principio del interés superior del niño, niña y adolescente.

## **8. La doctrina jurisprudencial vinculante en el ámbito penal**

### **8.1. Sentencia penal y sentencia casatoria penal**

La doctrina jurisprudencial vinculante se fija en las sentencias casatorias penales, siguiendo los requisitos especiales que la ley prevé para su configuración, por lo que consideramos que es necesario puntualizar lo que es una sentencia penal y una sentencia casatoria penal.

La sentencia penal viene a ser “la resolución judicial definitiva, por la que se pone fin al proceso, tras su tramitación ordinaria en todas y cada una de sus instancias y en la que se condena o absuelve al acusado con todos los efectos materiales de la cosa juzgada” (San Martín, 2017, p. 416).

Frente a la sentencia la parte que no está de acuerdo puede impugnar mediante el recurso de apelación, la que será resuelta por la Sala Penal de apelaciones, ya sea confirmando, revocando o declarando la nulidad de la sentencia apelada. Es cuando, conforme al Código Procesal Penal del 2004, cabe interponer el recurso de casación, la que será resuelta por la Sala Penal de la Corte Suprema, mediante la sentencia casatoria, que viene a ser la resolución de la Sala Penal de la Corte Suprema que resuelve la apelación, sea estimando o desestimando, con observancia del artículo 433 del Código Procesal Penal del 2004.

Cada sentencia casatoria de la Sala Penal de la Corte Suprema constituye resolución de un caso concreto, que en caso de repetirse de manera uniforme y constante va formándose una línea jurisprudencial o doctrina jurisprudencial.

Entendemos por jurisprudencia como un conjunto de decisiones (sentencias) de un tribunal, en este caso de la Sala Penal de la Corte Suprema, respecto a un mismo asunto. Su legitimación viene dada por el “uso reiterado de decisiones judiciales como ejemplo de lo que los tribunales están indicando en una línea de entendimiento” (Zaneti, 2015, p. 324).

## **8.2. La doctrina jurisprudencial vinculante**

La jurisprudencia entendida como el conjunto de decisiones judiciales, relativo a una cierta dirección interpretativa o aplicativa, que al usarse de manera reiterada y uniforme irá formándose una línea o doctrina jurisprudencial, que sin embargo no tendrá carácter vinculante para el resto de los órganos jurisdiccionales, sino solamente constituirá un auxilio interpretativo para el juez o tribunal de grado inferior o el que la produjo, que al sentirse persuadido con el razonamiento contenido en dichos fallos podrá usar para la resolución del caso en concreto a su cargo.

La situación descrita se da por cuanto, en nuestro país, la jurisprudencia constituye fuente material y no formal del derecho, de modo que las

decisiones judiciales por sí solos no tienen alcance general normativo. Por ello, nuestra normativa procesal penal, a través del artículo 433° del Código Procesal Penal del 2004 ha establecido la posibilidad de otorgarle el carácter vinculante a ciertos fallos de la Sala Penal de la Corte Suprema, denominándolos doctrina jurisprudencial vinculante.

Como señala León Pastor (2008) señala que “el precedente judicial es una decisión tomada en un caso, que vincula al Tribunal que la tomó, y a los tribunales inferiores, de tal forma que ante futuros casos similares debe seguirse la misma decisión a partir del mismo criterio básico. Lo que vincula no es la decisión específica, sino el criterio que sirvió para tomar la decisión” (p. 1).

Por ello, como afirma San Martín (2015) estas “pautas hermenéuticas, al desarrollar una concreta institución jurídica y fijar lineamientos para su debida interpretación y aplicación, deben ser seguidas, obligatoriamente, por los jueces del país” (p. 753).

De esta manera, podemos señalar que la doctrina jurisprudencial vinculante en el proceso penal peruano constituye aquella regla jurídica que ha permitido resolver un caso, que, por su singularidad, el razonamiento utilizado debe ser observado por los jueces en lo posterior para resolver controversias similares, atendiendo especialmente a la jerarquía del órgano que la emitió.

La doctrina jurisprudencial vinculante constituye una posición fijada en un caso concreto, que se extiende a los casos similares que se produzcan después, con carácter obligatorio. Uno de estos casos es la sentencia casatoria N° 131-2014-Arequipa, cuyas implicancias jurídicas para los sentenciados por el delito de omisión a la asistencia familiar, cuando la pena suspendida ha sido revocada es que queremos analizar en la presente investigación.

### 8.3. Elementos de la doctrina jurisprudencial vinculante

En la doctrina jurisprudencial vinculante, conocido también como precedente judicial, se reconocen tres elementos: ratio decidendi, obiter dicta y decisum.

#### 8.3.1. La ratio decidendi o razón suficiente

El Tribunal Constitucional, refiriéndose al precedente constitucional, ha señalado que “la razón suficiente expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional” (STC, EXP. N.º 0024-2003-AI/TC).

En ese sentido podemos decir que la ratio decidendi es el razonamiento necesario para alcanzar la conclusión de la sentencia, y está constituido por aquellos argumentos de la parte considerativa de la sentencia judicial que constituyen la base de la decisión del tribunal acerca de la materia sometida a su conocimiento. La regla que se desprende del razonamiento es más amplia que los hechos del caso.

La ratio decidendi constituye aquella consideración determinante que el Tribunal ofrece para decidir estimativa o desestimativamente el caso resuelto, por lo tanto, constituye la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable, por lo tanto, como justificante para resolver la litis.

Por lo que, como señala Guastini (2011) la ratio decidendi o razón suficiente viene a ser “el producto de un proceso de universalización, mediante el cual se reconstruye conjeturalmente una decisión individual bajo una norma general (universal) que la justifique” (Guastini 2011: 262-264).

### 8.3.2. El obiter dicta o razón subsidiaria

El Tribunal constitucional, refiriéndose al precedente constitucional, ha señalado que “la razón subsidiaria o accidental “es aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan” (STC, EXP. N.º 0024-2003-AI/TC).

El mismo tribunal Constitucional ha señalado que la finalidad de los obiter dicta es “proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen (...) orientar la labor de los operadores del derecho mediante la manifestación de criterios que pueden ser utilizados en la interpretación jurisdiccional que estos realicen en los procesos a su cargo; afín de contribuir a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos” (STC, EXP. N.º 0024-2003-AI/TC).

Es decir, el obiter dicta son los hechos y fundamentos que no sean estrictamente necesarios para legar o justificar la decisión, sin embargo, coadyuvan de manera general para proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen.

### 8.3.3. Decisum

Es la decisión o el fallo. Es la parte donde consta la decisión final del tribunal, ya sea estimando o desestimando el caso tratado.

Es la parte final de la sentencia que “de conformidad con los juicios establecidos a través de la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente, la invocación normativa y, eventualmente, hasta en la

razón subsidiaria u occidental, precisa las consecuencias jurídicas establecidas para el caso objeto de examen constitucional” (STC, EXP. N.º 0024-2003-AI/TC).

#### **8.4. Condiciones del uso del precedente vinculante**

Tanto en los procesos judiciales y constitucionales, la naturaleza del precedente tiene una connotación binaria. Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución y demás normas específicas.

En ese contexto, conforme al Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N.º 0024-2003-AI/TC, que también tiene vigencia para el Poder Judicial, “el uso del precedente se sustenta en las condiciones siguientes:

a.- Existencia de relación entre caso y precedente vinculante.

En ese sentido, la regla que con efecto normativo se decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado.

El Tribunal Constitucional o la Corte Suprema no deben fijar una regla con el pretexto de solucionar un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo.

b.- Decisión del Tribunal Constitucional o Corte Suprema con autoridad de cosa juzgada.

La decisión del Tribunal Constitucional o Corte Suprema de establecer que un caso contiene reglas que se proyectan para el futuro como precedente vinculante o doctrina jurisprudencial vinculante se encuentra sujeta a que exista una decisión final; vale decir, que haya puesto fin al proceso. Ello es así, para que la decisión devenga en irrevocable e inmutable.

Asimismo, dicha decisión final debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo; es decir, estimándose o desestimándose la demanda” (STC, Exp. N° 0024-2003-AI/TC, Fundamentos).

El establecimiento de un precedente vinculante no debe afectar el principio de respeto a lo ya decidido o resuelto con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene un precedente vinculante; vale decir, no debe afectar las situaciones jurídicas que gocen de la protección de la cosa juzgada. Por ende, no puede impedir el derecho de ejecución de las sentencias firmes, la intangibilidad de lo ya resuelto y la inalterabilidad de lo ejecutado jurisdiccionalmente.

#### **8.5. Los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante.**

El Tribunal Constitucional, en la sentencia del Expediente N° 0024-2003-AI/TC, que también es vigente para el Poder judicial, estima que “para establecer un precedente vinculante deben concurrir los siguientes supuestos:

- a.- Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- b.- Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
- c.- Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.

d.- Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.

e.- Cuando se evidencia la necesidad de cambiar un precedente vinculante” (STC, Exp. N° 0024-2003-AI/TC, Fundamentos).

### 8.6. Técnicas de la jurisprudencia vinculante

En el uso de las técnicas de doctrina jurisprudencial vinculante o jurisprudencia vinculante, se trabaja generalmente con tres conceptos básicos, a los que se les denomina también técnicas del sistema de precedentes: 1) El *stare decisis*, 2) El *overruling*, y 3) El *distinguish*.

#### 1) El *Stare Decisis*

*Stare decisis* es el nombre abreviado de la doctrina que constituye la esencia del sistema jurídico imperante en los países anglosajones, el sistema *common law*. El nombre completo es *stare decisis et quieta non movere*, que significa “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”.

De modo que la idea principal es el respeto por las decisiones precedentes, por lo que las decisiones tomadas previamente, con carácter vinculante, por otros tribunales que resolvieron un problema semejante, deben ser tomadas en cuenta en los posteriores. Por lo que “la doctrina del *stare decisis* es esencial para el respeto de las sentencias adoptadas por la corte y para la estabilidad del derecho. No obstante, no constituye un comando inexorable” (Águila, 2017, p. 85)

En nuestro derecho, implica la obligación de los jueces de seguir la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, así como la obligación de la misma Corte de seguir su propio criterio de manera uniforme, por lo que para un caso idéntico debe haber igual respuesta.

El stare decisis puede ser:

**a) El stare decisis vertical.-** Es cuando el criterio jurisprudencial dictado por la Corte suprema deben seguir los juzgado de grado inferior.

**b) El stare decisis horizontal.-** Es cuando la propia Corte (conocido también como auto precedente) o Cortes de su mismo nivel se encuentran vinculados por las decisiones jurisprudenciales vinculantes adoptados.

## 2) El distinguishing

Como sabemos la obligación de seguir los precedentes exige su aplicación o su distinción, previa argumentación. Por lo que, la técnica del distinguishing permite “poner en evidencia los aspectos comunes y/o diferencias entre los casos, y en expresar un juicio respecto a si los hechos son sustancialmente iguales o no a los del caso precedente” (Guastini, 2011, pp. 262).

Por lo que a través de esta técnica, al encontrar que las razones que motivó el establecimiento de la doctrina jurisprudencial vinculante no cubren el nuevo caso analizado, se puede apartarse motivadamente. Como señala Águila (2017) “esta herramienta a diferencia del overruling, es aplicado por los tribunales inferiores y constituye la forma como estos pueden apartarse del precedente previamente creado por la Corte Suprema” (p. 91).

El Distinguish es efectuado por otros tribunales o Cortes. Ocurre cuando se logra determinar y justificar que el caso no es sustancialmente igual a aquel que dio origen a un precedente vinculante. Es decir, que existen diferencias reales, no aparentes, entre el primer caso que dio mérito a la doctrina jurisprudencial y el segundo caso,

cuando no tipifica o no lo cubre, por lo que allí no es exigible aplicar el precedente instaurado.

### 3) El overruling

El overruling es una técnica aplicada por los mismos tribunales que crearon el precedente, para apartarse o eliminar un precedente o doctrina jurisprudencial vinculante anterior.

Como manifiesta Schauer (2009) “indica que los tribunales pueden invalidar, ocasionalmente, sus propias decisiones anteriores. Ello implica una actividad argumentativa superior y no solo creer que la decisión pasada es, o estaba, incorrecta. Si para lograr la revocación de un precedente solo fuese necesario creer que la decisión pasada carece de corrección, la vinculatoriedad horizontal perdería sentido. La revocación debe sustentarse en la apreciación actual de un error que está muy por encima del rango de normalidad, sea en su magnitud o en sus consecuencias” (pp. 59-60).

Es decir, el overruling es la posibilidad de cambiar de precedente vinculante, no porque el caso no sea sustancialmente igual, sino porque habiendo sido adecuado en una situación concreta, luego de un determinado tiempo, el Tribunal o la Corte estima que el precedente debe ser cambiado. La doctrina jurisprudencial vinculante establecida por la Corte Suprema, debe ser cambiada por la misma corte que la estableció.

#### 8.7. Obligatoriedad de la doctrina jurisprudencial vinculante

Como señala Castillo Alva (2008) “los precedentes son resoluciones en las que una cuestión jurídica ha sido discutida y resuelta anteriormente por el tribunal, la cual puede aplicarse a los casos similares, por lo que vienen a constituir los criterios interpretativos que han sido utilizados por otros órganos judiciales en la resolución de casos iguales a los que se enfrenta el

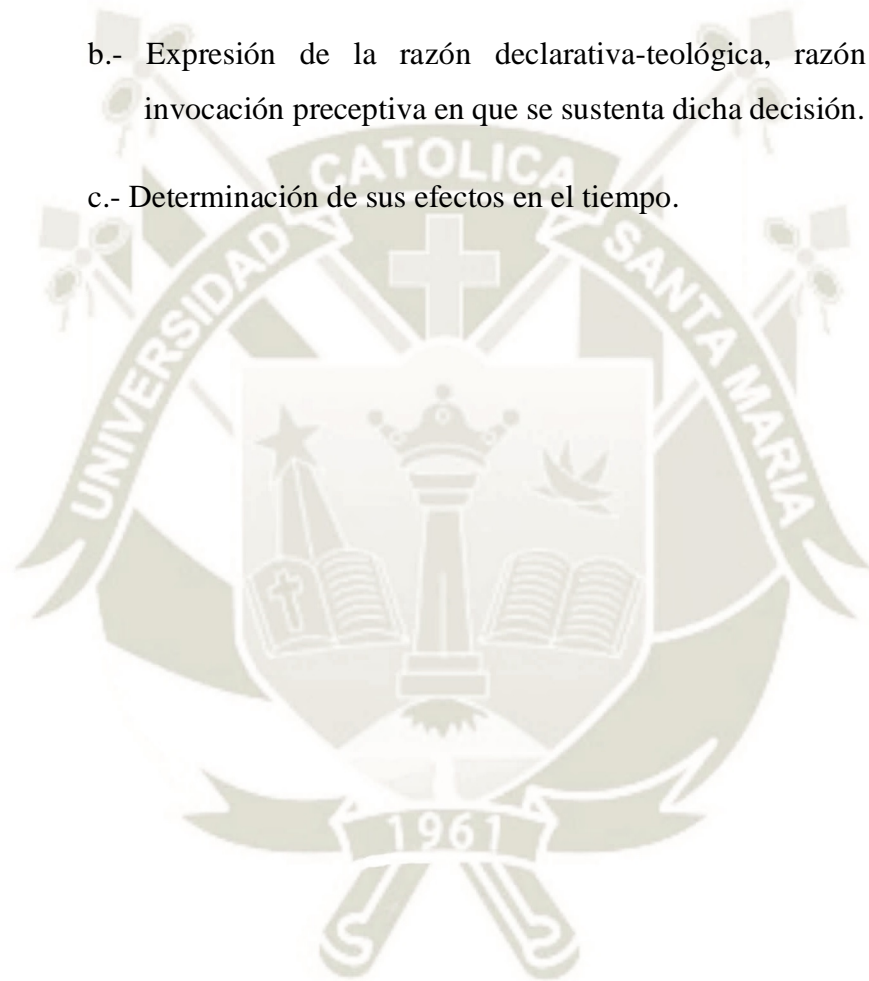
juez” (Castillo, 2008, p. 5), por lo que, “es evidente que en aras de garantizar la igualdad y la seguridad jurídica, estos fallos, en determinados supuestos y bajo específicas características, deben tener efectos vinculantes” (San Martín, 2015, p. 753).

La obligatoriedad es necesaria a fin de mantener la seguridad y estabilidad jurídica en la administración de justicia, por lo que “la existencia de precedentes vinculantes no vulnera la alegada independencia de los jueces, puesto que este es, en esencia, el que realiza los valores de igualdad, de coherencia y de continuidad del ordenamiento, permitiendo la inserción de las decisiones individuales en contextos más amplios” (San Martín, 2015, p. 754).

Se bien se predica la obligatoriedad de los precedentes o doctrina jurisprudencial vinculante, ésta no tiene carácter inquebrantable, pues como ha señalado el Tribunal Constitucional “los jueces del Poder Judicial, que también son jueces de la Constitución, en la medida en que deben aplicarla como norma suprema del Estado en los casos que conocen, puedan también participar en esta labor -de integración e interpretación en aras de dar una mayor y más amplia protección a los derechos fundamentales. En cualquier caso, las relaciones entre la interpretación del Tribunal Constitucional y la que realice el juez ordinario deben orientarse, en estos casos, por el principio de mayor protección y más amplia cobertura que pueda brindar determinada interpretación en un caso concreto. De este modo, las decisiones del Tribunal Constitucional alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen una mejor protección a los derechos en cuestión, mientras que, si es posible que en un caso concreto la interpretación realizada por el Tribunal puede ser optimizada con la intervención de los jueces del Poder Judicial, el grado de vinculación disminuye a efectos de incorporar la mejor interpretación que objetivamente ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien constitucional determinado” (STC, Expediente N° 4583-2004-PA/TC, F.J. 16).

Es decir, es posible apartarse o cambiar un precedente en aras de dar mayor protección de los bienes constitucionales o derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, se debe observar los siguientes elementos:

- a.- Expresión de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan dicha decisión.
- b.- Expresión de la razón declarativa-teológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión.
- c.- Determinación de sus efectos en el tiempo.



## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** La incidencia de casos en los que el sentenciado después de revocada la pena suspendida por incumplimiento del pago de reparación civil, haya hecho el pago tardíamente y logrado su liberación o conversión de su pena es casi nula, pues durante los años 2017 al 2018 de los 92 internos por delito de omisión a la asistencia familiar, 79 se encuentran en el establecimiento penitenciario por que la suspensión de su pena ha sido revocado, de los cuales 09 han solicitado la ineficacia de la revocación y solo uno ha obtenido respuesta favorable.

**SEGUNDA:** La aplicación de la doctrina jurisprudencial vinculante previsto en la Casación N° 131-2014-Arequipa contraviene los fines de la pena en los delitos de omisión a la asistencia familiar y a su vez vulnera el interés superior del niño, por cuanto no permite recobrar la libertad a pesar de haber pagado el integro de la reparación civil y teniendo en cuenta la escasa lesividad del delito de omisión a la asistencia familiar y la cualidad de poca peligrosidad de los sentenciados la sanción impuesta es desproporcional y no ayuda a su resocialización.

**TERCERA:** Existe la necesidad de regular el cumplimiento tardío de la reparación civil, después de la revocación de la pena suspendida, como un atenuante genérico que le permita al revocado solicitar la conversión de la pena a prestación de servicios comunitarios, con la finalidad de nulificar los alcances de la jurisprudencia vinculante dispuesta en la Casación N° 131-2014-Arequipa, a fin de que el sentenciado pueda cumplir la pena en libertad y poder trabajar para proveer los alimentos del alimentista, sea el agraviado u otros hijos que pudiera tener en otra familia.

## RECOMENDACIONES

**PRIMERA:** Se debe inaplicar la Casación N° 131-2014-Arequipa, en el caso de las personas que se les haya revocado la suspensión de la pena privativa de la libertad por el delito de omisión a la asistencia familiar establecido en el artículo 149° del Código Penal, que hayan cancelado el íntegro de la reparación civil, pues en estos casos, de manera excepcional, este pago debe constituir un atenuante genérico, que permita al revocado solicitar la conversión de su pena privativa de libertad a una de limitativa de derechos, en la modalidad de prestación de servicios comunitarios, cumpliendo los supuestos de procedencia y requisitos establecidos en la ley de la materia, siempre en cuando no se trate de reincidencia o habitual por delito doloso previsto en el artículo 149 de este Código.

**SEGUNDA:** La doctrina jurisprudencial vinculante establecida a través de la Casación N° 131-2014-Arequipa vulnera los fines de la pena y el principio de interés superior del niño, por lo que debe ser modificada, sin embargo como nuestro sistema jurídico no ha establecido un mecanismo legal para modificar una doctrina jurisprudencial vinculante del Poder judicial, es necesario que la misma Corte Suprema emita un nuevo precedente, a través de la aplicación de la técnica del overruling, por el cual los mismos tribunales que crearon el precedente, pueden apartarse o eliminar un precedente o doctrina jurisprudencial vinculante anterior. O en todo caso a través del Poder Legislativo prever mecanismos alternativos que pueda ayudar la posibilidad de que los revocados en mención, puedan acceder a la conversión de su privativa de libertad con servicio comunitario, previo pago del íntegro de la reparación civil.

**TERCERA:** Se debe modificar el artículo 52° del Código Penal, sobre Conversión de Penas Privativas de Libertad, a fin de incorporar un segundo párrafo que regule el pago tardío de la reparación civil efectuado por los revocados por el delito de omisión a la asistencia familiar, como un atenuante genérico, que permita solicitar la conversión de la pena a prestación de servicios comunitarios. Para este efecto presentamos un Proyecto de Ley.

## PROYECTO DE LEY

PROYECTO DE LEY N°: \_\_\_\_\_

Proyecto de ley que propone la incorporación de un párrafo en el artículo 52° del Código Penal, en el caso de revocados por el delito de omisión a la asistencia familia, el cumplimiento tardío de la reparación civil, como un atenuante genérico para solicitar la conversión de la pena a prestación de servicios comunitarios.

El Congresista de la República que suscribe, \_\_\_\_\_, miembro del Grupo Parlamentario \_\_\_\_\_, en ejercicio del derecho de iniciativa conferida por el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, presenta el siguiente proyecto de Ley:

### **I. Fórmula legal**

Por lo expuesto, se somete a estudio el siguiente texto legal:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley Siguiente:

### **PROYECTO DE LEY QUE REGULA, EN EL CASO DE REVOCADOS POR EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIA, EL CUMPLIMIENTO TARDÍO DE LA REPARACIÓN CIVIL, COMO UN ATENUANTE GENÉRICO QUE PERMITE SOLICITAR LA CONVERSIÓN DE LA PENA A PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMUNITARIOS**

#### **Artículo 1. Objeto de la Ley**

Incluir un segundo párrafo al artículo 52 del Código Penal, promulgado mediante el Decreto Legislativa N° 635, previendo el pago tardío de la reparación civil efectuada por los revocados por el delito de omisión a la asistencia familiar, como un atenuante genérico para solicitar la conversión de la pena a prestación de servicios comunitarios.

**Artículo 2°. Incluir el segundo párrafo en el artículo 52° del Código Penal**

(...)

Excepcionalmente, en el caso de las personas a quienes se les haya revocado la suspensión de la pena privativa de la libertad por el delito de omisión a la asistencia familiar previsto en el artículo 149° del Código Penal, la cancelación del íntegro de la reparación civil constituye un atenuante genérico, que permita solicitar la conversión de su pena privativa de libertad a una de limitativa de derechos, en la modalidad de prestación de servicios comunitarios, cumpliendo los supuestos de procedencia y requisitos establecidos en la ley de la materia. Esta norma es inaplicable en los casos de reincidencia o habitual por delito doloso previsto en el artículo 149 de este Código.

**Artículo 3.- Vigencia y aplicación**

La presente Ley rige a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano".

**Artículo 4.- Derogatoria Única**

Deróguense todas las normas que se opongan a la presente Ley.

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS****II. Fundamentos fácticos**

En los Juzgados de Paz Letrado se observa que existen una infinidad de demandas por alimentos para hijos e hijas menores, exigiendo una pensión de alimentos para sus hijos que tuvieron dentro o fuera del matrimonio. Dentro de ellas, hay un porcentaje alto de demandados que no cumplen con lo exigido, por lo que los demandantes tienen que acudir a la vía penal para exigir el cumplimiento de la pensión de alimentos a favor de los alimentistas.

A causa de estos incumplimientos, a niveles de las Fiscalías y los Juzgados se ventilan muchas denuncias por el delito de omisión a la asistencia familiar. Conforme al anuario estadístico del Ministerio Público se tuvo en el año 2017 un

total de 53 656 denuncias y 62 975 denuncias en el año 2018 por omisión a la asistencia familiar.

Asimismo, según el registro del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), a nivel nacional, hasta el mes de diciembre 2017 había 2 478 personas presas por el delito de omisión a la asistencia familiar, que representa el 2.4% de la población penal, y para diciembre del 2018, se tenía una población de 2 684, que representa 2.6% de la Población penitenciaria. En la ciudad de Arequipa, conforme a los registros del INPE, en abril del 2019 se contaba con un total de 92 personas privadas de su libertad por el delito de omisión a la asistencia familiar, de los cuales 79 se encuentran en el penal por que su pena suspendida ha sido revocada, en cumplimiento de lo dispuesto por la Casación N° 131-2014-Arequipa, que con calidad de doctrina jurisprudencial vinculante ha establecido que no puede variarse esta situación por más que el sentenciado pague íntegramente la deuda.

Por otra parte, el artículo 149° del Código Penal, sanciona con una pena que fluctúa entre 01 a 03 años el delito de omisión a la asistencia familiar, y en la mayoría de los casos las penas que se imponen son en promedio de 01 año, por lo que los sentenciados internos no desean pagar la reparación civil y se acogen a beneficios penitenciarios por medio de la redención de la pena por el trabajo al 2x1 que pueden salir libres a los 08 meses sin tener que desembolsar monto alguno a favor de los agraviados propiamente dicho, con lo cual únicamente se perjudica el alimentista agraviado.

Asimismo, el Decreto Legislativa N° 1300, que regula el procedimiento especial de conversión de penas privativas de libertad por penas alternativas en ejecución de condena, entre otras normas especiales sobre la materia no vienen permitiendo que el revocado por la falta de pago de la reparación civil, que también incluye la deuda devengada por alimentos, pueda recobrar su libertad, y tampoco puede acceder a la conversión de la pena. Con lo cual están obligados a permanecer hasta cumplir su pena, perjudicando a los alimentistas, ya sea a los agraviados en el proceso penal, u otros hijos que pudiera tener el padre en otra familia.

Que, por los motivos expuestos, teniendo en cuenta que en estos casos están involucrados niños y adolescentes, en salvaguarda de su interés superior, sería necesario regular que el pago tardío de la reparación civil efectuado por los revocados por el delito de omisión a la asistencia familiar, sea considerado como un atenuante genérico para solicitar la conversión de la pena a prestación de servicios comunitarios, con la finalidad de favorecer al sentenciado a cumplir la pena en libertad y al menor alimentista o alimentistas la posibilidad de continuar gozando de la pensión de alimentos, en salvaguarda de su interés superior.

Consideramos que, al cumplirse una condición, luego de emitida una resolución, esta debería quedar sin efecto, efectuando una interpretación a favor del reo y la libertad, por lo que las resoluciones que revocan la ejecución suspendida de la pena por delitos de menor gravedad como el caso de la omisión a la asistencia familiar, la revocación sería factible de corregir y subsanar, más cuando solo se trata del pago de la reparación civil. Sin embargo, siendo que, conforme a la doctrina jurisprudencial establecida, esto no es posible, entonces el pago aunque tardío de la deuda alimentaria y reparación civil debe ser considerado como una atenuante genérica (Véase la Sentencia Tercera Sala Penal de Apelaciones en el Exp. N° 06094-2014-48-0401-JR-PE-04), que permitiría al sentenciado con revocación de pena, acogerse a la conversión de la pena a prestación de servicios comunitarios, con lo cual tendría la posibilidad de cumplir tanto con la pena que le fue impuesta y el pago de la pensión alimentaria a favor del alimentista.

### **III. Fundamento legal y constitucional**

#### **3.1. Normas constitucionales**

Respecto a los derechos de los niños y adolescentes, el artículo 4 de la Constitución señala que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley” (CP, 1993, artículo 4°).

Asimismo el artículo 6 de la Constitución señala que “la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes, Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad” (CP, 1993, artículo 6).

A través de ello es que se ha consagrado los derechos constitucionales de los niños y adolescente a ser protegidos especialmente, en salvaguarda de su interés superior, sobre todo su derecho constitucional a los alimentos, entendido como lo necesario para el sustento, la habitación, el vestido, la educación, la instrucción y la capacitación para el trabajo, la asistencia médica y la recreación del niño o del adolescente.

En ese sentido, cuando el padre o la madre que no cumple con la obligación alimentaria, y haya sido recluida en un establecimiento penitenciario, por la revocación de una pena privativa de libertad suspendida, no solo se priva al padre o madre, sino también al hijo o hija alimentista, más aún cuando mucho de estos padres tiene otros hijos en otras familias, quienes también se ven perjudicados por la privación de la libertad del que debería proveer para los alimentos de ellos.

Por otra parte, según se tiene estipulado en el artículo 139°, inciso 22 que señala que “el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad” (CP, 1993, artículo 139 inciso 22), concordante con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (PIDCP, artículo 10.3), pues el fin

supremo de la pena es la resocialización, para lo se exige un proceso o tratamiento orientado a un objeto o fin, que no es otra cosa que su rehabilitación y readaptación social, que permita ser considerado apto para ser reincorporado a la comunidad.

En ese sentido, imponer una pena gravosa, de privación de libertad, para un padre o madre deudor alimentario, que es de menor lesividad, no es proporcional ni necesario, por lo que se debería optar por alternativas que ayuden a que esta persona tome consciencia y no vuelva a cometer otro delito, sin incumplir con su obligación.

### **3.2. Normas legales**

El Código Penal, promulgado mediante Decreto Legislativo 635, que regula sobre los delitos y faltas, las penas y los tratamientos alternativos, como también sobre los fines de la pena.

Decreto Legislativo 1300, Decreto Legislativo que regula el procedimiento especial de conversión de penas privativas de libertad por penas alternativas, en ejecución de condena, por lo tanto, aplicable en el presente caso.

Código de los Niños y Adolescentes, promulgado mediante Ley 27337, que regula lo referente a los derechos de los niños, y sobre todo en su norma IX del título Preliminar señala que “en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos” (CNA, 2000, Artículo IX del TP), por lo que, en atención a este principio es procedente considerar que el pago tardío de la reparación civil efectuado por los revocados por el delito de omisión a la asistencia familiar, sea un atenuante genérico para solicitar la conversión de la pena a prestación de servicios comunitarios, y así favorecer al sentenciado a cumplir con la pena en libertad y al menor alimentista o menores alimentistas

la posibilidad de continuar gozando de la pensión de alimentos, en salvaguarda de su interés superior.

#### **IV. ANÁLISIS DE COSTO-BENEFICIO DE LA PROPUESTA**

El objeto del presente proyecto de ley es únicamente la incorporación de un segundo párrafo al artículo 52° del Código Penal, a fin de regular el pago tardío de la reparación civil efectuado por los revocados por el delito de omisión a la asistencia familiar, como un atenuante genérico para solicitar la conversión de la pena a prestación de servicios comunitarios, con la finalidad de favorecer al sentenciado a cumplir la pena en libertad y al alimentista o alimentistas la posibilidad de continuar gozando de la pensión de alimentos, en salvaguarda de su interés superior. Por ello, no significará costo alguno para el Estado, más al contrario permitirá corregir una falencia en la regulación penal actual.

#### **V. EFEECTO DE LA PROPUESTA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

Siendo que la iniciativa legislativa implica únicamente la incorporación de un segundo párrafo al artículo 52 del Código Penal, para permitir el pago tardío de la reparación civil efectuada por los revocados por el delito de omisión a la asistencia familiar, sea considerado atenuante genérica para solicitar la conversión de la pena a prestación de servicios comunitarios.

Lima, 05 de mayo del 2019

## BIBLIOGRAFÍA

- Águila Grados, Guido (2017). El precedente constitucional. Hacia una teoría de precedente en el Perú. Lima: EGACAL
- Aguilar Llanos, Benjamín (2016). Tratado de Derecho de Familia. Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris.
- Avalos Rodríguez, Carlos Constante (2015). Determinación judicial de la pena. Nuevos Criterios. Lima: Gaceta Jurídica.
- Belluscio, César Augusto (2011). Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires: Abelodo Perrot.
- Bringas, Luis Gustavo (2012). La reparación Civil en el proceso Penal. Lima: Pacífico Editores.
- Castillo Alva, José Luis y Castillo Córdova, Luis (2008). El precedente judicial y el precedente constitucional. Lima: ARA Editores.
- Cesano, José Daniel (2009). Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal. Lima: Ara Editores.
- Del Águila Llanos, Juan Carlos (2015). Guía práctica de derecho de alimentos. Lima: Ubi Lex Asesores SAC.
- Espinoza Espinoza, Juan (2016). Derecho de la Responsabilidad Civil. Octava Edición. Lima: Instituto Pacífico.
- Figure, Rubén Enrique (1999). Casuística penal doctrina y jurisprudencia. Argentina: Editorial Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Fontan Balestra, Carlos (1990). Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Heidegger, Francisco R. (2019). El delito de omisión a la asistencia familia. Lima: Instituto Pacífico.

- Gálvez Villegas, Tomas Aladino (2016). La reparación Civil en el Proceso Penal. Análisis, doctrina y jurisprudencia. Tercera Edición. Lima: Instituto Pacífico.
- García Cavero, Percy (2008). Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Lima: Editora Jurídica GrijLey.
- Guastini, Ricardo (2011). Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Meza Torres, Yelena (2018). Código de Niños y Adolescentes Comentado. Lima: Jurista Editores.
- Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes (1996). Derecho Penal, Parte General. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, España.
- Nakazaki Servigón, Cesar (2017). El derecho penal y procesal penal desde la perspectiva del abogado penalista litigante. Lima: Gaceta Jurídica.
- Peña Cabrera Freyre, Alonso (2010). Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. Lima: Idemsa.
- Plácido Vilcachagua, Alex (2015). Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Lima: Instituto Pacífico.
- Prado Saldarriaga, Víctor Roberto (2010). Determinación judicial de la pena y acuerdos penales. Lima: Idemsa.
- Prado Saldarriaga, Víctor (2000). Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú. Lima: Gaceta Jurídica.
- Reyna Alfaro, Luis Miguel (2016). Delitos contra la Familia y de violencia doméstica. Lima: Jurista Editores.
- Rojas Vargas, Fidel (1999). Jurisprudencia penal. Lima: Gaceta jurídica
- Salinas Siccha, Ramiro (2013). Derecho Penal. Parte Especial. Lima: Editorial GrijLey.

- San Martín Castro, César (2015). Derecho procesal penal. Lecciones conforme al Código procesal Penal del 2004. Lima: Instituto nacional de criminología y Ciencias Penales.
- San Martín Castro, César (2006). Derecho procesal penal. Tomo I. Lima: Editorial Jurídica GrijLey.
- Sack Ramos, Sylvia Jacqueline (2014). Responsabilidad civil en el Nuevo Proceso Penal. Ejercicio de la pretensión civil y reparación integral del daño. Lima: Ideas Solución Editorial.
- San Martín Castro, César y Álvarez Olazabal, Elvira María (2007). Delitos contra la Libertad Sexual y Delitos contra la Familia. Lima: Banco Mundial. Proyecto de mejoramiento de justicia.
- Torres Gonzales, Eduardo (2010). El delito de omisión a la asistencia Familiar. Lima: Idemsa.
- Varsi Rospigliosi, Enrique (2011). Tratado de Derecho de Familia. Tomos I - IV. Lima: Gaceta Jurídica.
- Villa Stein, Javier (2014). Derecho Penal. Parte General. Cuarta Edición. Lima: Ara Editores.
- Villavicencio Terreros, Felipe (2013). Derecho Penal. Parte General. Lima: GrijLey.
- Villavicencio Terreros, Felipe (2014). Derecho Penal. Parte especial. Volumen I. Lima: GrijLey.
- Villegas Paiva, Elky (2013). El agraviado y la reparación civil en el nuevo Código Procesal Penal. Lima: Gaceta Jurídica.
- Villegas Paiva, Elky (2014). La Suspensión de la Pena y la Reserva del Fallo Condenatorio. Problemas en su determinación y ejecución. Lima: Gaceta Jurídica.

Zegarra Cabrera, Jessie Tarcila (2018). La Cuantía de la Reparación Civil en la Omisión de asistencia Familiar. Lima: Jurista editores.

### HEMEROGRAFÍA

Aguilar Llanos, Benjamín (2018). Interés superior del niño y Adolescente como criterio predominante y prioritario orientado para resolver conflictos de derecho. En Código de Niños y Adolescentes Comentado. Lima: Jurista Editores.

Beltrán Pacheco, Patricia Janet (2009). El impedimento de salida del país, ¿Una garantía para el cumplimiento de la asignación de alimentos o una afectación a la libertad de tránsito del obligado alimentario? En: Gaceta Constitucional N° 13. Lima: Gaceta Jurídica.

Cayro Cari, Rubén (2014) ¿Es la omisión a la asistencia familiar un delito instantáneo? Tendencias jurisprudenciales adversas a los derechos del niño y del adolescente. En Patria potestad, tenencia y alimentos. Lima: Gaceta Jurídica.

Celis Mendoza (2019). El proceso inmediato en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar. En El delito de Omisión a la Asistencia Familiar. Lima: Instituto Pacífico.

Chang Hernández, Guillermo Andrés (2014). La determinación judicial de la reparación civil en el proceso penal. En Estudios críticos del Derecho Penal peruano. Lima: Gaceta Jurídica.

Chinchay Castillo, Alcides (2016). La Víctima y su Reparación en el Proceso Penal Peruano. En Instituto de Ciencia Procesal Penal. Lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal.

Chunga Hidalgo, Laurence (2019). La convivencia del menor de edad como causal de justificación en el delito de omisión a la asistencia familiar. En El delito de Omisión a la Asistencia Familiar. Lima: Instituto Pacífico. ´

- Dávalos Gil, Enrique Neftalí (2013). Reflexiones en torno al momento jurídico para efectuar la conversión de la pena: a propósito de los delitos de incumplimiento de prestación alimentaria. En Gaceta Penal & procesal penal. Lima: gaceta Jurídica.
- García León, Godofredo André (2019). Omisión a la asistencia familiar. Tres problemas fundamentales. En El delito de Omisión a la Asistencia Familiar. Lima: Instituto Pacífico.
- Gómez Guerra, Amalia Magdalena (2014). Derecho de alimentos para el mayor de edad. En: Patria Potestad, Tenencia y Alimentos. Lima: Gaceta Jurídica.
- Gonzales Fuentes, Cecilia Gabriela (2007). El derecho de alimentos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Lima: Poder Judicial.
- Hernández Alarcón, Christian (2010). Comentarios al artículo 474 del Código Civil: Obligación recíproca de prestar alimentos. En: Código Civil Comentado. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.
- León Pastor (2008). Comentarios a los Precedentes Vinculantes del tribunal constitucional. Recuperado de: <http://www.leonpastor.com/2008/07/precedentes-vinculantes.html>
- Mella Baldovino, Ana Miluska (2014). El derecho alimentario y la Ley N° 30179 que estableció un nuevo plazo de prescripción de la pensión de alimentos. En Gaceta Civil & Procesal civil. Lima: Gaceta Jurídica.
- Miranda Aburto, Elder (2011). La revocación de la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos de omisión a la asistencia familiar. Análisis jurídico penal constitucional sobre la sentencia del caso Giraldo Condori Quispe. En Gaceta Constitucional y procesal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica.
- Miranda Aburto, Elder (2014). La revocación de la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos de omisión a la asistencia familiar: análisis jurídico

penal constitucional sobre la asistencia del caso Giraldo Condori Quispe.  
En Patria potestad, tenencia y alimentos. Lima: Gaceta Jurídica.

Monge Talavera, Luz (2010). Comentarios al artículo 288 del Código Civil: Deber de Asistencia y fidelidad. En Código Civil Comentado. Tomo II. Derecho de Familia. Parte 1. Lima: Gaceta Jurídica

Quila Tipula, Delia y Zavaleta Barrera, Carlos Francisco Raúl (2019). La omisión de Prestación de Alimentos (Delito tipificado en el artículo 149 del Código Penal). En El delito de Omisión a la Asistencia Familiar. Lima: Instituto Pacífico.

Tapia Vivas, Gianina Rosa (2015) ¿Pago de alimentos devengados permite la libertad anticipada en omisión de asistencia familiar? Análisis de la revocación de la suspensión de la pena a partir de la Casación N° 251-2012-La Libertad. En Diálogo con la Jurisprudencia N° 204. Lima: Gaceta Jurídica.

Tello Villanueva, Juan Carlos. (2011). Consumación y requisito de procedibilidad en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria. Gaceta Penal & procesal penal N° 20. Lima: gaceta Jurídica.

Zaneti, Hermes (2015). Precedentes normativos formalmente vinculantes: a formalização das fontes jurisprudenciais. Huancayo: Ius tribuna Año 1, N° 1. Ponencia dictada en el I Congreso Internacional de Derecho Procesal y Arbitraje, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Continental, en la ciudad de Huancayo del 2 al 5 de setiembre de 2015.



**Universidad Católica Santa María**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**  
**Escuela Profesional de Derecho**



**IMPLICANCIAS JURÍDICAS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE ESTABLECIDA EN LA CASACIÓN N° 131-2014-AREQUIPA PARA LOS SENTENCIADOS POR EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR, CUANDO LA PENA SUSPENDIDA HA SIDO REVOCADA. AREQUIPA, 2018.**

Proyecto de Tesis presentada por el  
Bachiller:

**Turpo Sillo, John Alberth**

Para optar el Título Profesional de:

**Abogado**

**Asesor: Dr. Armaza Galdos, Julio Emilio**

**Arequipa – Perú**

**2019**

## I. PREÁMBULO

Se tomó conocimiento de que va en incremento los condenados por delito de omisión a la asistencia familiar, sobre todo debido a la revocación de la suspensión de pena privativa de libertad o reserva de fallo condenatorio, por falta de pago de la reparación civil fijada como regla de conducta en la sentencia condenatoria.

Para los internos cuyas penas han sido revocados, no es fácil liberarse, aunque paguen el íntegro de la reparación civil, pues a la fecha existe la Casación N° 131-2014-Arequipa, que con calidad de doctrina jurisprudencial vinculante establece la revocación de la suspensión de la pena no puede ser a su vez revocada, por cuanto se repara el daño causado por el delito posteriormente a la revocatoria de libertad condicional por incumplimiento de una regla de conducta. La revocación de la ejecución suspendida de la pena privativa de libertad es, a su vez, irrevocable una vez que adquiere firmeza.

La jurisprudencia vinculante de la Corte suprema citada no se condice con los fines constitucionales de la pena, pues no contribuye en la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, sino más bien estaría castigando al deudor alimentario a pesar que tardíamente ha cancelado la reparación civil. Esta situación ha hecho que muchos internos optan por cumplir su condena sin efectuar el pago de la deuda, perjudicando con ello más al menor alimentista y su interés superior.

Considero que, al cumplirse una condición, luego de emitida una resolución, esta debería quedar sin efecto, efectuando una interpretación a favor del reo y la libertad, por lo que las resoluciones que revocan la ejecución suspendida de la pena por delitos de menor gravedad como el caso de la omisión a la asistencia familiar, la revocación sería factible de corregir y subsanar, más cuando solo se trata del pago de la reparación civil. Sin embargo, si conforme a la doctrina jurisprudencial establecida esto no es posible, entonces el pago, aunque tardío de la deuda alimentaria y reparación civil debe ser considerado como una atenuante genérica (Véase la Sentencia Tercera Sala Penal de Apelaciones en el Exp. N° 06094-2014-48-0401-JR-PE-04), que permitiría al sentenciado con revocación de

pena acogerse a la conversión de su pena a prestación de servicios comunitarios, con lo cual tendría la posibilidad de cumplir tanto con la pena que le fue impuesta y el pago de la pensión alimentaria mes por mes a favor del alimentista.

Es por ello que nos planteamos la presente investigación con la finalidad de analizar implicancias jurídicas de la doctrina jurisprudencial vinculante establecida en la Casación N° 131-2014-Arequipa para los sentenciados por el delito de omisión a la asistencia familiar cuando la pena suspendida haya sido revocado por incumplimiento de una regla de conducta: Falta de pago de la reparación civil, una vez cumplido con este pago tardíamente. Una vez determinada las implicancias jurídicas indicadas, plantear una propuesta normativa para corregir esta situación a fin de que el pago tardío efectuado sirva como un atenuante genérico y permita al sentenciado solicitar la conversión de su pena a servicios comunitarios, como una forma de favorecer el logro de los fines de la pena y respeto al principio de interés superior del menor alimentista.

## II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

### 1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

#### 1.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

IMPLICANCIAS JURÍDICAS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE ESTABLECIDA EN LA CASACIÓN N° 131-2014-AREQUIPA PARA LOS SENTENCIADOS POR EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR, CUANDO LA PENA SUSPENDIDA HA SIDO REVOCADA. AREQUIPA, 2018.

#### 1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

##### 1.2.1. CAMPO, ÁREA Y LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

- a. Campo : Ciencias jurídicas.
- b. Área : Derecho Penal y Familia
- c. Línea : Implicancias jurídicas de la Doctrina Jurisprudencial Vinculante establecida en la Casación N° 131-2014-Arequipa

##### 1.2.2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES
<b>Variable Independiente</b> SENTENCIADOS POR EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR CON PENA SUSPENDIDA QUE HA SIDO REVOCADA.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Incumplimiento de obligaciones alimentarias</li> <li>• Situación de los revocados por incumplimiento del pago de reparación civil, que hayan cancelado tardíamente la reparación civil</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Cantidad de procesos de alimentos</li> <li>- Incumplimiento de pago de alimentos</li> <li>- Población penitenciaria por el delito de OAF</li> <li>- Se declaró fundada el requerimiento de ineficacia</li> <li>- Se declaró infundada el requerimiento de ineficacia</li> </ul>
<b>Variable Dependiente</b> IMPLICANCIAS JURÍDICAS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE ESTABLECIDA EN LA CASACIÓN N° 131-2014-AREQUIPA.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Aplicación de la doctrina jurisprudencial vinculante previsto en la Casación N° 131-2014-Arequipa</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Afectación de los fines de la pena: reeducación, rehabilitación y reincorporación a la sociedad</li> <li>- Afectación del interés superior del alimentista</li> </ul>

### 1.2.3. INTERROGANTES DE INVESTIGACIÓN

1. ¿Cuál es la incidencia de casos en los que el sentenciado después de revocada la suspensión de la ejecución de pena por incumplimiento del pago de reparación civil, haya hecho el pago tardíamente y logrado su liberación o conversión de su pena?
2. ¿La aplicación de la doctrina jurisprudencial vinculante previsto en la Casación N° 131-2014-Arequipa vulnera el interés superior del menor y vulnera los fines de la pena en los delitos de omisión a la asistencia familiar?
3. ¿Existe la necesidad de regular el cumplimiento tardío de la reparación civil, después de la revocación de la pena suspendida, como un atenuante genérico para solicitar la conversión de la pena a prestación de servicios comunitarios?

### 1.2.4. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

- **Tipo** : Documental
- **Nivel** : Descriptivo – Explicativo

### 1.2.5. JUSTIFICACIÓN

La Casación N° 131-2014-Arequipa, que con calidad de doctrina jurisprudencial vinculante ha establecido que en los delitos de omisión a la asistencia familiar, la revocación de la suspensión de la pena no puede ser a su vez revocada, por cuanto se repara el daño causado por el delito posteriormente a la revocatoria de libertad condicional por incumplimiento de una regla de conducta. Con ello, la revocación de la ejecución suspendida de la pena privativa de libertad lo ha convertido en irrevocable, por lo tanto ha puesto en imposibilidad de recobrar su libertad del sentenciado, hasta cumplir con todo el plazo.

Consideramos que esta jurisprudencia vinculante no se condice con los fines constitucionales de la pena, pues no contribuye en la

reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, por lo que muchos internos optan por cumplir su condena sin efectuar el pago de la deuda, perjudicando con ello más al menor alimentista y su interés superior. Es donde analizar las implicancias jurídicas de la indicada casación cobra su importancia.

Por ello, nuestra investigación se justifica, porque tiene:

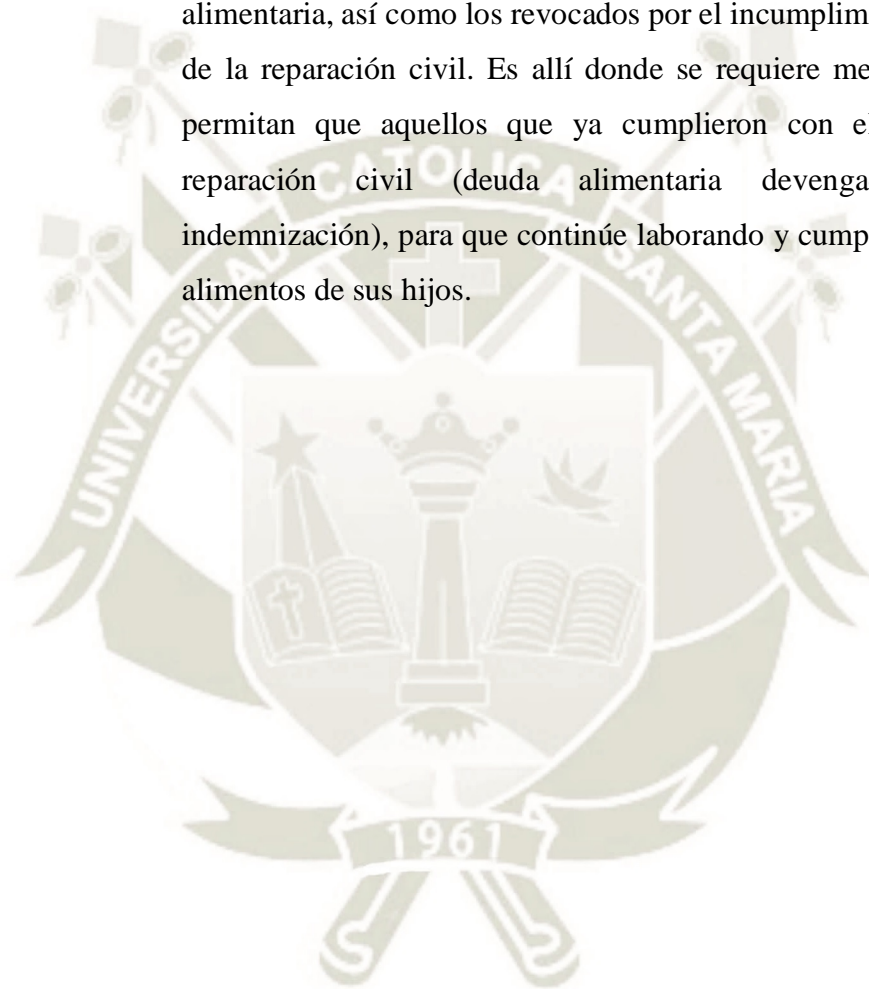
**Relevancia Jurídica**, porque el delito de omisión a la asistencia familiar, el cumplimiento de las penas, la revocación de las penas suspendidas, los alcances de la Casación N° 131-2014-Arequipa, se enmarcan en el ámbito jurídico, por lo que tiene relevancia jurídica, más teniendo en cuenta que los alimentos es un derecho fundamental de los alimentistas.

**Relevancia Científica**, ya que las razones por las cuales se ha seleccionado el tema de la presente investigación, es la emisión de la doctrina jurisprudencial vinculante a través de la Casación N° 131-2014-Arequipa, que establece que en los delitos de omisión a la asistencia familiar, la revocación de la suspensión de la pena no puede ser a su vez revocada. Con ello, no se logra los fines constitucionales de la pena, pues no contribuye en la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, más bien se perjudica al menor alimentista y su interés superior. Por lo que analizar las implicancias de la indicada Casación es importante y nos dará luces para proponer alternativas de solución.

**Relevancia Humana**, porque por las razones antes expuestas, los resultados de la presente investigación beneficiarán a los padres y los hijos, pues el padre o madre privado de libertad recobrará podrá externarse de los centros penitenciarios a través de la conversión de su pena a prestación de servicios comunitarios, luego poder volver a desempeñar sus labores, cumplir con sus obligaciones, entre ellos trabajar y proveer para los alimentos de sus hijos. Para el hijo, por

cuanto recibiría sus alimentos oportunamente, en salvaguarda de su interés superior.

**Relevancia Contemporánea**, porque el tema que analizamos es actual, pues en estos últimos años se viene incrementando más y más los casos de sentenciados por incumplimiento de la obligación alimentaria, así como los revocados por el incumplimiento del pago de la reparación civil. Es allí donde se requiere mecanismos que permitan que aquellos que ya cumplieron con el pago de la reparación civil (deuda alimentaria devengada más la indemnización), para que continúe laborando y cumpliendo con los alimentos de sus hijos.



## 2. MARCO TEÓRICO

### 2.1. Los alimentos y la deuda alimentaria

#### 2.1.1. Los alimentos

El artículo 472° del Código Civil nos dice que “se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo” (Código Civil, 1984, artículo 472).

Asimismo, conforme al artículo 92° del Código de Niños y Adolescentes, “se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto” (CNA, 2000, artículo 92°).

A nivel doctrinal, Gómez Guevara (2014) nos dice que alimentos es “todo aquello que le permite al beneficiario alimentista satisfacer sus necesidades básicas (alimentos, educación, vivienda, transporte, vestido, asistencia médica, esparcimiento, etc.), es inherente a la persona y es, por lo tanto, un derecho imprescriptible. Es decir, es todo lo necesario para la subsistencia y poder llevar una vida digna” (p. 184)

Conforme lo descrito podemos decir que alimentos constituyen el sustento elemental o necesario para atender la subsistencia de una persona, sobre todo de los niños y adolescentes, para permitir su desarrollo integral. No abarca solamente la comida, sino todo lo que sea de ayuda para poder vivir y desarrollarse dignamente.

### **2.1.2. Obligado alimentaria**

La obligación alimentaria constituye un “deber impuesto jurídicamente a una persona de asegurar la subsistencia de otra persona” (Cornejo, 1999, p. 568).

Similarmente Aguilar Llanos (2008) nos dice que la obligación alimentaria “constituye un deber jurídicamente impuesto a una persona de atender la subsistencia de otra” (p. 25).

De modo que, la obligación alimentaria constituye una obligación legalmente impuesta a cierta persona para atender la subsistencia de otra. Por ello, en caso de incumplimiento, el alimentista tiene derecho para exigirle su cumplimiento en las instancias correspondientes.

### **2.1.3. Deudor y acreedor alimentarios**

Conforme al artículo 475 del Código Civil los alimentos se prestan entre sí por los cónyuges, por los descendientes, por los ascendientes y por los hermanos. Mientras, conforme al artículo 102 del Código de los Niños y Adolescente es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos. Por ausencia de estos, prestan alimentos en el orden siguiente: los hermanos mayores de edad, los abuelos, los parientes colaterales hasta el tercer grado y otros responsables del menor (tutor o guardador).

Por otra parte, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, los sujetos que tienen derecho a alimentos son los menores de dieciocho años. Si se trata de una persona de más edad a la citada, solo tiene derecho a los alimentos cuando no se encuentre en aptitud de atender su subsistencia (artículo 473 C.C.) o, en su caso, siga estudios superiores con éxito (artículo 483 C.C.). Asimismo, tiene derecho a los alimentos los cónyuges entre sí, los ascendientes, descendientes y los hermanos (artículo 474 C.C.).

#### **2.1.4. Incumplimiento de la obligación alimentaria**

Conforme a nuestro derecho sustantivo, los alimentos deben satisfacerse en dinero o en especies, según como haya sido fijado en la sentencia judicial o hayan convenido conciliatoriamente. No cumplir con esta obligación acarrea sanciones de diversa índole, desde previsiones civiles hasta las protecciones de orden penal.

Nuestra legislación entiende el incumplimiento de la obligación alimentaria como “la Omisión de Asistencia Familiar”.

Reye Ríos (1999) “los alimentos constituyen un factor indispensable para la vida, sin los cuales el individuo perecerá indefectiblemente, y en el caso de que no sean suficientes, se verá limitado en su desarrollo integral, físico mental y psicológico, por cuya razón considero que toda omisión en su cumplimiento es un verdadero atentado contra los Derechos Humanos” (p. 775).

El incumplimiento de obligación alimentaria se produce cuando el alimentante u obligado incumple su obligación de prestar alimentos en favor del alimentista, ya sea que este haya sido fijado en sentencia o en conciliación, y este incumplimiento hace peligrar la salud, vida o integridad personal del alimentista.

#### **2.1.5. Sanción del incumplimiento de la obligación alimentaria**

En nuestro país la ley establece sanciones al obligado que incumple con pasar los alimentos a favor del alimentista, entendiéndolo como el delito de la Omisión de Asistencia Familiar.

Fidel Rojas (1999) nos dice que “la Omisión de Asistencia Familiar se produce cuando el obligado incumple dolosamente su obligación alimentaria judicialmente declarada” (p. 679).

## **2.2. El delito de omisión a la asistencia familiar**

### **2.2.1. Delito de omisión a la asistencia familiar**

Enrique Figare señala que “el incumplimiento de los deberes de la asistencia familiar entra dentro de los tipos omisivos en los cuales el titular del bien jurídico protegido se encuentra en una situación de peligro, de modo que el legislador impone al obligado, por razones de solidaridad, cumplir con una conducta determinada y que frente a tal situación que genera el deber de actuar haya tenido posibilidad real y efectiva de cumplimentar con dicho mandato, con lo que se interrumpiría o modificaría un curso causado con el objetivo de disminuir el riesgo corrido por el sujeto pasivo” (p. 315).

El delito de omisión a la asistencia familiar “se configura cuando el agente intencionalmente omite cumplir su obligación de prestar alimentos, establecido en una resolución judicial como pensión alimentaria después de agotado un proceso sumarísimo sobre alimentos” (Salinas, 2013, p. 454).

Es decir, comete delito de omisión a la asistencia familiar, el que voluntariamente, sin justificación ni motivo legítimo alguno, dejare de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes legales inherentes a la patria potestad, tutela o matrimonio.

### **2.2.2. Estructura de delito de omisión a la asistencia familiar**

#### **a) Tipo penal**

La figura delictiva de incumplimiento doloso de obligación alimentaria aparece tipificada en el artículo 149 del Código Sustantivo que ad literal indica: "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 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" (Código Penal, 1991, artículo 149).

#### **b) Bien jurídico protegido**

Reyna Alfaro (2016) señala “el injusto de este delito en la infracción de los deberes familiares de índole asistencial económico” (p. 154)

Salinas Siccha (2013) indica que “En efecto, el bien jurídico que se pretende tutelar al tipificar este ilícito, es el deber de asistencia, auxilio o socorro que tienen los componentes de una familia entre sí. Aquel deber se entiende como la obligación que se tiene que cumplir con los requerimientos económicos que sirvan para satisfacer las necesidades básicas de supervivencia de determinados miembros de su familia (p. 458)

#### **c) Tipicidad objetiva**

Salinas Siccha (2013) señala que “se configura cuando el agente dolosamente omite cumplir su obligación de prestar alimentos, establecido previamente en una resolución judicial como pensión alimenticia después de agotado un proceso sumarísimo sobre alimentos. Esto es, realizo el hecho típico aquella persona que teniendo conocimiento que por resolución judicial consentida tiene la obligación de pasar una pensión alimenticia a favor de otra, omite hacerlo” (p. 454)

En ese sentido, el sujeto activo puede ser cualquier persona que este judicialmente obligada a prestar una pensión alimenticia fijada previamente por resolución judicial. Conforme a nuestra legislación, el sujeto activo en específico pueden ser los padres, abuelos, hijos, hermanos, tíos, o cualquier otra persona que incumpla con la obligación

alimentaria, siempre con la condición de estar obligado a pasar pensión en mérito a una resolución judicial.

El sujeto pasivo es aquella persona beneficiaria de la pensión alimentaria mensual por mandato de resolución judicial. Conforme a nuestra legislación también pueden ser abuelos, padres, hijos, hermanos, entre otras personas conforme a un mandato legal y resolución judicial.

#### **d) Tipicidad subjetiva**

Salinas Siccha (2013) dice que “El tipo penal exige la presencia del elemento subjetivo dolo para la configuración del injusto penal. no es posible la comisión por imprudencia o culpa” (p. 465)

Reyna Alfaro (2016) señala que “si el delito de omisión de asistencia familiar es doloso, quiere decir que el agente debe tener consciencia respecto de la totalidad de elementos objetivos del tipo analizados previamente. Es admisible tanto el dolo directo como el dolo eventual” (p. 166).

Es decir, es un delito que exige dolo para su comisión.

#### **e) La Pena**

La pena establecida para este delito es conforme al tipo base, una pena privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.

En el caso de simulación de otra obligación, renuncia o abandono de trabajo, la pena oscila entre no menor de uno ni mayor de cuatro años.

De presentarse la circunstancia agravante de lesión grave en el sujeto pasivo, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años; en caso de muerte, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años

## **2.3. La acción penal y la pena en el delito de omisión a la asistencia familiar**

### **2.3.1. La acción penal en el delito de omisión a la asistencia familiar**

La acción penal en el delito de omisión a la asistencia familiar se da como producto del incumplimiento de una obligación alimentaria fijada mediante sentencia en un proceso de alimentos, el Juez de Paz Letrado o Juez de Familia remite al Ministerio Público copias certificadas previo requerimiento al obligado, a fin de que dé origen a un proceso penal que tiene como fin la aplicación de una pena o medida de seguridad y además la reparación civil del daño causado.

En ese sentido, el Ministerio Público es el titular de la acción penal, quien previa investigación fiscal, formula la acusación ante el Juez Penal, para que previo un proceso con las debidas garantías emite sentencia, donde determinándose la comisión del delito de omisión a la asistencia familiar impone una pena al imputado, la que puede ser efectiva o suspendida.

### **2.3.2. La pena en el delito de omisión a la asistencia familiar**

En general, como señala Villa Stein la pena “es un castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho y a causa de dicha infracción” (Villa, 2014, 551).

Es “una sanción legal y una consecuencia jurídica del delito que se aplica siempre al agente de infracción dolosa; el juzgador para imponerla debe haber corroborado la imputación con medios idóneos y suficientes que demuestren la culpabilidad del autor en su sentido amplio de responsabilidad penal, de lo contrario, se afectaría el principio constitucional de la presunción de inocencia señalado en el literal “e” del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado (R.N. N° 187-2004-Junín).

Nuestro Código Penal no define la pena, sin embargo, a través de su artículo 28° nos dice que las penas aplicables de conformidad con el mencionado Código son:

- a.- Penas privativa de libertad
- b.- Penas restrictivas de libertad
- c.- Penas limitativas de derechos; y
- d.- Penas de multa.

De esta clasificación de las penas, por la naturaleza del presente trabajo de investigación nos interesan las penas privativas de libertad (artículo 29 y 29-A del Código Penal) y las limitativas de derechos, en su modalidad de prestación de servicios a la comunidad (Artículo 31 del Código Penal), toda vez que la pena establecida para el delito de omisión a la asistencia familia son estas (artículo 149 del Código Penal).

La pena privativa de libertad “consiste en la limitación coactiva de la libertad de movimiento mediante el internamiento en un establecimiento penitenciario” (García, 2008, 691), y conforme señala el artículo 29° del Código Penal “la pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua”. En caso de ser temporal, podrá tener una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años; mientras en la cadena perpetua será hasta la muerte del sentenciado.

La pena de prestación de servicios a la comunidad es aquella que “obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras, siempre que sean públicos” (Artículo 34 del Código Penal).

### **2.3.3. Fines de la pena**

La finalidad que cumple la pena ha sido fijada desde nuestra Constitución. Pues a través del numeral 22) de su artículo 139° establece que “el régimen

penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad” (Constitución, 1993, artículo 139, numeral 22). Lo cual también es recogida a nivel legal mediante el artículo IX del título Preliminar del Código penal y el artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal.

En cualquier delito, la pena como “sanción legal y consecuencia del delito” (Prado, 2010. 35), está destinado a reeducar al sentenciado, y a través de ello y con ayuda profesional rehabilitarlo y hacer que pueda reincorporarse a la sociedad.

De modo que, los fines de la pena obran como fin superior de la imposición de la pena, por lo que la imposición de una pena no puede ser como acto de crueldad y reciprocidad, sino el de rehabilitación y resocialización del sentenciado, para la reinserción social.

## **2.4. La sentencia y su ejecución en los procesos por el delito de omisión a la asistencia familiar**

### **2.4.1. La sentencia en el delito de omisión a la asistencia familiar**

Conforme al Código Procesal Penal del 2004, al concluir el proceso penal por omisión a la asistencia familiar emitirá sentencia donde en su parte resolutive debe contener la “mención expresa y clara de la condena o absolución de cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les haya atribuido” (artículo 394 del Código procesal penal).

En caso que la sentencia es absolutoria, el juez se pronunciará motivadamente sobre la liberación del imputado; mientras, la sentencia condenatoria “fijará, con precisión, las penas o medidas de seguridad que correspondan y, en su caso, la alternativa a la pena privativa de libertad y las obligaciones que deberá cumplir el condenado. (...). La sentencia condenatoria decidirá también sobre la reparación civil, ordenando – cuando corresponda- la restitución del bien o su valor y el monto de la

indemnización que corresponda” (Artículo 3999 del Código Procesal Penal).

#### **2.4.2. La suspensión de la ejecución de la pena en el delito de omisión a la asistencia familiar**

El artículo 57° del Código Penal señala que “el juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación. 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años. La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384° y 387°” (Código Penal, 1991, artículo 57). Es decir, el Juez para otorgar la suspensión de la condicionalidad de la pena primero verifica el cumplimiento de los requisitos formales previstos en el Artículo 57° de nuestro Código Penal.

En ese sentido, siendo que el delito de omisión a la asistencia familiar prevista en el artículo 149 del Código Penal se sanciona con penas no mayores a 4 años, es posible que el juez pueda suspender la ejecución de la pena, por su puesto fijándose las correspondientes reglas de conducta establecidos en el artículo 58° del Código penal, entre ellos, lo dispuesto en su numeral 4°, que establece reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo.

#### **2.4.3. La reparación civil como regla de conducta en la sentencia por el delito de omisión a la asistencia familiar**

Conforme al artículo 92° del Código Penal, “la reparación civil se determina conjuntamente con la pena” y conforme al artículo 92° de la misma normativa “la reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios”.

En ese sentido, en el campo del derecho penal, como señala Alcides Chinchay (2007) “la reparación civil es nada más ni nada menos aquella suma de dinero que permitirá que la persona dañada pueda restaurar las cosas al estado anterior a la vulneración (o se vea compensada, si ello no es posible)” (p. 215).

En el proceso penal, el Juez, al dictar sentencia, también se pronuncia sobre la reparación civil. Así, conforme al numeral 4) del artículo 58° del Código Penal, al suspender la ejecución de la pena, el Juez debe imponer como una de las reglas de conducta: “Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo”. Es decir, la reparación civil que incluye el pago de las pensiones devengadas y la indemnización, debe cumplirse como una regla de conducta, cuyo incumplimiento puede ser causal para la revocación de la pena.

#### **2.4.4. Revocación de la suspensión de pena por incumplimiento de reglas de conducta**

El Código Penal en su artículo 59° señala que “si durante el período de suspensión el condenado no cumpliera con las reglas de conducta impuestas o fuera condenado por otro delito, el Juez podrá, según los casos: 1. Amonestar al infractor; 2. Prorrogar el período de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado. En ningún caso la prórroga acumulada excederá de tres años; o 3. Revocar la suspensión de la pena.” (Código Penal, 1991, artículo 59).

En ese sentido, el incumplimiento de las reglas de conducta impuestas en la sentencia que suspende la ejecución de la pena, entre ellos el reparar los daños ocasionados por el delito establecidos en el numeral 4) del artículo 58° del Código Penal puede acarrear la revocación de la pena suspendida, para el cual no existe requisito de procedibilidad, sino basta con incumplimiento de reglas de conducta, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, en el Expediente N.° 02512-2016-PHC/TC, Arequipa, que señala “respecto al alegato de que no existe un requerimiento de pago de la reparación civil, previo a la revocación de la suspensión de la pena, este Tribunal ha precisado, conforme a la normativa penal, que no se requiere de ningún requisito de procedibilidad previo, para la revocación de la suspensión de la pena, por lo que basta que se configure la falta de cumplimiento de las reglas de conducta o la condena por la comisión de otro delito. Asimismo, este Tribunal también considera que, a partir de la lectura de sentencia que quedó firme, el recurrente tiene conocimiento de que, si no cumple con las reglas de conducta, se le revocará la suspensión de la pena privativa de la libertad. En consecuencia, el juez demandado actuó de acuerdo a las facultades otorgadas en su calidad de juez del Tercer Juzgado de investigación Preparatoria de Arequipa” (STC, Exp. N.° 02512-2016-PHC/TC, F. J. 8)

#### **2.4.5. Conversión de la pena efectiva prestación de servicios comunitarios**

Conforme al artículo 52° del Código penal, 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, o la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad, o limitación de días libres, a razón de un día de privación de libertad por un día de multa, siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres.

Igualmente, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, convertir la pena privativa de libertad en pena de vigilancia electrónica personal, a razón de

un día de privación de libertad por un día de vigilancia electrónica personal, en concordancia con el inciso 3 del artículo 29°-A del presente Código.

De esta manera en los delitos de omisión a la asistencia familiar, donde la pena no sobrepasa los cuatro años, podría el sentenciado solicitar la conversión de la pena, y en nuestro caso postulamos que sería a la pena de prestación de servicios comunitarios, con ello el sentenciado después de haber aprendido que cumplir la pena por el delito cometido habrá internalizado que mejor es cumplir con el pago de la obligación alimentaria que endeudarse y volver a ser condenado a pena privativa de libertad.

### 3. ANTECEDENTES

Como antecedentes podemos señalar lo siguiente:

- **Ponte Simón, Diana Mercedes (2017). *Omisión a la asistencia familiar y la prisión efectiva, distrito judicial del Callao, años 2012-2014, Tesis para optar el Grado Académico en Derecho Penal y Procesal Penal, en la Universidad de Cesar Vallejo*, entre sus conclusiones más resaltantes, señala:**

“Se ha observado que la prisión efectiva no es un mecanismo para alcanzar el cumplimiento de la pensión alimenticia en los delitos de la omisión a la asistencia familiar, salvo que se pueda imponer el trabajo forzado y producto de ello se pueda cumplir con el pago de los alimentos y devengados, lamentablemente nuestro ordenamiento legal no lo estipula. Asimismo, la prisión efectiva en la mayoría de los casos no ayuda a que se cumpla con la prestación alimentaria por parte del obligado, solo hacer que se castigue la omisión, pero el alimentista seguirá sin recibir su pensión de alimentos pudiendo caer en estado de peligro por falta de alimentación, vulnerándose el derecho a la alimentación. Por lo tanto, se puede observar que en los casos del delito de omisión a la asistencia familiar no hay voluntad de pago por parte del imputado, caso contrario no estaría inverso en un proceso penal. Cabe indicar que la acción dolosa por parte del imputado al no cumplir con

la prestación alimenticia vulnera el bien jurídico protegido que es la familia, porque tanto el menor alimentista como la familia en general quedan desprotegidos económicamente como moralmente ante tal incumplimiento de pensión de alimentos” (p. 78).

Lo cual mantiene relación con nuestro trabajo, cuando señala que la prisión efectiva no ayuda a que el interno no pueda cumplir con pagar la deuda y que el alimentista sigue sin recibir el pago, y será de mucha utilidad.

- **Sánchez Rubio, Pedro Vinculación y D’Azevedo Reátegui (2014).** *Omisión de asistencia familiar como vulneración del derecho alimentario de los hijos*, Tesis para optar el Grado Académico en Ciencias Penales, en la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana, entre sus conclusiones más resaltantes, señala:

“Se determinó que si al obligado se le encarcela por el incumplimiento de la pensión alimenticia se pueden dar dos supuestos muy preocupantes. Uno si el obligado es el único sustento de la familia alimentista y no cuenta con bienes, así que el embargo es inefectivo y otro, si se le condena a prisión efectiva no habrá nadie que pueda sostener a la familia” (p. 59).

Lo cual mantiene relación con nuestro trabajo, cuando señala que si se le condena a prisión efectiva no habrá nadie que pueda sostener a la familia, incluido en este caso el alimentista. Ello nos hace ver que si la prisión a pena efectiva no favorece al menor, esto es aún más cuando la deuda y la indemnización ya han sido pagadas, aunque de manera tardía.

- **Bustamante Bautista, Keila del Pilar y Romero Sánchez, Magali (2018).** *Índice de cumplimiento del pago de la reparación civil fijada como regla de conducta en el delito contra la familia – omisión a la asistencia familiar. Diagnóstico y propuesta en la Corte Superior De Justicia de Cajamarca, durante el período 2012 a 2014*, en la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca, entre sus conclusiones más importantes señala:

“Se determinó que el índice de cumplimiento del pago de la reparación civil fijada como regla de conducta en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar donde no hay constitución en actor civil y se otorgó una pena suspendida en los procesos en ejecución en los Juzgados de Investigación Preparatoria del Distrito Judicial de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca en el período 2012 a 2014 es bajo, por cuanto solo el 24.07% cumple con dicho pago”.

Esta conclusión mantiene relación con nuestro trabajo, por cuanto si los que cumplen con el pago de la reparación civil fijada como regla de conducta en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar asciende al 24.07 %, entonces 75.93% incumplen. Esta situación se da la mayoría de los departamentos de nuestro país, incluido el nuestro. Por lo que será información importante para la ejecución de nuestra investigación.

- **Álvarez Rodríguez, Anghela Leidy y Grados Sánchez, Luis Fernando (2016). *La revocación de la suspensión de la ejecución de la pena por incumplimiento del pago de la reparación civil en las sentencias de la Corte Superior de Justicia de la Libertad en los años 2012-2014 y el principio de proporcionalidad, en la Universidad Nacional de Trujillo*, entre sus conclusiones más resaltantes, señala:**

“La revocación de la suspensión de la ejecución de la pena por incumplimiento del pago de la reparación civil, vulnera el principio de proporcionalidad por cuanto infringe el derecho fundamental a la libertad del sentenciado al no superar el subprincipio de necesidad existiendo otra medida igual eficaz y menos lesivas para el derecho a la libertad que es la utilización del mecanismo de carácter civil como el embargo” (Primera conclusión)

“Se observa que una vez revocado la suspensión de la ejecución de la pena y el sentenciado procedía a realizar el pago de la reparación civil correspondiente, la solicitud de la conversión de la pena o libertad personal fueron todas denegadas” (Octava conclusión).

Los cuales mantienen relación con nuestro trabajo, cuando señala que el pago de la relación civil después de la revocación de la suspensión de la pena, es problema en todos los procesos penales, y en el caso específico del delito de omisión a la asistencia familiar (nuestro caso).



#### 4. OBJETIVOS

- 1) Determinar la incidencia de casos en los que el sentenciado después de revocada la suspensión de la ejecución de pena por incumplimiento del pago de reparación civil, haya hecho el pago tardíamente y logrado su liberación o conversión de su pena.
- 2) Precisar que la aplicación de la doctrina jurisprudencial vinculante previsto en la Casación N° 131-2014-Arequipa vulnera el interés superior del menor y vulnera los fines de la pena en los delitos de omisión a la asistencia familiar.
- 3) Evaluar la existencia de la necesidad de regular el cumplimiento tardío de la reparación civil, después de la revocación de la pena suspendida, como un atenuante genérico para solicitar la conversión de la pena a prestación de servicios comunitarios.

#### 5. HIPOTESIS

**DADO QUE**, la Casación N° 131-2014-Arequipa, ha establecido con calidad de doctrina jurisprudencial vinculante que la revocatoria de la suspensión de la pena no puede ser a su vez revocada, por cuanto se repara el daño causado por el delito posteriormente a la revocatoria de libertad condicional por incumplimiento de una regla de conducta, **ES PROBABLE QUE** se contraviene con los fines de la pena y se afecta el interés superior del menor alimentista, pues el sentenciado por el delito de omisión a la asistencia familiar ha perdido toda posibilidad de recuperar su libertad, a pesar de haber pagado tardíamente la reparación civil, después de revocación de la pena privativa de libertad suspendida a efectiva.

### III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

#### 1. Técnicas, instrumentos de verificación

##### 1.1. Precisión

- **Técnicas**
  - Observación documental
- **Instrumentos**
  - Ficha de observación documental estructurada

##### 1.2. Cuadro de Coherencias

VARIABLES	INDICADORES/SUB INDICADORES	TÉCNICAS/INSTR.
<p><b>Variable Independiente</b></p> <p>SENTENCIADOS POR EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR CON PENA SUSPENDIDA QUE HA SIDO REVOCADA.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Incumplimiento de obligaciones alimentarias</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Cantidad de procesos de alimentos</li> <li>- Incumplimiento de pago de alimentos</li> <li>- Población penitenciaria por el delito de OAF</li> </ul> </li> <li>• <b>Situación de los revocados por incumplimiento del pago de reparación civil, que hayan cancelado tardíamente la reparación civil</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Se declaró fundada el requerimiento de ineficacia</li> <li>- Se declaró infundada el requerimiento de ineficacia</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Observación Documental</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ficha de Observación Documental estructurada</li> </ul> </li> </ul>
<p><b>Variable Dependiente</b></p> <p>IMPLICANCIAS JURÍDICAS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE ESTABLECIDA EN LA CASACIÓN N° 131-2014-AREQUIPA.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Aplicación de la doctrina jurisprudencial vinculante previsto en la Casación N° 131-2014-Arequipa                     <ul style="list-style-type: none"> <li>- Afectación de los fines de la pena: reeducación, rehabilitación y reincorporación a la sociedad</li> <li>- Afectación del interés superior del alimentista</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Observación Documental</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ficha de Observación Documental estructurada</li> </ul> </li> </ul>

### 1.3. Prototipo de Instrumentos

#### MODELO DE FICHA DE OBSERVACION DOCUMENTAL

#### MODELO DE FICHA DE OBSERVACION DOCUMENTAL

<b>FICHA DE OBSERVACION N°.....</b>		
INSTITUCION: _____		
DOCUMENTO: _____		
INDICADOR: Situación de los revocados por incumplimiento del pago de reparación civil, que hayan cancelado tardíamente la reparación civil		
Sub Indicadores N° Expediente	Se declaró fundada el requerimiento de ineficacia	Se declaró infundada el requerimiento de ineficacia

## 2. Campo de verificación:

### 2.1. Ubicación espacial

El estudio se realizará en el ámbito nacional.

### 2.2. Ubicación Temporal

El horizonte temporal del estudio está referido al año 2017-2018.

### 2.3. Unidades de Estudio:

Las unidades de estudio están constituidas por los 38 casos de internos cuya pena suspendida fueron revocados por incumplimiento de reparación civil (pago de deudas alimentarias devengadas más indemnización) y actualmente vienen cumpliendo pena efectiva.

- **Universo:**

79 casos de internos cuya pena suspendida fueron revocados por incumplimiento de reparación civil (pago de deudas alimentarias devengadas más indemnización) y actualmente vienen cumpliendo pena efectiva.

01 Casación de la Corte Suprema: Casación N° 131-2014-Arequipa

- **Muestra**

No es necesario obtener la muestra dado que nuestra universo o población es pequeña.

## 3. Estrategia de recolección de datos

### 3.1. Organización

- Para efectos de la recolección de datos, se coordinará con el Decano Directores y docentes de la Facultad de ciencias jurídicas y políticas.
- Se efectuará las coordinaciones correspondientes con el Poder judicial y del Instituto Nacional Penitenciario, así como con otras instituciones si fuera necesario.
- Para la recolección de datos se utilizará Fichas de Observación documental estructurada. Una vez recolectado los datos, estos de sistematizarán estadísticamente para efectuar el análisis, interpretación y conclusiones finales.

### 3.2. Validación del instrumento

Para la validación del instrumento consistente en la Ficha de Observación Estructurada se realizó una prueba piloto en una pequeña población conformada por Magistrados, mediante la cual se han corregido algunos errores y se encuentran listos para su utilización.

### 3.3. Criterios para el manejo de resultados

Los datos recolectados se sistematizarán en cuadros y gráficos estadísticos, para presentarlo adecuadamente el informe, apoyándome con un ordenador y programa EXCEL.

## IV. CRONOGRAMA DE TRABAJO

ACTIVIDADES	2018			2019		
	OCT	NOV	DIC	ENE	FEB	MAR
Preparación del proyecto	XXXXXX					
Aprobación del proyecto		XXXXXX				
Recolección de Información			XXXXXXX			
Preparación del Borrador				XXXXXXX		
Conclusiones y Sugerencias					XXXXXXX	
Presentación final del informe						XXXXXXX

## V. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Llanos, Benjamín (2016). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris.
- Belluscio, César Augusto (2004). *Manual de Derecho de Familia*. Tomo I y II. Buenos Aires: Ediciones Astrea.
- Chinchay Castillo, Alcides (2007). *La víctima y su reparación en el proceso penal peruano. En Dialogo con la Jurisprudencia N° 108*. Lima: gaceta Jurídica.
- Cornejo Chávez, Héctor (1999). *Derecho Familiar Peruano*. Lima: gaceta Jurídica.
- Figure, Rubén Enrique (1999). *Casuística penal doctrina y jurisprudencia. Argentina: Editorial Ediciones Jurídicas Cuyo*.
- Hernández Alarcón, Christian (2003). *Comentarios al artículo 474 del Código Civil: Obligación recíproca de prestar alimentos. En: Código Civil Comentado*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.
- García Cavero, Percy (2008). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Editora Jurídica GrijLey.
- Josseraand, Louis. *Derecho Civil*. Tomo I. Volumen II. Pág. 303
- López Díaz, Carlos (2005). *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*. Tomo II. Santiago: Ediciones Librotecnia.
- Prado Saldarriaga, Víctor Roberto (2010). *Determinación judicial de la pena y acuerdos penales*. Lima: Idemsa.
- Reyes Ríos, Nelson (1999). *Derecho alimentario en el Perú: propuesta para desformalizar el proceso*. En Revista de Derecho N° 52. Lima: Pontificia Universidad católica del Perú.
- Reyna Alfaro, Luis Miguel (2016). *Delitos contra la Familia y de violencia doméstica*. Lima: Jurista Editores.

Rojas Vargas, Fidel (1999). *Jurisprudencia penal*. Lima: Gaceta jurídica

Salinas Siccha, Ramiro (2013). *Derecho Penal. Parte Especial*. Lima: Editorial GrijLey.

Varsi Rospigliosi, Enrique (2011). *Tratado de Derecho de Familia*. Tomos I - IV. Lima: Gaceta Jurídica.

Villa Stein, Javier (2014). *Derecho Penal. Parte General*. Cuarta Edición. Lima: Ara Editores.

