UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL

TESIS

"VIABILIDAD DE LA DESCRIMINALIZACIÓN DEL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR EN EL MARCO DEL CÓDIGO PENAL PERUANO"

PRESENTADA POR:
BACH. POMA AVELLANEDA, Carlos César

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO PENAL

HUANCAYO - 2019

“VIABILIDAD DE LA DESCRIMINALIZACIÓN DEL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR EN EL MARCO DEL CÓDIGO PENAL PERUANO”

RESUMEN

El problema general de la investigación planteada fue: ¿Es viable la descriminalización del delito de la omisión de asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano?, siendo su objetivo general: Determinar si es viable la descriminalización del delito de la omisión de asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano. La hipótesis general planteada fue: Sí es viable la descriminalización de la omisión de asistencia familiar, tipificado en el Art. 149° del Código Penal, por aplicación del principio de intervención mínima del Derecho Penal.

Los métodos generales que se utilizaron fueron el método inductivo-deductivo, tipo de investigación jurídica social, diseño no experimental y transversal o transeccional, siendo su nivel de investigación de carácter explicativo, de enfoque dogmático jurídico para su desarrollo.

Como resultado principal se menciona que se logró determinar que sí es viable la descriminalización de la omisión de asistencia familiar, tipificado en el Art. 149° del Código Penal, por aplicación del principio de intervención mínima del Derecho Penal, haciendo posible que dicha conducta sea reprochada ya no a nivel penal, sino por otros medios de control social.

PALABRAS CLAVES: Descriminalización, delito de omisión a la asistencia familiar, tipo penal, principio de intervención mínima del Derecho Penal.

ABSTRACT

The general problem of this is: is the decriminalization of the crime of omission of family assistance feasible, within the framework of the Peruvian Criminal Code?, its general objective being: to determine whether the decriminalization of the crime of omission of family assistance is viable , within the framework of the Peruvian Criminal Code. The general hypothesis was that: it is feasible to decriminalize the omission of family assistance, typified in Article 149 of the Criminal Code, by application of the principle of minimum intervention of Criminal Law.

The general methods that were used were the inductive-deductive method, of the type of social legal research, of non-experimental and transversal or transectional design, being its level of investigation of an explanatory nature, of a legal dogmatic approach to its development.

The main result is that it was possible to determine that the decriminalization of the omission of family assistance, typified in Article 149 of the Criminal Code, is feasible, by application of the principle of minimum intervention of Criminal Law, making it possible for such conduct to be reproached no longer at the criminal level, but by other means of social control.

KEY WORDS: Decriminalization, Crime of omission to family assistance, criminal type, principle of minimal intervention of Criminal Law.

ÍNDICE

CAPÍTULO I 1
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 1
1.1. Fundamentación del problema 1
1.2. Formulación del problema 4
1.2.1. Problema principal. 4
1.2.2. Problemas secundarios. 4
1.3. Objetivos de la investigación 4
1.3.1. Objetivo general 4
1.3.2. Objetivos específicos 4
1.4. Justificación de la investigación. 5
1.5. Importancia de la investigación 5
1.6. Delimitación de la investigación 6
1.6.1. Delimitación espacial 6
1.6.2. Delimitación temporal 6
1.6.3. Delimitación conceptual 6
1.7. Alcances de la investigación. 6
1.8. Limitaciones de la investigación 6

CAPÍTULO II 8
2. BASES TEÓRICAS 8
2.1. Antecedentes de la investigación 8
2.2. Bases teóricas 15
2.2.1. La familia en su sentido jurídico y su protección constitucional 15
2.2.2. Concepción del derecho a la asistencia alimentaria 20
2.2.3. El delito de omisión a la asistencia familiar 32
2.2.4. La criminalización, el derecho penal y las relaciones familiares 45
A. En el Código penal 59
B. En el Código procesal penal 60

CAPÍTULO III 70
3.HIPÓTESIS 70
3.1. Hipótesis 70
3.1.1. Hipótesis general 70
3.1.2. Hipótesis específicas 70

CAPÍTULO IV 71
4. MÉTODOS 71
4.1. Nivel, tipos y enfoque de investigación. 71
4.1.1 Descripción del nivel de investigación 71
4.1.2. Descripción del tipo de investigación 71
4.2 Método y diseño de la investigación. 72
4.2.1. Método de investigación. 72
4.2.2. Diseño de investigación. 73
4.3. Población y muestra 74
4.4. Instrumentos y fuentes de recolección de datos 74
4.4.1. Criterios de validez y confiabilidad de los instrumentos 74
4.5.1. Procesamiento de datos 75

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA 87

INTRODUCCIÓN

El problema general de la investigación planteada fue: ¿Es viable la descriminalización del delito de la omisión de asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano?, siendo su objetivo general: Determinar si es viable la descriminalización del delito de la omisión de asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano. La hipótesis general planteada fue: Sí es viable la descriminalización de la omisión de asistencia familiar, tipificado en el Art. 149° del Código Penal, por aplicación del principio de intervención mínima del Derecho Penal.

Los métodos generales que se utilizaron fueron el método inductivo-deductivo, tipo de investigación jurídica social, diseño no experimental y transversal o transeccional, siendo su nivel de investigación de carácter explicativo, de enfoque dogmático jurídico para su desarrollo.

La presente tesis se encuentra estructurada en los siguientes capítulos:

Capítulo I: ***Planteamiento del problema;*** se exponen de manera secuencial la caracterización y descripción del problema y la formulación respectiva, luego se definen los objetivos de la investigación, se plantean las justificaciones y se hace referencia a las delimitaciones de la investigación.

Capítulo II: ***Marco teórico;*** se describen en primer lugar los antecedentes teóricos y las bases teóricas científicas de las variables en estudio, seguido por la exposición del marco legal y el eco filosófico con el carácter de búsqueda y reflexión sobre el tema de investigación que se desarrolla.

Capítulo III: ***Hipótesis;*** se plantea el diseño y construcción de la hipótesis general y de la descripción de las hipótesis específicas.

Capítulo IV: ***Metodología de la investigación;*** se constituye en una de las partes más importantes de la investigación; se hace referencia a la naturaleza, tipos, diseños y métodos de investigación, también se realiza la descripción del método, diseño de investigación y el nivel de medición de las variables, y las técnicas de procesamiento de datos.

Los siguientes Capítulos V, y VI se refieren a los resultados obtenidos y a la discusión del mismo. Por último, se halla la bibliografía y anexos de la investigación respectivamente.

Esperando que la presente investigación, cubra las expectativas académicas de la Unidad de Posgrado, pongo a su consideración para los alcances que determinen su mejora continua, que es pertinente a la naturaleza y esencia de la ciencia.

EL AUTOR

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Fundamentación del problema

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

Olivari (2016) manifiesta que el supuesto de padres que ya estaban desocupados al momento de reclamarles los alimentos y que no poseían otros ingresos o rentas, al momento de asignar las cuotas, si este no las puede cumplir no mereceria la cárcel, en contra de la falta de ingresos, el desempleo probado y la pobreza del padre o madre, no existe coerción ni sansiones que valgan para lograr el pago de la cuota.

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

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

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

Además, la ejecución de la pena efectiva no soluciona el conflicto generado en la familia, más al contrario la agrava no solo al padre o a la madre irresponsable, sino también al resto de sus familiares que sufren el efecto del encarcelamiento (encierro) al ver que el obligado pierde el trabajo, los ingresos económicos, les genera antecedentes para su reinserción, observándose que el Estado no está siendo capaz de resolver el conflicto

generado en el delito de Omisión de Asistencia Familiar, sino que viene agravando, por ello, es necesario el estudio para conocer o buscar la viabilización de la descriminalización del delito de Omisión de Asistencia Familiar, para que el Estado de una respuesta rapida y eficaz en el pago de las pensiones alimenticias, bajo otras alternativas que permitan cumplir la obligación alimentaria, como que el mismo juez civil o de paz letrado que declara fundada una demanda de prestación de alimentos que señala una pensión alimenticia mensual a favor de la víctima, sea el mismo que ejecute su sentencia, mediante el mecanismo de la retensión del obligado en caso de incumplimiento en un centro penitenciario hasta su cancelación del monto liquidado y/o acumulado, sin que ello, le genere antecedentes penales, pues una vez cumplida el pago en cualquier momento debe ser liberado de su retensión, la cual permita una mejor tutela de la víctima, y que contribuya a proteger a la familia.

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

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

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema principal

¿Es viable la descriminalización del delito de la omisión de asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano?

1.2.2. Problemas secundarios

a. ¿Qué factores normativos posibilitan la descriminalización del delito de la omisión de asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano?

b. ¿Qué factores sociales posibilitan la descriminalización del delito de la omisión de asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano?

c. ¿Qué factores económicos posibilitan la descriminalización del delito de la omisión de asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano?

1.3. Objetivos de la investigación

1.3.1. Objetivo general

Determinar si es viable la descriminalización del delito de la omisión de asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano.

1.3.2. Objetivos específicos

Oe1: Determinar qué factores normativos posibilitan la descriminalización del delito de la omisión de asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano.

Oe2: Establecer qué factores sociales posibilitan la descriminalización del delito de la omisión de asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano.

Oe3: Determinar qué factores económicos posibilitan la descriminalización del delito de la omisión de asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano.

1.4. Justificación de la investigación

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

Los beneficiados directos son los alimentistas, ya que como se explicó anteriormente si un padre que estando en libertad no daba dicha pensión, estando en la cárcel definitivamente se pierde; esta investigación también buscará otras alternativas como incautación de bienes, trabajo comunitario en caso de que el progenitor no tenga trabajo y pueda así pagar su deuda, y también la retención de pagos, etc.

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

1.5. Importancia de la investigación

Los propósitos de la investigación y su alcance respectivo permitieron logros en los siguientes aspectos:

- Proponer la descriminalización del delito de omisión a la asistencia familiar en el sistema penal peruano.
- Proponer soluciones alternativas a la criminalización del delito de omisión a la asistencia familiar.
- Proponer a nivel dogmático la regulación extra penal de la obligación alimentaria.

1.6. Delimitación de la investigación

1.6.1 Delimitación espacial

La investigación se desarrolló en la ciudad de Huancayo.

1.6.2 Delimitación temporal

La investigación comprendió el periodo de investigación de enero a diciembre del 2018.

1.6.3 Delimitación conceptual

El alcance teórico está ligado al artículo 149 del Código Penal Peruano considera como infracción punible al delito de Omisión a la Asistencia Familiar y lo sanciona con una pena privativa de libertad, es donde esta investigación buscó no solo fundamentar a nivel dogmático, sino también alternativas que permitan descriminalizar dicha omisión.

1.7. Alcances de la investigación

La investigación se desarrolló principalmente en un enfoque dogmático, ya que la propuesta es de carácter teórica, porque dicha descriminalización del delito de omisión a la asistencia familiar no se encuentra actualmente regulada en el ordenamiento jurídico peruano. Así, la presente investigación se ubica desde un aspecto metodológico en el enfoque cualitativo, por ello, se ha considerado haber estudiado diferentes las diferentes corrientes doctrinales sobre la despenalización de la omisión a la asistencia familiar.

1.8. Limitaciones de la investigación

- Escasez de tiempo para la ejecución de la investigación.
- Poca accesibilidad de biblioteca actualizada en las facultades de Derecho de la ciudad de Huancayo.
- Escasez de bibliografía actualizada en la ciudad de Huancayo en métodos de

investigación jurídica.

- Poca accesibilidad de información estadística de la Corte Superior de Justicia de Huancayo.

CAPÍTULO II

BASES TEÓRICAS

2.1. Antecedentes de la investigación

Como antecedentes de la investigación se referencian los siguientes trabajos:

A nivel local no se hallaron investigaciones relacionadas a la temática objeto de la presente.

A nivel nacional se citan las siguientes investigaciones:

La tesis de (Sánchez, y otros, 2014) titulada "*Omisión de asistencia familiar como vulneración del derecho alimentario de los hijos*", sustentada en la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana, en la ciudad de Iquitos. En esta tesis se tuvo como propósito básico tratar de aclarar, ciertos conceptos y dogmas en relación a la omisión de asistencia familiar, y como ella vulnera el orden socioeconómico de la unidad familiar, el bien jurídico protegido es el alimentista, la esposa, el esposo, la concubina, los hijos matrimoniales, hijos extramatrimoniales y los hermanos, siendo la pretensión que el bien jurídico proteja a los antes mencionados en el delito de omisión de asistencia familiar. Asimismo, fijó como otro objetivo: conocer los alcances del bien jurídico en el delito de omisión a la asistencia

familiar, teniendo en cuenta que tanto en la doctrina y la jurisprudencia existen más de dos posiciones la agravante (doloso) y la atenuante (carecer de recursos económicos) con el propósito de evaluar si el delito de la asistencia vulnera el derecho y la unidad familiar, analizar los otros supuestos, bienes jurídicos protegidos por la doctrina, jurisprudencia y la casuística y analizar expedientes en relación a estos temas penales en la Corte Superior de Justicia de Loreto.

Como objetivo planteó: cuáles son los criterios para el establecimiento del delito de omisión a la asistencia familiar, empleó el método científico, de tipo de investigación básico, empleó como instrumento de investigación el cuestionario. Respecto de la presente tesis, a nivel comparativo, puede mencionarse que la misma ha establecido la forma en que se punibiliza el delito de omisión a la asistencia familiar, considerando que este delito si bien es muy recurrente en nuestro país, no se ha visto reducido de forma significativa en los últimos años, sino más bien, sucede que este delito se mantiene como uno de los tipos delictuales en los que incurre la delincuencia, y que por ello no sólo se debe plantear una reforma estrictamente anclada en el tipo penal, sino también desde una perspectiva de la política criminal del Estado. Esta investigación hizo hincapié en que el criterio de que, a mayor punibilidad del delito de omisión de asistencia familiar, esto generará que sólo exista mayor hacinamiento en los penales, sin que efectivamente se logre una solución correcta y pertinente, que respete el derecho fundamental de los penados por este tipo de delitos.

La tesis desarrollada por (Fiestas, 2016) titulada: "*La aplicación del principio de oportunidad en la solución del conflicto, respecto a los delitos de omisión de*

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

Como objetivo planteó que: determinar los fundamentos jurídicos sobre la omisión a la asistencia familiar y la despenalización, utilizó como método de investigación el método inductivo-deductivo, de tipo de investigación básico, de nivel de investigación descriptivo; en cuanto al aspecto comparativo, se puede mencionar que: ante esta situación, a nivel procesal el delito de omisión a la asistencia familiar podría incoarse por razones de celeridad procesal en el principio de oportunidad como vía procesal para que no existan mayores dilaciones innecesarias al proceso que menoscaben a fin de cuentas el carácter sustantivo del derecho alimentario, y en especial, del acreedor alimentario, que viene a ser el menor, según también lo ha previsto la legislación internacional. De tal manera que

¿la citada investigación sirve para contextualizar de mejor manera los graves errores que existen al momento de reprimir los casos de omisión a la asistencia familiar, ya que afecta seriamente las garantías y los derechos de los imputados.

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

Establece como objetivo de investigación, determinar los factores que ocasionan el incumplimiento de la obligación alimentaria, utilizando como método de investigación el método de análisis-síntesis, de tipo de investigación jurídica social, de nivel de investigación correlacional, utilizando como instrumento de investigación la ficha de observación; en cuanto al aspecto comparativo puede referirse que: la omisión a la asistencia familiar es un problema que no sólo ocurre en nuestra legislación, sino que viene a constituir un problema que se suscita en

diferentes países del mundo, y que cada Estado ha adoptado un criterio de solución jurídica para tratar de disminuir o erradicar este tipo de conductas, siendo la vía penal la que se ha enmarcado como un criterio más rígido como una manifestación más grave del control social que puede disponer el Estado, por ello en diferentes legislaciones se advierte una tipificación expresa del referido delito, siendo el quantum de la penal una cuestión variable de legislación en legislación. Asimismo, debe colegirse que aquí lo relevante se ha mostrado como el hecho de tipificar adecuadamente el delito de omisión a la asistencia familiar, constituyendo una manifestación del Estado por tutelar el derecho alimentario de los menores de edad principalmente.

A nivel internacional se referencian las siguientes investigaciones:

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

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

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

La tesis de (Leal, 2015) titulada: "*Cumplimiento e incumplimiento de la obligación de alimentos. Expectativas de reforma*", sustentada en la Universidad de Chile, en la ciudad de Santiago de Chile. En esta investigación se pretendió establecer de qué manera se cumple con la obligación alimentaria de prestar alimentos, señalando que existe un mayor cumplimiento de la obligación alimentaria en el caso de los niveles socioeconómicos más altos, y que no existe un mayor cumplimiento de la obligación alimentaria en el caso de los estratos de clase media y

baja, esto considerando el reporte estadístico brindado por el Instituto de Investigación Estadística en el año 2014, demostrando con este dato que es importante evaluar si la omisión alimentaria debe mantenerse como un tipo penal, ya que pueden existir posibilidades normativas que consideren establecer a la omisión a la asistencia familiar como un elemento extrapenal y sino más bien sólo civil.

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

2.2. Bases teóricas

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

Establecer una definición o acercamiento conceptual a lo que representa la familia desde el derecho resulta tarea importante, ya que la misma ayuda a entender de mejor modo el contexto de las prestaciones que se establecen en relaciona al vínculo familiar, las mismas que encuentran una regulación bastante extendida en nuestro ordenamiento, desde la Constitución Política vigente, el código civil, el código penal y de forma más reciente en el tiempo, el código de los niños y adolescentes. Es por ello, que en este acápite nos dedicaremos a establecer algunas breves percepciones sobre el contenido y objeto de la familia desde una perspectiva jurídica.

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

Una aproximación al concepto de familia se puede revisar en lo vertido por (Flores, 2002), quién explica que la familia es el grupo de personas que se encuentran unidas por una razón de parentesco o afinidad, como puede ser el matrimonio o la filiación, y que en virtud de estas, se reconocen entre aquellas deberes sancionados por la norma, siendo uno de ellos el caso concreto de

nuestro estudio, el deber de proveer alimentos. En ese sentido señala el citado autor que el círculo familiar puede pues, resultar extenso bajo el sustento de la condición que vincule a las personas, las cuales pueden ser de carácter legítimo, ilegitimo, naturales o ficticios, como el caso de la adopción.

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

El derecho de familia es entonces parte del Derecho Civil extrapatrimonial porque regula conductas interpersonales propias del sujeto en un ámbito familiar, esto hace que su estudio implique como un aspecto temático el estudio de los alimentos, propiamente de la obligación alimentaria que tiene el progenitor sobre el alimentista.

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

Así, indica (Plácido, 2006) que esta acepción del conjunto familiar, "es el que mayor relevancia tiene en el mundo jurídico; de modo que las relaciones que configuran su condición se encuentran reguladas por el derecho civil y en particular, por el derecho de familia" (p. 85); siendo extensiva también, su mención en el denominado derecho alimentario; así como también con fines

hereditarios, de modo que no resulta exigible, como expresa también (Plácido, 2006) que haya exigencia del requisito de la vida en común.

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

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

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

Para (Díaz, 2000), la institución familiar representa una de carácter "social, permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por

vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación" (p. 194).

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

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

El desarrollo histórico y constitucional de la protección de la institución familiar tiene sus primeros antecedentes, al menos en el denominado derecho continental a mediados del siglo XX, en Alemania; cuya base normativa estuvo categorizada y representada por el famoso texto constitucional de Weimar, suscrito hacia 1919. En esta carta fundamental, que es reconocida por muchos como el primer intento nato en el reconocimiento del rol protector del Estado con la familia, se establecieron que las relaciones fundamentales familiares eran objeto de protección estatal por estos considerados como aspectos inherentes al desarrollo humano, en primer término, y social de forma más mediata.

Empero, de su análisis, se puede también destacar, la visión programática que el texto e impregnaba a la institución de la familia, en cuyo sustento, la

misma se pretendía identificar como producto entero del matrimonio, como acto fundacional diremos. Así pues, la constitución de Weimar, reconocía y protegía básicamente un modelo familiar, diríase tradicionalmente nuclear, que como quedo expresado en (Plácido, 2006) se entiende una estructura restringida del grupo familiar, esto es, padre, madre e hijos.

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

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

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

La interpretación que de la familia se puede tener en lo escrito en la carta magna, configura a la familia más que un mero conjunto de personas vinculadas. En efecto, como indica (Plácido, 2006), la configuración actual de nuestro modelo constitucional, respecto de la interpretación y protección

jurídica de la familia, hace más que aludir a una simple unidad programada socialmente para la convivencia social, sino que aún mas allá, expande su concepción, aun sobresaliendo de conceptos como el amor el cariño, la ayuda mutua y la solidaridad mutuas, entendiendo que estas relaciones, más o menos estables, son en su carácter práctico mucho más complejas, aunque reconoce a las primeras como bases fundamentales para la formación de la institución familiar.

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

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

2.2.2. Concepción del derecho a la asistencia alimentaria

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

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

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

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

asistencia médica, vestido y en general aquello que sea imprescindible para vivir.

Un fundamento similar lo encontramos en lo señalado por (Varsi, 2013) para quien el derecho de alimentos "resulta una conexión intrínseca al ser humano siendo que en consecuencia se configura como un derecho de carácter imprescriptible" (p. 71); lo que implica, que quién conjure o solicite su acceso, no ha de perderlos aun el tiempo haya podido transcurrir sin haber podido reclamar. En ese sentido, reflexiona el citado autor que este carácter imprescriptible el cual caracteriza al derecho alimentario, y a su incoación se encuentra fundado en naciente y en constante renovación, que se derivan de la propia naturaleza del ser humano, esto es, lo que significa su desarrollo y el posterior incremento de sus necesidades.

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

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

La cuestión referida al derecho de alimentos guarda una estrecha relación con el sustento propio del alimentista que a nivel dogmático se plantea, de ahí

que si bien esta conducta últimamente ha sido reconocida a nivel normativo en el sistema jurídico penal, esto no debe entenderse como una suerte de imperativo penal que siempre existió a nivel delictual, lo que podría significar que ahora a partir de su replanteamiento y nuevo enfoque podría hacer valer para descriminalizar dicha conducta.

Por su parte, la postura expuesta por el profesor (Reyes, 2010) quién indica que "el derecho de alimentos y por lo mismo, la obligación que lo contiene tienen una naturaleza asistencial" (p. 71) con carácter obligacional que al ser entendida como un derecho fundamental no puede ser trasladada en su tratamiento no equiparada a obligaciones comunes, ni por ello, ser objeto de algún tipo de gravámenes o cesiones.

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

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

2.2.2.1. La obligación alimentaria

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

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

Empero, como es que entiende el citado autor, esta definición, diríase literal, no es extensiva, ya que los alimentos, como se tendrá oportunidad de observar en lo indicado por la legislación correspondiente de nuestro país; comprende también aquellos recaudos por medio de los cuales el ser humano se puede desarrollar con plenitud, así pues, necesita también de otros factores determinantes y fundamentales, como es el caso de la salud, la educación, una vivienda, entre otros de carácter esencial.

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

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

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

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

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

1) Por un lado se encuentra aquella doctrina que recoge un tratamiento de los alimentos y del derecho alimentario en consecuencia; respecto de una obligación de carácter legal, llamada también ex delito, por lo que es factible de ser tratado al

interior de los tratados de Montevideo, donde es posible que se les coloque, a la par de las obligaciones de carácter contractual.

2) En segundo lugar, hacemos mención de aquella doctrina que define a las obligaciones alimentarias, como una suerte de efecto o parte resultante de las relaciones jurídicas que se emprenden y desprenden del derecho de familia, por lo que no se trata de una prestación autónoma y por lo mismo, respecto del estudio del derecho de familia, es menester también restarle autonomía y sumarle la dependencia al estudio del derecho de familia.
3) Por otro lado, se encuentra la postura señalada por Ferreyra, así como Opertti, citados por (Reyes, 2010, pp. 776-777); quienes indican de que se trata de un derecho humano; y por lo mismo autónomo, que conserva en esta interpretación un sentido bastante amplio siendo por lo mismo una categoría jurídica específica con un objeto de estudio propio.
4) Otra postura indicada por (Varsi, 2013), es aquella que sostiene de que las prestaciones alimentarias tiene el carácter de una obligación ordinaria de carácter dinerario y cuyo tratamiento debe de ser emparejado con las demás prestaciones símiles a su régimen.

Ahora bien, en otras investigaciones revisadas, se ha podido evidenciar la existencia de otras posturas que dan el tratamiento respecto de la naturaleza de las prestaciones alimentarias en se sentido, como es que se entiende de lo comentado por (Bossert, 2004, p. 123) la obligación alimenticia, no tiene un fundamento simplista

respecto de las demás prestaciones, ya que la misma se halla fundada en vínculos paterno filiales, que pueden ser naturales o creados por el derecho; así pues, no solo resulta ser una derivación de la patria potestad, de modo que así los padres, se encuentre privados de esta obligación, la misma logra mantenerse en el tiempo, según los requisitos que la propia norma civil expone. En se sentido, como señala (Bossert, 2004) "la prestación alimentaria, no está sujeta entonces, a la prueba de la necesidad por parte del reclamante" (p. 86).

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

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

carácter personal; ya que ambas se encuentran directamente vinculada a un interés de carácter familiar.

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

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

halla expresa en el artículo 483°. Bajo esta prerrogativa, el obligado en la prestación está facultado para solicitar se le exonere del pago, cuando exista evidencia suficiente de que cumplir su obligación, pone en riesgo manifiesto su subsistencia.

A. Sujetos en la obligación alimentaria

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

- **El alimentista:**

Quién es definido por (Flores, 2002) como "aquél en cuyo favor se decretan los alimentos" (p. 163). Esto no sólo desde una óptica estrictamente normativa, sino que a través de la regulación jurisprudencial se ha ido definiendo quiénes pueden conformar y ser parte de este derecho, que es una vinculación propia que la legislación penal peruana regula de forma expresa en su normativa civil, pero también ha sido evolucionando según la Corte Suprema ha fijado en su jurisprudencia.

- **El deudor alimentario:**

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

2.2.2.2. Regulación del derecho alimentario en nuestro país

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

a) Constitución Política del Perú

La Constitución Política norma el contenido de las relaciones familiares y con ella el deber alimentario en función de los siguientes artículos:

- **Artículo 4°:**

Por medio del cual, la Constitución tipifica y establece la protección jurídica de la familia, su reconocimiento y todas las cargas que ello conlleva. En ese sentido, el texto constitucional compele a la comunidad, tanto como al estado la protección de manera especial del niño, el adolescente, la madre y los ancianos que, de forma particular, se encuentren en situaciones de abandono.

Así también, el comentado artículo, establece un reconocimiento expreso a la protección de la institución familiar, de modo que insta por proteger y promover el matrimonio como una forma de generar vínculos familiares; siendo reconocidos ambos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

- **Artículo 6°:**

Por su parte, el artículo 6°, de modo más específico, regula la obligación alimentaria de los padres, que empero, tiene una doble dimensión comprendida, ya que se constituyen como un deber y derecho, que le corresponde a los padres, tanto de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos; así como también compele a los hijos, para que tengan el mismo deber de respetar y asistir a los padres.

b) Código Civil:

Como se ha venido adelantando, el Código Civil, de forma extensiva, también regula las relaciones de prestación alimenticia, bajo los siguientes artículos:

- **Artículo 480.- Obligación con hijo alimentista:**

Por medio de este artículo, el Código Civil regula la obligación alimentaria de los padres respecto de los hijos, así sean estos extramatrimoniales y no reconocidos ni declarados, conforme lo dispone en símil situación el artículo 415°, de modo que no es posible que este se extienda hacia los descendientes y ascendientes de la línea paterna.

- **Artículo 481.- Criterios para fijar alimentos:**

El artículo *in comento,* regula los criterios judiciales para la fijación de la prestación alimentaria, de modo que estos deben de ser proporcionales a las necesidades de quien los solicite.

- **Artículo 482°.- Reducción o incremento de alimentos**

Como se manifiesta en la parte introductoria de nuestro trabajo, la variabilidad y la naturaleza cambiante del ser humano respecto a su

desarrollo y sus necesidades, hacen posible la inclusión de este artículo en el ordenamiento civil.

c) Código de los niños y adolescentes:

Es otro de los ordenamientos supletorios para la fijación de un régimen alimentario entre los padres e hijos. Su regulación se extiende en virtud de los la fijación del interés superior del niño, reguilado en el artículo VIII del título preliminar y demás efectos procesales, como la postulación al proceso, regulado en el artículo 164° .

2.2.3. El delito de omisión a la asistencia familiar

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

La doctrina también ha ensayado alguna apreciación al respecto; así pues, para (Campana, 2012) la asistencia familiar se fundamenta en: "las relaciones jurídicas creados a partir del matrimonio, adopción, concubinato o simplemente de la paternidad o maternidad, determina la existencia, fidelidad" (p. 54).

La mencionada asistencia familiar se funda entonces básicamente en los lazos de consanguinidad y afinidad, lo que se ha regulado en el Código

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

Entendida la connotación normativa y doctrinaria sobre lo que implica la asistencia familiar, podemos entonces entrar a tallar lo correspondiente al análisis conceptual del delito de omisión a la asistencia familiar. En ese sentido, este ilícito en su configuración como norma penal, intenta, como en otro tipo penales ligados a la protección de bienes jurídicamente valiosos, el bienestar de la familia, entendida esta, atendiendo al criterio del maestro (Albaladejo, 1994) "como la base necesaria y es el más poderoso elemento de grandeza de las naciones. Es el grupo fundamental y eterno del Estado, las mismas que están unidas visceralmente a la sociedad" (p. 54).

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

Revisados pues ambos preceptos, el delito de Omisión a la Asistencia Familiar tiene su núcleo "fundamental en la noción de seguridad de los

integrantes de la familia, de ahí que el delito que se comete, supone la infracción a los deberes de orden asistencial" (Reyna, 2002, p. 26)

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

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

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

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

En el caso de que el fiscal haya agotado sus medios para que el deudor alimentario cumpla con su obligación alimentaria, elaborará el requerimiento de acusación, estableciendo los años de pena privativa de la libertad que va a solicitar para el imputado, conforme los antecedentes penales que tenga, dentro de los criterios de determinación de la pena47, en la redacción del proyecto puede apoyar el personal administrativo. Finalmente, cuatro ejemplares deben llevarse al juzgado, de los cuales uno servirá como cargo. Hasta aquí ¿Cuántas personas, cuantos días, cuantos papeles han sido necesarios para llegar a un requerimiento de acusación por OAF? Evidentemente, para este sencillo trámite el Ministerio Público necesita personas (fiscales, asistentes que sean abogados, notificadores) y equipos (escritorios, computadoras, impresoras, vehículos de transporte) para elaborar y presentar los requerimientos de acusación de omisión a la asistencia familiar en el juzgado de investigación preparatoria.

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

Los OAF pueden ser mejor gestionados utilizando herramientas legales prácticas, sin rendir culto a la forma, para llegar a la solución más justa en el tiempo prudente, por ejemplo, recibida la carpeta fiscal, el fiscal

encargado puede prescindir de las diligencias preliminares y de investigación preparatoria, porque, el juzgado de paz ya remitió todos los elementos de convicción necesarios que acreditan el delito y la responsabilidad del denunciado, que son las copias certificadas de la resolución judicial que establece una pensión de alimentos (sentencia o acta de conciliación), la resolución judicial que aprueba la liquidación de pensiones, y finalmente, la cédula de notificación de la liquidación al denunciado en su domicilio real, que acredita el conocimiento, y por tanto, la omisión dolosa de pasar alimentos. Estos son todos los elementos de convicción que necesita el fiscal para acreditar que el denunciado dolosamente ha incumplido su obligación alimentaria, incurriendo en el delito contenido en el primer párrafo del artículo ciento cuarenta y nueve del Código Penal.

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

¿Es obligatorio citar el Principio de Oportunidad en sede fiscal? De conformidad con el artículo 2, numeral 9, literal a), del Código Procesal no es posible arribar a un principio de oportunidad si el imputado tiene la condición de reincidente o habitual, o literal b), se hubiera acogido al principio en dos ocasiones anteriores, dentro de los cinco años de la última oportunidad, o literal c), se hubiera acogido al principio en los últimos cinco

años, o, literal d), se hubiera acogido al principio de oportunidad, y no lo ha cumplido. Supuestos que pueden ser verificados por el fiscal, desde su sistema de gestión fiscal (SGF), sin necesidad de esperar los antecedentes penales, los cuales puede incorporar en la audiencia de control de acusación. Por otro lado, la citación a principio de oportunidad no es un requisito de procedibilidad para la acción penal por el delito de OAF

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

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

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

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

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

Conforme el artículo 336.4 del CPP al haberse establecido, de modo suficiente, la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, el fiscal, puede formular directamente acusación, se reconoce en dicho sentido, la facultad del fiscal de obviar el tránsito del plazo de la investigación. En el mismo sentido, el artículo 336.1 del CPP establece que procederá la acusación directa cuando aparezcan indicios reveladores y

suficientes de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad.

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

Empero, otros autores como (Bernal del Castillo, 1997), sustentan que obedecer a esta lógica, seria desmerecer la importancia de la asistencia familiar y la familia, como un bien jurídico digno de protección por parte del derecho penal, siendo que además, la familia, según lo entiende el citado autor, representa el elemento más trascendental del estado, por lo que debe de ser objeto de protección por cuando ordenamiento haya.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por otro lado, se vio posiciones doctrinarias, en las que se considera al tipo penal y su configuración como un delito de tipo

instantáneo, esto pues, el simple incumplimiento de la orden judicial de pago alimentario, configura desde ya la conducta típica exigida en el ilícito; donde además se computa desde ya el plazo de prescripción penal, desde el requerimiento de la acción penal.

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

A. Sujetos:

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

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

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

B. Bien jurídico protegido:

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

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

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

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

> el comportamiento en el ilícito instruido consiste en omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida, por una resolución judicial. Es decir, basta con dejar de

> cumplir la obligación para realizar el tipo, teniendo en consideración que el bien jurídico protegido es la familia y específicamente los deberes del tipo asistencial […]. (Sentencia Nro. 600-98, Fundamento Jurídico 13).

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

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

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

C. Consumación y tentativa:

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

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

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

En ese sentido, los cuestionamientos a la intervención del Estado, desde el ámbito penal, respecto de las relaciones familiares, se sustentan en buena parte por los principios que ostenta el propio derecho penal. Así pues, al ser de *ultima ratio*, el derecho penal solo debe de intervenir en la solución de conflictos, cuando todos los otros medios de control social no han sido suficientes en su dirimencia. Uno de esos medio de control social, puede significar el proceso civil y su traducción en el proceso de alimentos; siendo

esta la lógica, juristas como el profesor (Salinas, 2008), optan por sostener de que la regulación penal de la asistencia familiar, teniendo como conducta tipificadora a la omisión es un despropósito, ya que "en lugar de resultar beneficioso, puede ser contraproducente, cuando no dañina" (p. 23), en ese sentido, como expresa el mismo autor, "no se contribuye de manera alguna a mejorar la situación económica de la familia ni lograr su unidad" (Salinas, 2008, p. 103).

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

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

Así pues, "la criminalización de tal omisión se sustenta en la protección del derecho de subsistencia, cuyo incumplimiento puede hacer peligrar la salud o la integridad física de la persona e incluso sus posibilidades de desarrollo integral" (Díaz, 2013, p. 37).

Para (Álvarez, 2007), el sustento de la criminalización de la omisión alimentaria, halla su sustento en "la protección del derecho de subsistencia, cuyo incumplimiento puede hacer peligrar la salud o la integridad física de la persona e incluso sus posibilidades de desarrollo integral" (p. 31).

Ahora bien, detrás del análisis que sustenta la criminalidad de la omisión a la asistencia familiar, debemos hallar también una justificación social y práctica para ello. De modo que, como indica (Ruiz, 2012), la practica judicial, expresada por medio de las demandas de alimentos, son el reflejo de la urgencia en un tratamiento más profundo y pensado de las instituciones que protegen las relaciones familiares. En ese sentido, por ejemplo, la incoación de una demanda de alimentos y su posterior penalización mediante la comisión de una serie de delitos, entre los que se pueden contar a los delitos de omisión y el de abandono familiar, resultan pues una consecuencia de un complejo de situaciones y contextos que por lo general no halla solución en la vía doméstica, así pues, la recurrencia a la vía judicial se ha convertido en el camino más usual y hasta por defecto, diremos, del actuar de los padres que solicitan, ya sea el reconocimiento solido de un sustento económico para ellos o sus hijos, entre otras pretensiones similares.

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

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

El otro escenario posible es que, si es que ya se ha dado la asistencia familiar por parte de uno de los padres o conyugues en virtud de que las

estabilidad laboral del sujeto alimentario es frágil o temporal, los ingresos económicos sean mínimos, lo que conlleva, como explica (Ruiz, 2012), "no solo a que la cónyuge recurra a solicitar tutela jurisdiccional y se constituya en un caso que incremente los procesos, sino también vaya acompañado de situaciones de violencia familiar" (p. 23).

De este modo pues, observando la realidad social de la que depende en buena cuenta la consideración de la penalización de la conducta omisiva alimentaria, es cierto también de que la legislación vigente, en todo su sentido, aunque se sustente en nobles motivos, no alcanza a cubrir las expectativas que contemplan los justiciables de los proceso de alimentos, los mismos que buscan justicia eficaz y oportuna, siendo que, en buena parte de los casos conocidos el deudor alimentario no llega a cumplir con su obligación alimentaria, y también con la correspondiente pena efectiva privativa de libertad, que se amerita de la primera obligación, de modo que es necesario actualizar, pero sin embargo por sí sola no asegura la eficacia que se requiere ,si no hay un cambio a nivel de los justiciables, profesionales, y la sociedad en su conjunto, en cuanto a la revaloración del matrimonio y la familia, fortalecimiento de los valores y responsabilidad de sus actos como personas, "con la participación del Estado, organismos locales, organizaciones no gubernamentales y otras que tengan representación en nuestra sociedad" (Ruiz, 2012, p. 48).

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

Conocidos los puntos de la doctrina, respecto de la criminalización o punición de la conducta omisiva del deudor

alimentario, respecto de que ello implica pues una necesaria intervención en las relaciones familiares, toca en este acápite conversar sobre su constitucionalidad. Así pues, de primera intensión, nuestra Constitución Política define una postura la cual analizaremos con cierta profundidad.

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

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

En ese sentido, la protección del sustento alimentario en la constitución, parte por el análisis de las garantías que la misma carta fundamental designa en la vía procesal. Empero, observar su protección es también analizar aspectos como las garantías a las que

se halla sujeta el demandado de un proceso alimentario, y más tarde quizás en su condición de imputado, los derechos que le asisten; para que en virtud de este esquema reflejar la necesidad de la regulación penal de la omisión de la asistencia familiar.

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

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

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

El acceso a la tutela jurisdiccional, en su concepción, no tiene pues un norte fijo, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia, han entendido de ella varias formas en su modelo. El profesor español (Pic, 2006) justifica la dificultad de definir a la tutela jurisdiccional efectiva y al derecho de defensa como tal pues, “el derecho de

acceso a los Tribunales, el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho al recurso legalmente previsto" (Pic, 2006, p. 21).

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

Así mismo, el citado autor, también da cuenta de la existencia de otra corriente en la doctrina quienes sostienen en cambio, que el derecho a la tutela jurisdiccional como el continente y al debido proceso como el contenido implícito de aquel (Rivadeneyra, 2012).

Por su parte, (Prado, 2006), hace constar de la existencia de otras inclinaciones doctrinarias, según la cuales el derecho a la tutela jurisdiccional representa un derecho de carácter subjetivo, el cual inquiere que toda persona pueda acceder a un proceso a dilucidar una controversia o conflicto de interés con relevancia jurídica, tenga la posibilidad de obtener una sentencia fundada en derecho y que la sentencia que obtenga, en caso sea favorable, pueda ser ejecutada.

Para (Montero, 2003) el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, se concibe en su correlato con el derecho de defensa, como una suerte de principio rector del proceso, ya que el Juez tiene la obligación de interpretar las normas procesales de manera que permitan que todo

proceso llegue a su terminación natural, esto es, por intermedio de sentencia firme y no dejar de emitir sentencia ante el vacío de la ley.

Para (Marioni, 1998), en cambio, hemos de notar de que ambos derechos, constituyen un mandato al legislador en la medida que este tiene la obligación de positivizar un ordenamiento procesal que permita el pleno ejercicio de este derecho, a decir del citado autor, mediante "técnicas procesales capaces de atender al derecho material.

De modo normativo, la Constitución Política nuestra en vigencia" (Marioni, 1998, p. 44), en revisión de lo indicado por el artículo 139.3, opta una postura diferenciadora, ya que parte separando ambos contenidos. Concordante con ello, la jurisprudencia constitucional nacional, mediante la Sentencia 08123-2005-HC/TC, su fundamento jurídico N° 6; ha optado por mantener la interpretación de la carta constitucional, conferida por el articulo antes en mención; y por lo mismo, independizar el contenido del debido proceso y la tutela jurisdiccional, de modo que mientras esta supone: "tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista" (Sentencia Nro. 08123-2005-HC/TC, Fundamento Jurídico Nro. 18).

El Tribunal Constitucional español, en su Sentencia N° 32/1982**,** también ha concebido de modo similar al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y su correlato en el derecho de defensa, sosteniendo que: "no agota su contenido en la exigencia de que el

interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, ni se limita a garantizar una resolución de fondo fundada" (Sentencia Nro. 32-1982, Fundamento Jurídico Nro. 33).

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

Un fundamento para la observancia de estas garantías, así esgrimidas, ya las había fundado el profesor (Ferrajoli, 1995), desde su garantismo penal, en específico, y procesal si es que preferimos.

En tal sentido, la garantía fundamental del derecho a la defensa debe ser sustentada en actuaciones procesales concretas, sin que se le limite al imputado poder sustentar su defensa a través de determinados medios probatorios. Muchas veces puede observarse que dicha limitación puede acarrear que se genere una vulneración también del derecho a la presunción de inocencia, ya que al no garantizarle una adecuada defensa esto podría vincularse también con que se dicten sentencias sin que se respete su presunción de inocencia, entendiéndose esta como una regla fundamental para el debido proceso, en términos generales.

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

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

Así, la actuación de medios probatorios es muy importante para el desarrollo de un debido proceso penal. Pero cuando dicha actuación no es llevada a cabo de forma sustantiva, esto ocasionará que se vulnere dicho principio. Cabe recordar que la actuación de medios probatorios, no sólo debe entenderse como una facultad de ofrecer medios para su actuación, sino también la conforman los hechos de que dicha prueba debe ser valorada, contradicha y ejecutada, de ser el caso. Constitucionalmente se habla del derecho a la prueba como un derecho fundamental de carácter transversal en el proceso penal.

En ese sentido, como quiérase que el proceso inmediato elimina la etapa intermedia del proceso penal, esta limitación no es tomada en cuenta, ello con fines garantías, como argumenta el citado autor.

De esta forma:

> prima, en consecuencia, el derecho instrumental de formular solicitudes probatorias y de que estas se acepten en tanto se

> trate de proposiciones pertinentes y necesarias. Este derecho, como es sabido, integra la garantía constitucional de defensa procesal, cuya plena operatividad debe ser afirmada por el órgano jurisdiccional. (San Martin, 2015, p. 59).

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

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

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

A. En la jurisprudencia nacional

Uno de los fundamentos interesantes revisados en la jurisprudencia ordinaria, es la que se contiene en la sentencia que acaece en el expediente N.º 7498-2014-54, en la cual la sala penal, decidió confirmar una sentencia devenida de grado inferior que absolvía al deudor alimentario por carecer este de vinculo biológico de filiación con la alimentista. De este modo pues, la sala indico en su sumillado que: "el imputado no es el padre biológico de la agraviada, es decir, no existe ninguna forma legal de filiación con ella" (Sentencia Nro. 7498-2014-54, Fundamento Jurídico Nro. 11).

Ahora bien, el fundamento que buscamos destacar en esta sentencia es la que se vierte en el apartado N° 16, en la cual la sala sostuvo que: "conforme al principio de cosa juzgada y de primacía de la realidad, el hecho objetivo de no paternidad biológica del imputado declarado en la sentencia civil" (Sentencia Nro. 7498-2014-54, Fundamento Jurídico Nro. 16).

Otro de los fundamentos que hallamos importantes de considerar en el análisis jurisprudencial de la criminalización o no del delito de omisión a la asistencia familiar, y que tiene que ver con uno de los elementos configurados como típicos de la realización del delito, que es considerada por parte de la

jurisprudencia, es el tema de la capacidad económica del imputado.

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

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

material de los alimentos se sustentará sobre ello y a partir de esto se podrá reconocer

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

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

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

Así pues, partiendo del fundamento normativo y jurisprudencial que acaece en el acuerdo plenario antes citado, para (Mendoza, 2018), “la optimización del proceso inmediato en los delitos de omisión a la asistencia familiar y en otros delitos de bagatela, en su real alcance, corresponde a una adecuada política de descarga

procesal" (p. 183). Estos son los reales alcances del aceleramiento procesal que promueve el proceso inmediato. En efecto, se ha presentado algunos nudos críticos de la sobrecarga por delitos de menor entidad. Era un hecho notorio la excesiva carga procesal en el trámite de estos delitos pues todos los procesos por OAF independientemente de ser un caso fácil o difícil, eran tramitados en el trámite del proceso común. En efecto, se recorría todas las etapas del proceso común, no obstante que desde un inicio estaba configurada una causa probable. Frente a esa falta de razonabilidad de un proceso lato innecesario, urgía una modificación y el proceso inmediato aparecía como una solución.

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

2.2.3.3. Regulación Normativa

A. En el Código Penal

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

El que 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 cincuentidos jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.

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

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

B. En el Código Procesal Penal

1) Artículo 446°.- Supuestos de aplicación

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

a) El imputado fue sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259°;

b) El imputado ha confesado la comisión del delito, en los términos del artículo 160°; o

c) Los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes […].

A nivel procesal el reciente Decreto Legislativo N.° 1194 pretende, entre otras finalidades, la celeridad de los procesos de omisión a la

asistencia familiar, siendo característica esencial de este tipo de procedimiento, fijar un carácter sumarísimo y célere en cuanto a sus plazos para su incoación, aspecto que difiere sustancialmente del proceso penal común, en el cual existen etapas con plazos muchos más amplios, razón por la cual a este proceso de le ha denominado de carácter inmediato.

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

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

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

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

otorgadas para regular el delito de omisión a la asistencia familiar, que poco o nada tiene que ver con la seguridad ciudadana, la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, sicariato, extorsión, tráfico ilícito de drogas e insumos químicos, usurpación, tráfico de terrenos, tala ilegal de madera.

El delito de omisión a la asistencia familiar no es materia de seguridad ciudadana, delincuencia, crimen organizado, como el sicariato, la extorsión, el tráfico ilícito de drogas e insumos químicos, la usurpación y tráfico de terrenos y la tala ilegal de madera. La omisión a la asistencia familiar es un problema social, económico y cultural, que se da sobre todo en los sectores sociales marginales. La respuesta constitucional adecuada a este problema social es la pena privativa de la libertad como remedio jurídico.

En la práctica, el delito de omisión a la asistencia familiar no se da en supuestos de flagrancia delictiva, contenidos en el artículo 259 del CPP, porque no es que la policía intervenga al deudor alimentario cuando es notificado con la resolución que aprueba la liquidación de alimentos, sino que, en la praxis, los juzgados de paz letrado que tramitan los procesos de alimentos, cuando sus resoluciones ordenan el pago de alimentos son incumplidas, remiten copias certificadas de los actuados al Ministerio Público para que este acuse penalmente al deudor alimentario, y logre el pago de los alimentos.

La omisión a la asistencia familiar es un problema social, económico y cultural, que se da sobre todo en los sectores sociales

marginales. La respuesta constitucional adecuada a este problema social es la pena privativa de la libertad como remedio jurídico.

Cómo se argumentaba línea arriba, poco o nada tiene que ver el delito de omisión a la asistencia familiar con los fines de la Ley N.° 30336 y del D. Leg. N.° 1194 que tienen por finalidad alcanzar la seguridad ciudadana generando normas legales para la lucha contra la criminalidad organizada, sicariato, la extorsión, el tráfico ilícito de drogas e insumos químicos, la usurpación y tráfico de terrenos y la tala ilegal de madera, asimismo, las normas citadas estaban no estaban dirigidas a la conducción en estado de ebriedad. ¿Omisión flagrante? Igualmente, como reiteramos, en el delito de omisión a la asistencia familiar, usualmente, no se dan los supuestos de detención en flagrancia, porque no es la situación que se intervenga al deudor alimentario cuando realiza el hecho delictivo, es decir, cuando recibe la notificación de la liquidación alimentaria y acto seguido no va a cancelarla.

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

solo es en los salarios, donde se mejora la calidad de los funcionarios.

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

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

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

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

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

Es innegable en ese sentido que la cuestión de la omisión alimentaria es un hecho que se percibe en el día a día, pero que no debe ser motivo para criminalizarlo de forma irracional y excesiva, sino sólo debe ser aplicada para personas reincidentes, ya que existen diferentes situaciones en las que no será posible cumplir con lo dispuesto por el juez civil, y por ello, se debe evaluar de forma pertinente qué criterios deben utilizarse para su dación. Ya que el Perú es uno de los pocos ordenamientos jurídicos que establecen sanciones de esta índole, ya que la mayor parte de sistemas normativos se orienta por fijar un tipo de sistema jurídico más orientado en descriminalizar este tipo de conductas.

Todas las controversias relativas al derecho de alimentos causan una enorme recarga al Poder Judicial, debido a ello es necesario, la creación de juzgados especializados competentes solo en materia de alimentos, tanto en sede civil como penal, al igual que juzgados laborales, civiles, penales. Deben existir "juzgados de alimentos" con los cuales se agilizaría la tramitación de un derecho tan fundamental para la subsistencia directa de la persona, que por su situación socioeconómica y físico-moral se encuentra en riesgo, agudizada por la crisis económica mundial.

Si la finalidad [con el decreto] era promover la celeridad en los procesos penales de omisión a la asistencia familiar, nada o poco tiene que ver el derecho sustantivo, ya que es un tema de derecho

procesal, específicamente de gestión de los recursos con los que cuenta el Poder Judicial y el Ministerio Público, para lo cual deben fortalecerse las capacidades de los funcionarios que laboran allí.

En la práctica judicial la casi totalidad de sentencias por OAF, resuelven que la pena privativa de la libertad sea suspendida en su ejecución, entonces, para reducir la carga judicial se tienen que emitir sentencias condenatorias efectivas, porque se ha configurado un delito, ya que en la realidad no se ha resocializado el autor, pues sigue dejando de pasar alimentos a personas desvalidas.

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

El imputado generalmente establece diferentes tipos o mecanismos de defensa para poder contrarrestar la imputación realizada por el

Ministerio Público, como por ejemplo el hecho de ocultar los bienes que detenta como también el hecho de simular deudas; siendo estos elementos que ya el juez civil debió valorar, porque en instancias penales ya no se discutirá la capacidad económica del denunciado, sino sólo el nivel de cumplimiento del mismo.

Frente a ello, en la Casación N.° 251-2012, la Corte Suprema se precisó que:

> a pesar de la cancelación de las pensiones devengadas, no cabe pedido de libertad anticipada —vía conversión de penas— ya que no puede amparar conversión alguna hacia una medida que de nuevo le otorgue libertad ambulatoria (al condenado) al no estar prevista en la ley (Casación Nro. 251-2012, Fundamento Jurídico Nro. 10).

El proceso inmediato según el D. Leg. N° 1194, constitucionalmente y operativamente es deficiente, siempre que no corresponda con los principios fundamentales de la carta magna, división de poderes, autonomía fiscal, presunción de inocencia, libertad, y no se corresponde con la realidad de las fiscalías y juzgados.

Es evidente que por ejemplo, muchas de las defensas públicas y de carácter gratuito, no ofrezcan un derecho a la defensa adecuado al imputado, por lo que será imprescindible que se evalúe detenidamente cada caso, sin que se adelanten barreras de imputación innecesarias, cuando pueden existir desde el punto de

vista del proceso penal, otras formas de punibilizar dichas conductas.

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

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

CAPÍTULO III

HIPÓTESIS

3.1. Hipótesis

3.1.1. Hipótesis general

Sí es viable la descriminalización de la omisión de asistencia familiar, tipificado en el Art. 149° del Código Penal, por aplicación del principio de intervención mínima del Derecho Penal.

3.1.2. Hipótesis específicas

He1= Los factores normativos que posibilitan la descriminalización del delito de omisión de asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano, son de carácter objetivo y subjetivo del tipo penal.

He2= Los factores sociales que posibilitan la descriminalización del delito de omisión de asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano, son la excesiva sobrecriminalización en esta clase de delitos.

He3= Los factores económicos que posibilitan la descriminalización del delito de omisión de asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano, son la innecesaria carga procesal.

CAPÍTULO IV

MÉTODOS

4.1. Nivel, tipos y enfoque de investigación

4.1.1 Descripción del nivel de investigación

El nivel de investigación realizada es de tipo explicativo, que de acuerdo a (Magallanes, 2010) "trata de explicar las características más importantes de un determinado objeto de estudio (…) también proporcionan información para el planteamiento de nuevas investigaciones" (p. 31).

4.1.2. Descripción del tipo de investigación

Esta investigación tiene por carácter el tipo jurídico-social, que de acuerdo a (Arnao, 2007) se puede entender como aquel tipo de investigación que "se centra en el análisis y solución de problemas de varias índoles de la vida real, con especial énfasis en lo social" (p. 70).

En este caso, si ha ameritado señalar su carácter jurídico social porque necesariamente el tema en cuestión ha tenido que contrastarse con propuestas de un enfoque más práctico y más social, a diferencia de otros

enfoques en donde sólo analizan la norma en su contexto desde una visión positivista.

Para (Ortiz, 2008) el tipo de carácter jurídico social trata de responder a preguntas o problemas jurídicos concretos que se presentan al investigador con el objeto de encontrar soluciones o respuestas que puedan aplicarse de manera inmediata en contextos o situaciones específicas.

En ese sentido, se hace necesario remarcar la relevante utilidad de poder caracterizar a la investigación desde una postura doctrinal diferente a otras investigaciones.

4.2 Método y diseño de la investigación

4.2.1. Método de investigación

La presente investigación consideró la utilización del método inductivo-deductivo.

Según (Dos Santos, 2010) la "inducción como método es un razonamiento mediante el cual pasamos de un conocimiento de menor grado de generalidad, a un nuevo conocimiento de mayor grado de generalidad" (p. 190).

El método inductivo es aquél que va de los hechos particulares a afirmaciones de carácter general. Permite analizar casos particulares a partir de los cuales se extraen conclusiones de carácter general. Es muy importante por cuanto fundamenta "la formulación de las hipótesis, la investigación de leyes científicas y las demostraciones" (Dolorier, 2008, p. 47).

En tanto que el método deductivo a decir de (Corrales, 2016) es el razonamiento "que parte de un marco general de referencia hacia algo en

particular. Este método se utiliza para inferir de lo general a lo específico" (p. 170).

Método que parte de datos generales aceptados como válidos para llegar a una conclusión de tipo particular. Mediante ella se aplican los principios descubiertos a casos particulares, a partir de un enlace de juicios (Bazán, 2010).

Métodos que se han utilizado para estudiar las principales corrientes doctrinales del tema en cuestión, partiendo por estudiar adecuadamente los criterios esenciales de cómo se debe punibilizar la omisión a la asistencia familiar, como también abordar el aspecto de su descriminalización como una postura principal de nuestra investigación, partiendo por establecer una visión moderna de la política criminal que opta ya no por conseguir mayor puniblidad sino por conseguir mayor efectividad en las sanciones penales, aun cuando estas fueran ínfimas.

4.2.2. Diseño de investigación.

La presente investigación corresponde al diseño de tipo no experimental, transversal. Así, puede señalarse que para esta investigación no se han manipulado de forma expresa o intencional las variables de estudio fijadas, sino sólo se han determinado o circunstanciado de acuerdo a sus criterios de estudio.

De acuerdo a (Kerlinger, 1979) "la investigación no experimental o expost-facto es cualquier investigación en la que resulta imposible manipular variables o asignar aleatoriamente a los sujetos o a las condiciones" (p. 19). Y ha sido transversal, porque los datos de estudios han sido recolectados en un determinado momento y no en una serie de etapas o fases.

4.2.3. Población y muestra

En la presente investigación por la naturaleza jurídica de la propuesta esbozada, no fue necesario y pertinente establecer una población y muestra, ya que la investigación es de carácter dogmática en su desarrollo.

4.3. Instrumentos y fuentes de recolección de datos

Las técnicas de recolección de datos que se emplearon en la investigación son el fichaje y el análisis documental.

El análisis documental es definido por (Arnao, 2007) "como una técnica de recopilación de información, con la que además de adquirirse información acerca de lo que se investiga" (p. 43).

En tanto que el mismo autor (Arnao, 2007), define al análisis documental como "un conjunto de operaciones intelectuales, que buscan describir y representar los documentos de forma unificada sistemática para facilitar su recuperación" (p. 83).

En la investigación el instrumento de recolección de datos que se empleó fue la ficha de observación.

4.3.1. Criterios de validez y confiabilidad de los instrumentos

Para la validez y confiabilidad estadística del instrumento se determinó utilizando el coeficiente de correlación R de Pearson para las variables en general.

La validez del instrumento se determinó mediante juicio de expertos, se contó con la participación de profesionales expertos en el área, con grado de doctor, magísteres, jueces, fiscales, defensores públicos, abogados litigantes y docentes especializados en el área penal.

Para la recolección de datos se procedió con los siguientes pasos a continuación:

PASOS	PROCESOS
1	Construir el marco teórico y elaborar el instrumento
2	Validar (Juicio de expertos)
3	Interpretación y aplicación del instrumento de investigación.

4.4. Técnicas de procesamiento y análisis de datos

- Selección y representación por variables.
- Matriz tripartita de datos.
- Utilización del programa Microsoft Excel.
- Análisis documental.

4.4.1. Procesamiento de datos

La investigación planteó un desarrollo dogmático para la evaluación de la propuesta normativa realizada y enfocar la descriminalización del delito de omisión a la asistencia familiar, a través de un proceso descriptivo de sus principales enfoques.

.

CAPÍTULO V

RESULTADOS

5.1. Presentación de resultados

Luego del análisis desde la perspectiva constitucional, corresponde examinar el delito de la omisión a la asistencia familiar desde la óptica de la política criminal, examinando en particular la eficacia que tiene la tipificación del delito, en orden a la finalidad del texto penal y en concreto con el orden de la prevención y superación del problema social representado por el impago de las prestaciones económicas derivadas de los procesos de alimentos.

Para aproximarnos a una justificación del delito de la Omisión a la Asistencia Familiar, es necesario recapitular que el (Código Penal, 1991) en su Título Preliminar enarbola un conjunto de principios garantistas como son: “finalidad preventiva y protectora de la persona humana de la ley penal (...) la función de

retributiva, preventiva, protectora y resocializadora de la pena" (Código Penal, 1991, Artículo I).

Pero, el ius puniendi del estado tiene sus propios limitadores como son el principio de legalidad, necesidad, imputación subjetiva, culpabilidad y humanidad; estos principios vienen aparejados con exigencias de intervención mínima subsidiaridad, carácter fragmentario del derecho penal, preeminencia destacada de la ley, taxatividad y otros.

Entonces debe tenerse en cuenta que la finalidad preventiva general de la intervención del Derecho Penal en los delitos de Omisión a la Asistencia Familiar, se ve condicionada y pierde eficacia debido a la naturaleza y a las características propias del problema social que le dio origen. La conducta del incumplimiento de la resolución judicial de prestación de alimentos tiene su origen en las relaciones sociales y personales altamente deterioradas, situaciones conflictivas de oposición personal entre los cónyuges.

En tales situaciones resulta necesario respetar el principio de intervención mínima en cuanto que no es difícil utilizar o interpretar el recurso a la sanción penal fuera de la finalidad propia última: la salvaguarda de los bienes jurídicos. (Bernal del Castillo, 2000) señala que "se implicó innecesariamente al Derecho Penal en una situación de conflicto social que no está llamada a resolverse mediante la aplicación de una pena" (p. 18).

Esta utilización de la amenaza de la sanción penal como instrumento de batalla entre dos partes de un conflicto matrimonial se ha visto favorecida desgraciadamente por la desafortunada configuración jurídica del tipo objetivo de este delito que, como ya se ha dicho; no respeta, a causa de su excesivo formalismo, la necesaria

vinculación entre las conductas de omitir, cumplir la prestación alimentaria y la puesta en peligro de la seguridad de los beneficios de las prestaciones.

En las afirmaciones precedentes vemos un argumento negativo de la Política Criminal que conduce a la tipificación del delito de Omisión a la Asistencia Familiar. Además, resulta necesario que la amenaza de la sanción penal tenga una autentica eficacia preventiva, de lo cual dudamos, ya que no parece que, con la tipificación del delito de Omisión a la Asistencia Familiar, haya descendido apreciablemente el número de estos delitos o causas que estén siendo ventiladas en los fueros jurisdiccionales.

En tal sentido, ubicar vías alternativas al proceso de descriminalización, servirá para poder tener una factibilidad más probable de generar una mejor tutela hacia los derechos del imputado, garantizando que exista una prueba adecuada en su proceso de imputación penal. Y de esta forma, también propender hacia un deshacinamiento de las cárceles que se encuentran muchas veces saturadas por delincuentes imputados por delitos que bien podrían ser tutelados en el control social del Estado por otros mecanismos de imputación.

Por ello consideramos que el fin perseguido por el legislador se conseguiría de manera eficaz con otro tipo de medidas extra penales, que con la sanción penal. Si lo que realmente interesa garantizar; es que se cumpla efectivamente y de forma continuada las prestaciones alimentarias en cada uno de los procesos de Omisión a la Asistencia Familiar, debe concluirse que esa tarea no corresponde al derecho penal, pues no es función del ius puniendo ejecutar las sentencias dictadas en otros órdenes jurisdiccionales, para ello la tipificación del delito, no está justificada desde el punto de vista de la finalidad de la pena, que en ningún caso puede ir dirigida a hacer efectiva las prestaciones alimentarias, so pena de convertir al Derecho Penal en una

instancia de ejecución de sentencias civiles, lo cual es tarea propia del derecho privado, corriendo además el peligro de caer en la denostada prisión por deudas.

Por lo cual, y con los argumentos esbozados, se hace aconsejable reducir al máximo la intervención tipificada del Derecho Penal, por lo que creemos es una destipificación o descriminalización del Delito de Omisión a la Asistencia Familiar.

También se ha dicho en contra; que más que amparar a la familia, se va, desgraciadamente a la destrucción de la solidaridad familiar; que así mismo se irá creando en los hijos y cónyuge, la idea de que ellos tienen en sus manos una poderosa arma de sometiendo de los padres o cónyuge; va creando la idea de que, dentro del núcleo familiar que debe constituir una entidad sólidamente afectiva, unida por vínculos espirituales y morales y no económicos, existiendo la posibilidad de que el hijo o el cónyuge lleve a la cárcel al padre o al otro cónyuge, atentándose contra la estabilidad y la solidaridad de la familia; la ley lejos de resolver el problema al que pretende dar solución crea otras situaciones graves. Y contrariamente a lo anterior se ha justificado, el delito materia de análisis, afirmándose que este no resuelve ni pretende resolver ninguna cuestión de familia mucho menos de orden patrimonial. Se limita a reprimir un hecho en amparo de un derecho humano. De esta forma, la propuesta presente se adscribe al carácter innovador de toda investigación dogmática, en la que se ha desarrollado un enfoque teórico novedoso para su regulación en la legislación penal.

CAPÍTULO VI

DISCUSIÓN

6.1. Discusión de resultados

Un sector importante de la doctrina viene manteniendo que mediante la tipificación del delito de Omisión a la Asistencia Familiar el legislador quiso otorgar una especial protección al mismo bien jurídico, cuya garantía; da lugar a la tipificación del delito de Desobediencia a la Autoridad. Según esta interpretación al elevar a la categoría de delito el incumplimiento de ese tipo de prestaciones económicas se pretende reforzar el respecto y/o obediencia debidos a estas concretas decisiones judiciales, en cuanto que esa obediencia es un requisitito necesario para el mantenimiento del orden público, o también del principio de autoridad. La identificación entre los bienes jurídicos de ambas infracciones conduce a calificar el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, como una modalidad del delito de

Desobediencia Grave a la Autoridad, en concreto, de desobediencia a aquellas resoluciones emanadas de autoridades judiciales en las cuales se aprueban o se establecen prestaciones económicas.

A favor de esa interpretación se llegó a diversos argumentos, entre los cuales destaca la similitud entre ambas infracciones, Desobediencia o resistencia a la Autoridad y Omisión a la Asistencia Familiar; a través, de la conducta típica, puesto que ambos tipos se describen supuestos de incumplimiento de una resolución procedente de una autoridad. Mientras que el delito de Desobediencia abarca las diversas y actos de los distintos tipos de autoridades, el delito de Desobediencia se limita a tipificar la desobediencia a un determinado tipo de resoluciones, como expone Muñoz Conde, que dicha figura se convierte en una forma específica de desobediencia. Las relaciones entre ambos delitos se plantean, según esta interpretación, en términos de especialidad, de tal forma que el delito de Omisión a la Asistencia Familiar resulta la aplicación preferente respecto del delito de Desobediencia o resistencia a la autoridad.

Para Fernández del Torco, la finalidad de la norma es abrir una causa penal de garantía para el cumplimiento de los pronunciamientos judiciales de contenido económico recaídos en los procesos civiles de forma similar García Aran, expone que en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, se sitúa en un primer plano la Desobediencia a una Resolución Judicial, de lo que se deduce que lo que directamente se lesiona es la Administración de la Justicia por la ineficacia de las resoluciones judiciales que provoca la conducta de incumplimiento de lo acordado en la resolución. (Rodríguez de Veza, 2009) entiende que “el delito de desobediencia es uno de los delitos contra el orden público” (p. 173), al igual que (Muñoz, 1999) opina que este delito “está relacionado con el orden público” (p. 174), y también ataca la función pública suponen la alteración de la paz y el

orden social, pues su organización y defensa “exige la actuación adecuada de dichas autoridades” (Maldonado, y otros, 1945, p. 58).

En contra de la configuración del delito de la Omisión de Asistencia Familiar como una modalidad de los delitos de desobediencia a la autoridad, se pueden alegar diversas razones. Desde el punto de vista del Bien jurídico; el delito de desobediencia debe ser objeto de una interpretación restrictiva, en el sentido de que el precepto que lo regula solamente debería ser aplicado cuando el objeto de protección en él contemplando es el único lesionado por la acción que se opone a la orden o mandato de la autoridad. (Maldonado, 1995) menciona que “por vía de esta interpretación se niega la identidad entre ambas infracciones: aunque la conducta típica del impago-omisión- implique de hecho una oposición del delito de impago no pretende única ni principalmente castigar la desobediencia en sí misma" (p. 60).

La omisión al cumplimiento de la resolución judicial en los delitos de omisión a la asistencia familiar, tendría que ser considerada siempre como una desobediencia a una orden de una autoridad, pero sin embargo, las resoluciones judiciales no pueden considerarse propiamente como una orden en cuanto presupuesto de la conducta típica del delito de omisión. Para algunos sólo podrá hablarse de orden incumplida a efectos del delito de omisión, cuando el impago de las prestaciones ha sido precedido de requerimiento judicial dirigido al obligado a realizar dichas prestaciones y sólo en ese caso se configurará el delito de omisión a la asistencia familiar. De esta forma, le dan un sustento más flexible a punibilizar este delito que actualmente se regula como tal pero que en otros países si existe una visión más amplia para tipificar este delito, primero por regularlo a nivel civil, como también a nivel administrativo si es que existen sanciones para trabajadores del sector público. Lo que se busca es tutelar el derecho de los alimentistas pero también se busca es proteger a las personas imputadas innecesariamente

por este tipo de delitos, cuando bien pueden cumplir su obligación alimentaria con vías extrapenales, por lo que es necesario fundamentar cómo la política criminal debe de enfocarse más en una visión más amplia por lo que debe analizarse bajo los parámetros de evitar la sobre criminalización, la innecesaria punibilidad del delito así como también la tipificación mediatizada.

Pero, desde nuestra óptica no es necesario que exista el requerimiento del pago previo para poder estimar que se ha realizado la conducta típica. Por ello, se entenderá que esta se ha cumplido con independencia a que si hubo requerimiento o no. (Capello, 2015) propone estimar "como grave y, por ello, susceptible de ser calificado como delito de desobediencia aquel incumplimiento caracterizado por la gravedad de elemento subjetivo" (p. 183), es decir, la grave actitud, de rebeldía, manifestada en su reiterada oposición a cumplir lo mandado.

En general, la investigaciones demuestran que el sistema penal se ha ido más por una vertiente radical de enfrentar este tipo de situaciones, configurando una regulación propia de sistemas no tan abocados al estado de derecho constitucional, ya que un sistema penal debe asentarse no sólo en un enfoque estrictamente normativo, sino también debe de estudiarse la política penal de un Estado a partir de lo que se hace en aspectos sociológicos, educativos y culturales, en donde estos tópicos se encuentran muy arraigados en nuestra sociedad.

6.2. Aporte

Se propone una vía extrapenal como una cuestión suficiente y necesaria para proteger el derecho de los alimentos, ya que si esta propuesta fuera efectiva existiría un trabajo coordinado y relacionado con el sistema bancario, para que los deudores morosos tengan la obligación necesaria de cumplir con la deuda alimentaria, esto como un

mecanismo y vía de control social más flexible y menos punitivista, que es más propio de un Derecho Penal centrado en una criminalidad mediatizada, que nos es propio de un Estado de derecho garantista y que proteja los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya que la visión no debe ser solo la de un derecho penal del enemigo, sino a través de un derecho penal más propio y acorde a un Estado constitucional del derecho próximo a la sociedad, y que la calificación de los delitos debe de realizarse para acciones más graves calificadas como cuestiones muy atroces para la sociedad, y no necesariamente para delitos de simple bagatela.

En relación a este punto, el Proyecto de ley N° 01403-2016-CR y Proyecto de ley N° 02110-2017-CR van de la mano con el REDAM. El primero de éstos propone que las personas inscritas en dicho registro serían impedidas de renovar o actualizar su documento nacional de identidad, solicitar la emisión, renovación o recategorización de la licencia de conducir, suscribir contratos públicos o privados ante notarias, etc. El segundo deja sin efecto la obligación de autorizar el permiso de viaje de niños o adolescentes que viajen fuera del país, por parte del padre o madre, que se encuentren inscritos en el REDAM, que estén sentenciados por delitos dolosos cometidos en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos, o que estén cumpliendo sentencia consentida firme por cualquier delito. Ahora bien, si nos retrotraemos un paso más, antes de que se suscite propiamente el incumplimiento de la obligación alimentaria, se deberían buscar medidas más efectivas con las cuales podamos quitar la falsa sensación de que el proceso de alimentos a nivel civil es una mera formalidad para lograr su ejercicio en la jurisdicción penal, dando la seguridad que dentro del proceso se llevaran a cabo las medidas pertinentes para asegurar desde el inicio la prestación.

En razón a ello, hemos apreciado que, en la mayor parte de los casos, la demanda de alimentos es dirigida hacia el cónyuge, como si este fuera el único obligado a brindarlos;

cuando el mismo Código Civil establece en su Artículo 474 que los que se deben alimentos recíprocos además del cónyuge son los ascendientes, descendientes y hermanos, con lo cual la demanda podría estar dirigida incluso a los padres del obligado deudor, ello por el grado de consanguinidad que los une.

CONCLUSIONES

1. Se ha determinado a partir del desarrollo teórico esbozado que sí es viable la descriminalización de la omisión de asistencia familiar, tipificado en el Art. 149° del Código Penal, porque esto generaría que no exista una sobre población penitenciaria. Siendo importante para ello la aplicación del principio de intervención mínima del Derecho Penal, haciendo posible que dicha conducta sea reprochada ya no a nivel penal, sino por otros medios de control social.
2. Se ha logrado determinar a partir del desarrollo teórico y normativo expuesto, que los factores normativos que posibilitan la descriminalización del delito de omisión de asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano y de la legislación comparada, son los de carácter objetivo y subjetivo del tipo penal, porque bien podría derivarse también en un delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, como medio alternativo para su punibilidad.
3. Se determinó que los factores sociales que posibilitan la descriminalización del delito de omisión de asistencia familiar como tipo penal que punibiliza la omisión de alimentos, en el marco del Código Penal Peruano, son la excesiva sobre

criminalización en esta clase de delitos, que solo genera mayor hacinamiento en las prisiones sin ir a la causa real del fenómeno de inobservar la prestación de alimentos, por lo que se propone la vía civil para su proceso, estableciendo criterios objetivos para su regulación.

4. Se logró determinar que los factores económicos que posibilitan la descriminalización del delito de omisión de asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano, son la innecesaria carga procesal que se genera con la tipificación de este delito, y no existiendo un verdadero trabajo de concientización hacia quienes incurren en esta omisión.

RECOMENDACIONES

1. Se sugiere para la viabilidad de la descriminalización de la omisión de asistencia familiar, tipificado en el Art. 149° del Código Penal, desarrollar normativamente otras alternativas para que los deudores alimentarios cumplan una pena pero no privativa de libertad, como por ejemplo que cumplan una pena de trabajos comunitarios remunerados que les permita pagar las mensualidades, u otra alternativa que puede ayudar a mitigar este fenómeno.
2. Se recomienda en relación a los factores normativos que posibilitan la descriminalización del delito de omisión de asistencia familiar, la destipificación del tipo penal de omisión a la asistencia familiar por aplicación del principio de intervención mínima del derecho penal, con la finalidad de que pueda ser incoado en otros ámbitos del derecho, y ya no como una respuesta del ius puniendi del Estado en este tipo de situaciones.
3. Se sugiere en relación a los factores sociales que posibilitan la descriminalización del delito de omisión de asistencia familiar como tipo penal que punibiliza, que el presente tema de investigación pueda ser objeto de debate en las Facultades de

Derecho y Colegios de Abogados del país, con la finalidad de determinar si puede ser factible la descriminalización de la conducta del deudor alimentario, más aun si se considera que no debería existir el denominado "populismo punitivo" para su regulación.

4. Se recomienda en relación a los factores económicos que posibilitan la descriminalización del delito de omisión de asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano, que exista una alternativa de tipo civil como su registro o "muerte civil", ya que a nivel penal se ha determinado que no exista una adecuada tutela del derecho de alimentos

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

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

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

Bazán, D. (2010). *Metodología de la investigación. Razonamientos.* Arequipa: UNSA Becaria, C. (1993). *Tratado de los delitos y de las penas.* Buenos Aires: Heliasta)

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

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

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

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

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

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

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

Díaz, D. (2013). Delito de omision de la asistencia familiar, Art 149 del Código Penal. *Portal de tarbajos academicos de la Universidad Nacional de Cajamarca.* [En línea] 12 de Febrero de 2013. https://www.monografias.com/trabajos93/delito-omision-asistencia-familiar-art-149-del-codigo-penal/delito-omision-asistencia-familiar-art-149-del-codigo-penal2.shtml.

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

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

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

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

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

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

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

Kerlinger, F. (1979). *Enfoque conceptual de la investigación del comportamiento: Técnicas y metodología.* México: Nueva Editorial Interamericana.

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

Olivari, K. (2016). *"Incumplimiento del pago de pensión de alimentos en niños, niñas y adolescentes del distrito de Pueblo Nuevo, Chepén - La Libertad, año 2015".* Guadalupe: UNT.

OMEBA. (1986). *Enciclopedia jurídica Omeba: Tomo I.* Buenos Aires: Driskill Sociedad Anónima.

Oré, A. (2011). *Las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano.* Lima: Editorial Reforma., 2011.

Oré, M. (2015). *"El derecho alimentario del hijo extramatrimonial mayor de 18 años en las demandas del Juzgado de Paz Letrado de Lima - 2015".* Huánuco: Universidad de Huánuco.

Pérez, M. (2015). *Valoración de los criterios de capacidad y necesidad para determinar la pensión de alimentos en las sentencias judiciales de los Juzgados de Paz Letrado de Arequipa.* Arequipa: Universidad Católica San Pablo.

Pineda, F. (2016). *Omisión de asistencia familiar e incumplimiento del derecho alimentario Tercer Juzgado Penal del Callao 2016.* Lima: Universidad César Vallejo.

Plácido, A. (2006). *Código Civl comentado* . Lima: Gaceta Jurídica.

Polaino, M. (2006). *Derecho Penal del enemigo: ¿Qué es?¿Existe?¿Debe existir?¿Porqué existe?* Perú: Revista Peruana de Doctrina y Jurispridencia penales.

Rodríguez, R. (2014). *La familia en la Constitución Política del Perú: a propósito del debate sobre la unión civil. La Mula.pe.* [En línea] 01 de mayo de 2014. https://agoraabierta.lamula.pe/2014/05/01/la-familia-en-la-constitucion-politica-del-peru/rafaelrodriguez/.

Rojas, D. (2016). *La duración y aspectos relevantes de los procesos de pensiones alimentarias en el II circuito judicial de San José. Influencia de sesgos andrócentricos.* San José de Costa Rica: Universidad Estatal a distancia de Costa Rica.

Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal.* Buenos Aires: Editores del Puerto.

Ruíz, M. (2014). *El delito de omision a la asistencia familiar, reflexiones, y propuesta para la mejor aplicación de la normatividad que la regula*. Chincha: Juzgado Especializado de Chincha.

Ruiz, M. (2012). El delito de omision a la asistencia familiar, reflexiones, y propuesta para la mejor aplicación de la normatividad que la regula. *Documentos de trabajo del Poder Judical del Perú.* [En línea] 05 de abril de 2012. http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C4-10_delito_omision_asistencia_familiar_210208.pdf.

Sánchez, P. (2014). *Omisión de asistencia familiar como vulneración del derecho alimentario de los hijos.* Iquitos: Universidad Nacional de la Amazonía Peruana.

Zaffaroni, E. (2002). *Derecho Penal. Parte general* . Buenos Aires: Ediar.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO: VIABILIDAD DE LA DESCRIMINALIZACIÓN DEL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR EN EL MARCO DEL CÓDIGO PENAL PERUANO.

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLE	METODOLOGÍA
GENERAL ¿Es viable la descriminalización del delito de la omisión de asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano? **ESPECÍFICOS** -¿Qué factores normativos posibilitan la descriminalización del delito de omisión a la asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano? -¿Qué factores sociales posibilitan la descriminalización del delito de omisión a la asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano? -¿Qué factores económicos posibilitan la descriminalización del delito de omisión a la asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano?	**GENERAL** Determinar si es viable la descriminalización del delito de omisión a la asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano. **ESPECÍFICOS** -Determinar qué factores normativos posibilitan la descriminalización del delito de omisión a la asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano. -Establecer qué factores sociales posibilitan la descriminalización del delito de omisión a la asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano. -Determinar qué factores económicos posibilitan la descriminalización del delito de omisión a la asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano.	**GENERAL** Sí es viable la descriminalización de omisión a la asistencia familiar, tipificado en el Art. 149° del Código Penal, por aplicación del principio de intervención mínima del Derecho Penal. **ESPECÍFICAS** -Los factores normativos que posibilitan la descriminalización del delito de omisión a la asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano, son de carácter objetivo y subjetivo del tipo penal. -Los factores sociales que posibilitan la descriminalización del delito de omisión a la asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano, son la excesiva sobre criminalización en esta clase de delitos. -Los factores económicos que posibilitan la descriminalización del delito de omisión a la asistencia familiar, en el marco del Código Penal Peruano, son la innecesaria carga procesal.	Descriminalización del delito de omisión a la asistencia familiar	**MÉTODO DE INVESTIGACIÓN:** Análisis-síntesis **TIPO DE INVESTIGACIÓN:** Investigación dogmática. **NIVEL DE INVESTIGACIÓN**: Nivel explicativo. **DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN**: Diseño no experimental, de carácter transversal. **TÉCNICAS DE RECOPILACIÓN DE DATOS:** Fichaje y análisis documental.