

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

ESCUELA DE POSGRADO



TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRA EN DERECHO

CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL

**“SUPUESTOS EXPRESOS PARA INAPLICAR LA SUSPENSIÓN DE LA
EJECUCIÓN DE LA PENA EN EL DELITO POR OMISIÓN A LA
ASISTENCIA FAMILIAR”**

Área Investigación:

Derecho Público

Autora

Br. Jhoana Milagritos Contreras Cabrera

Jurado Evaluador:

Presidente: Neyra Barrantes, Julio Alberto

Secretario: Espinola Otiniano, Diomedes Hernando

Vocal : Mauricio Juarez, Francisco Javier

Asesor Dr. Henry Carbajal Sánchez

Código Orcid: 0000-0002-3449-688X

Trujillo- Perú

2022

Fecha de sustentación: 22/05/10

DEDICATORIA

A Dios Todopoderoso:

Por haberme protegido, inspirado y guiado hasta la culminación de este gran proyecto personal.

A mi pequeña hija Alessandra Johana:

Motor y fortaleza para salir adelante y superarme cada día.

A mis padres y hermanos:

Por ser fuente inagotable de energía y de fortaleza para el logro de cada una de mis metas.

PRESENTACIÓN

Ante ustedes señores integrantes del jurado evaluador, se presenta la investigación titulada: **“SUPUESTOS EXPRESOS PARA INAPLICAR LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN EL DELITO POR OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR”**; con la finalidad que previa conformidad, sea sustentada y poder obtener el grado académico de Maestra en Derecho, con mención en Derecho Penal.

La autora

RESUMEN

En la presente investigación se desarrolla la problemática relacionada con la regulación de supuestos expresos para inaplicar la suspensión de la ejecución de la pena en el delito de omisión a la asistencia familiar; para ello se analizó el fundamento axiológico en que se sustenta el delito de omisión a la asistencia familiar; se determinó que la suspensión de la ejecución de la pena en dicho ilícito contraviene los pactos, convenios y convenciones internacionales ratificados por nuestro país en materia de protección familiar; se analizó legislación comparada que regula delitos equiparables al de omisión a la asistencia familiar y se determinó que comprenden supuestos como los que se proponen para la inaplicar la suspensión de la ejecución de su pena y determinando que podrían ser considerados en nuestra legislación interna, siendo necesaria la modificación legislativa a fin de regular expresamente la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos por omisión a la asistencia familiar cuando se acredite que el agente cuente con capacidad económica y la víctima padezca de enfermedad en estado terminal. Previamente se formuló como problema: ¿En qué supuestos se inaplicará la suspensión de la ejecución de la pena en el delito por omisión a la asistencia familiar?

En la ejecución de la investigación se recurrió a métodos de investigación general como el Método Científico; de recopilación y análisis de información, como los métodos Analítico, Inductivo, Deductivo, Axiológico, Exegético; específicos o jurídicos, como los métodos Histórico, Doctrinario, Dogmático y Hermenéutico; así como empleamos técnicas de investigación como el Acopio documental, Entrevistas y a la Observación con sus instrumentos: Fichas bibliográficas, Cuestionario de entrevistas y el Diario de Campo, respectivamente.

Del mismo modo en la investigación se arribó a resultados discutiéndose los mismos, ratificando la realidad problemática advertida por la investigadora y contrastando la

hipótesis propuesta en el sentido que los supuestos en que se inaplicará la suspensión de la ejecución de la pena en el delito por omisión a la asistencia familiar serán cuando se acredite que el denunciado cuente con capacidad y solvencia económica y, cuando la víctima padezca de enfermedad en estado terminal.

Finalizada la investigación se plantean conclusiones y se propone como recomendación una propuesta legislativa con la finalidad de contribuir en superar la problemática observada.

ABSTRACT

This investigation develops the problem related to the regulation of express cases to disapply the suspension of the execution of the sentence in the crime of omission to family assistance; to this end, the axiological basis on which the crimes of omission to family assistance are based was analyzed; it was determined that the suspension of the execution of the sentence in said offense contravenes the international covenants, conventions and conventions ratified by our country in matters of family protection; comparative legislation was analyzed that regulates crimes comparable to that of omission to family assistance and it was determined that they include cases such as those proposed for the non-application of the suspension of the execution of their sentence and determine if they could be considered in our domestic legislation, being necessary the relevance of proposing legislative modifications in order to expressly regulate the non-application of the suspension of the execution of the sentence in crimes for omission of family assistance when it is proven that the agent has economic capacity and the victim suffers from illness in a terminal state. Previously it was formulated as a problem: In what cases will the suspension of the execution of the sentence in the crime for omission to family assistance be disapplied?

In the execution of the research, general research methods such as the Scientific Method were used; collection and analysis of information, such as Analytical, Inductive, Deductive, Axiological, Exegetical methods; specific or legal, such as the Historical, Doctrinal, Dogmatic and Hermeneutic methods; as well as the use of research techniques and instruments such as the Documentary Collection, Interviews and Observation with its Bibliographic Files, Interview Questionnaire and the Field Journal; respectively.

In the same way, in the investigation, results were reached by discussing them, ratifying the problematic reality warned by the researcher and contrasting the proposed hypothesis in the sense that the cases in which the suspension of the execution of the sentence in the crime for omission to family assistance will be when it is proven that the accused has economic capacity and solvency and, when the victim is terminally ill.

Once the research is finished, conclusions are raised and a legislative proposal is proposed as a recommendation in order to contribute to overcoming the observed problem.

CONTENIDO

DEDICATORIA.....	2
PRESENTACIÓN	3
RESUMEN	4
ABSTRACT	6
CAPÍTULO I.....	10
EL PROBLEMA.....	10
1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	11
2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA	13
3. HIPÓTESIS	13
4. VARIABLES	13
5. OBJETIVOS	14
5.1. Objetivo General.....	14
5.2. Objetivos Específicos	14
6. JUSTIFICACIÓN	15
CAPÍTULO II.....	16
METODOLOGÍA.....	16
1. TIPO DE INVESTIGACIÓN	17
a) Por su fin:.....	17
b) Por su nivel de profundidad:	17
c) Por su naturaleza:.....	18
d) Por su diseño:.....	18
2. MATERIAL Y MÉTODOS	19
2.1. Población y muestra.....	19
- Población.	19
- Muestra.	19
2.1.1. Fórmula.....	19
2.1.2. Muestreo	20
2.1.3. Requisitos de la muestra	20
2.2. Unidades de Análisis	20
2.3. Métodos	21

a) De la Investigación	21
b) De la recopilación y análisis de la información	21
3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	25
4. PROCEDIMIENTO PARA RECOPIRAR INFORMACIÓN	27
5. DISEÑO DE PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS	28
CAPÍTULO III	29
FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA	29
SUB CAPÍTULO I	30
MARCO REFERENCIAL.....	30
a) Antecedentes o Investigaciones Previas	30
SUB CAPÍTULO II	33
MARCO TEÓRICO	33
TÍTULO I	33
1.1. LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA	33
1.1.1. Aspectos preliminares.....	33
1.1.2 Concepto de alimentos.....	34
1.1.3 Regulación jurídica de la obligación alimentaria.	36
1.1.4 Naturaleza Jurídica y Sujetos en la obligación alimentaria.	39
1.1.5 Beneficiarios de una pensión alimentaria.	40
TÍTULO II.....	55
2.1 ENFERMEDADES TERMINALES	55
2.1.1 Aspectos Generales.....	55
2.1.2 Enfermedad terminal	56
2.1.3 Calidad de vida del paciente con enfermedad terminal.	57
2.1.4 Tratamiento al paciente con enfermedad terminal.....	58
2.1.5 Derechos del paciente con enfermedad terminal	58
TÍTULO III.....	61
3.1 EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR.....	61
3.1.1 Generalidades	61
3.1.2 Definición	61
3.1.3 Elementos del Tipo penal	63

3.1.3.2 Sujetos	65
3.1.3.3 Consumación	66
3.1.3.4 Pena	67
3.1.3.5 Elemento objetivo.....	68
3.1.3.6 Elemento subjetivo	70
3.1.4 La Capacidad o solvencia económica del imputado como elemento del tipo	71
3.1.5 Los supuestos que se proponen en la legislación comparada.	72
TÍTULO IV.....	75
4.1 LA PENA	75
4.1.1 Antecedentes.....	75
4.1.2 Definición	76
4.1.3 Clases.....	77
4.1.4 Función preventiva de la pena	82
4.1.5 Principios constitucionales aplicables a la pena	85
4.1.6 Individualización de la pena	88
4.1.7 Ejecución de la pena	90
4.1.8 Suspensión de la ejecución de la pena.....	92
CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	95
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES	122
CAPÍTULO VI: RECOMENDACIÓN	126
PROYECTO DE LEY	127
Propuesta	129
BIBLIOGRAFÍA	131

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

El artículo 2.24.ºe) de nuestra Constitución prescribe *“que toda persona es considerada inocente en tanto no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (presunción de inocencia) en un proceso penal;”* en el cual, de acuerdo a las pruebas aportadas y valoradas, se expedirá una sentencia absolutoria o condenatoria, la misma que tendrá una pena de acuerdo a lo establecido en nuestro Código Penal para cada delito. Al respecto cabe referir que en el referido código también se señala que *“cuando la pena impuesta no supera los cuatro años, puede suspenderse su ejecución”*, de conformidad a lo prescrito en el artículo 57 del referido cuerpo normativo, y por otro lado, en caso la pena sea mayor a este límite la ejecución de la pena será de cumplimiento obligatorio, debiendo acotar que este artículo, carece de aspecto absoluto, pues refiere taxativamente que *“El juez puede suspender la ejecución de la pena ...”*; es decir en algunos supuestos la sanción sea inferior a cuatro años presentará la característica de ser suspendida, teniendo en contemplación el bien jurídico cautelado y la conducta del autor en cada caso en concreto, en donde en algunos casos se podrá justificar que la pena tenga carácter efectiva. Asimismo, en el artículo en mención, en su segundo párrafo se establece taxativamente algunos supuestos de no aplicación de la pena suspendida, en los ilícitos perpetrados por servidores o funcionarios de la administración públicas sentenciados condenatoriamente por ilícitos prescritos en los articulados 384, 387, 2do párrafo del artículo 389, 395, 396, 399 y 401 del cuerpo sustantivo penal, así como para aquellos condenados por el delito de agresiones perpetrados sobre mujeres o miembros del núcleo familiar conforme lo previsto en el artículo 122 “B”, en donde la pena deberá ser efectiva.

Lo expuesto tiene relación con los delitos de Omisión a la Asistencia Familiar, que comprenden el delito de Incumplimiento de Obligaciones Alimenticias, contenido en el artículo 149 del Código Penal, en el cual se sanciona al infractor con una pena

privativa de libertad no mayor de tres años, por omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida previamente en una Resolución Judicial.

Al respecto y de acuerdo lo señala el sistema de Gestión Fiscal comprendido desde el 01.01.11 al 30.12.12 se registraron 2962 denuncias por este ilícito en la CSJLL, de ellas 1122 denuncias responden a Trujillo, concibiéndose como el ilícito de mayor incidencia en la región liberteña. Más la problemática no es exclusiva de la cantidad de imputados vinculados con este ilícito si no también en su ejecución, pues al ser aplicada la pena suspendida en estos ilícitos, son los alimentistas quienes resultan perjudicados.

Del mismo modo en la problemática advertida se aprecia casos en que el alimentante a pesar de contar con capacidad económica favorable no cumple con su obligación alimenticia, y el alimentista padece de enfermedad terminal, supuestos en los cuales al referirse a ilícitos de omitir con la asistencia familiar, de conformidad al artículo 57, al autor se le impondría una pena suspendida, además de reglas de conducta, entre las cuales se ordenaría el pago de la liquidación adeudada en un determinado plazo (generalmente varias cuotas); y si no cumpliera con lo acordado en sentencia, el juez aplicará el artículo 59 del cuerpo sustantivo penal que prescribe: *“si durante el periodo de prueba el condenado no cumple con las reglas de conducta impuestas el juez podrá: amonestar al infractor, prorrogar el periodo de suspensión de la pena hasta la mitad del plazo inicialmente fijado y revocar la suspensión de la pena”*, amonestaciones que pese a que en la norma refiere que el juez podrá, sin embargo en la práctica en los delitos de incumplimiento a la obligación alimentaria se realizan como si hubiera un orden de prelación, estableciéndose la revocatoria de la pena solo cuando se hayan agotado todas las alternativas previstas en el artículo 59 del Código Penal; es decir que para revocar la pena en un caso de incumplimiento de pago de liquidación de pensiones se tiene que seguir un procedimiento lento y engorroso que finalmente perjudica únicamente a los alimentistas, limitando o menoscabando el desarrollo integral de los mismos, puesto que no podrán cubrir sus

necesidades básicas tales como: alimentación, vestido, educación y recreación; situación distinta a la del sentenciado, contra quien si bien se ha declarado fundada la denuncia de omisión a la asistencia familiar, sin embargo se le otorga facilidades para el pago de liquidación de pensiones alimenticias, cuando arriban a criterios de oportunidad o conclusión anticipada, que permiten fijar el pago en cuotas, las mismas que en muchos casos también son incumplidas por el imputado, afectando únicamente a los derechos del alimentista, por lo que la manera de conseguir que se cumpla el mandato judicial es no aplicar la suspensión de la ejecución de la pena para los delitos de omisión a la asistencia familiar cuando se acredite que el imputado tiene capacidad económica suficiente para cumplir con el pago de la liquidación y aunado a ello que el alimentista se encuentre padeciendo de enfermedad terminal, siendo necesario proponer las modificaciones legislativas necesarias a fin de asegurar la satisfacción de necesidades básicas y calidad de vida de los citados alimentistas.

2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿En qué supuestos se inaplicará la suspensión de la ejecución de la pena en el delito por omisión a la asistencia familiar?

3. HIPÓTESIS

Los supuestos en que se inaplicará la suspensión de la ejecución de la pena en el delito por omisión a la asistencia familiar serán cuando se acredite que el denunciado cuente con capacidad y solvencia económica y, cuando la víctima alimentista padezca de enfermedad en estado terminal.

4. VARIABLES

- **VI:** La acreditada capacidad económica del agente y el padecimiento de enfermedad en estado terminal de la víctima alimentista, al formalizarse la denuncia.

- **VD:** Supuestos para inaplicar la suspensión de la ejecución de la pena en delitos por omisión a la asistencia familiar

5. OBJETIVOS

5.1. Objetivo General

- Determinar los supuestos en que se inaplicará la suspensión de la ejecución de la pena en delitos por omisión a la asistencia familiar.

5.2. Objetivos Específicos

- Analizar el fundamento axiológico en que se sustenta los delitos de omisión a la asistencia familiar.
- Determinar si la suspensión de la ejecución de la pena en delitos de omisión a la asistencia familiar concuerda o contraviene los pactos, convenios y convenciones internacionales ratificados por nuestro país en materia de protección familiar.
- Analizar la legislación comparada que regula delitos equiparables al de omisión a la asistencia familiar, a fin de determinar si comprenden supuestos como los que se proponen para la inaplicar la suspensión de la ejecución de su pena y determinar sí podrían ser considerados en nuestra legislación interna.
- Analizar la pertinencia de proponer modificaciones legislativas a fin de regular expresamente la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos por omisión a la asistencia familiar cuando se acredite

que el agente cuente con capacidad económica y la víctima padezca de enfermedad en estado terminal.

6. JUSTIFICACIÓN

Jurídicamente el estudio encuentra justificación pues contribuirá con aportar los fundamentos jurídicos para incorporar como supuesto de inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena aquellos casos donde se acredite la capacidad económica del imputado y la víctima padezca de enfermedad terminal, en los delitos de Omisión a la Asistencia Familiar; esto es, atendiendo a la renuencia del imputado de honrar con deber de otorgar lo que se concibe por alimentos pese a existir una orden judicial que dispone su cumplimiento, no obstante contar con los recursos económicos para ello al momento de formalizarse la denuncia y que la parte agraviada (u alimentista) se encuentre padeciendo una enfermedad terminal.

CAPÍTULO II

METODOLOGÍA

1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

a) Por su fin:

La investigación es Básica.

Según Cívicas (2007) *La investigación básica, es también identificada como exacta, fundamental o pura y está encargada de un determinado estudio, sin comprender una inmediata aplicación, pero considerando que a partir de sus descubrimientos podrá generarse productos y resultados nuevos como avances científicos.*

En la presente investigación se partió recopilando documentación e información, materia del objeto en análisis, originándose un marco teórico el cual se mantuvo, incrementando y enriqueciendo los conocimientos científicos, específicamente relacionados con la tipificación de los “supuestos expresos de inaplicabilidad de la suspensión de la pena”, cuando se acredite la capacidad económica del imputado y que la víctima padezca de enfermedad en estado terminal, en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar.

b) Por su nivel de profundidad:

La investigación es Descriptiva.

A decir de Tamayo (2003): *La investigación descriptiva versa sobre realidades de hecho y se caracteriza fundamentalmente por interpretar la realidad conforme es observada por el investigador.*

Al ser descriptiva, en el presente trabajo se analizó de modo pormenorizado el fenómeno jurídico en estudio, identificando sus características y propiedades más resaltantes, lo que permitirá ser considerada como base o antecedente de futuras investigaciones con mayor nivel de rigurosidad y profundidad relacionadas con los “supuestos expresos de inaplicabilidad de la suspensión de la pena” en el delito de omisión a la asistencia familiar, cuando se acredite que

el agente cuente con capacidad económica y la víctima padezca de enfermedad en estado terminal

Asimismo; por cuanto pretenderemos establecer la conducta de los sucesos materia de investigación; es decir, lo pertinente con los presupuestos de índole jurídicos para comprender a la capacidad económica del imputado y el padecimiento de enfermedad en estado terminal de la víctima en el delito de omisión a la asistencia familiar como “supuestos expresos de inaplicabilidad de la suspensión de la pena

c) Por su naturaleza:

La investigación es cualitativa; por cuanto nos interesamos en captar la realidad, partiendo de su percepción identificando los atributos del fenómeno jurídico que estudiaremos partiendo de la información previamente recabada, relacionada con los “supuestos expresos de inaplicabilidad de la suspensión de la pena” regulados en el código sustantivo penal.

d) Por su diseño:

Es no experimental.

A decir de Flames (2012) *En la investigación no experimental, el investigador no otorga valores u condiciones específicas a las variables.*

Nuestro estudio es no experimental; por cuanto no se manipularán variables, los hechos que son materia de análisis fueron extraídos de su propia realidad sin alteración o modificación; tampoco fueron expuestos a estímulos para observar sus efectos; es decir el fenómeno jurídico y su realidad fue estudiado en su estado natural, conforme se presenta.

2. MATERIAL Y MÉTODOS

2.1. Población y muestra

- Población.

Según Arias Gómez, J. (2016) *La población es aquel conjunto accesible, limitado de casos con características y peculiaridades homogéneas, que será referente para seleccionar una muestra. Es considerada el universo de casos.*

- Muestra.

A decir de Arias, F. (2006) *La muestra es aquel subconjunto representativo del conjunto conocido como población, es finito y como tal es extraída y recogida de la citada población.*

Técnica	Unidades de Análisis	SS	Población	Muestra	%
Entrevista	Jueces penales	2	30	30	100
	Fiscales penales	2			
	Abogados penalistas y de familia	7			
	Defensores públicos	4			
	Representantes de alimentistas	15			

2.1.1. Fórmula

En vista a que se trabajará con el 100% de la población no se requiere formula.

2.1.2. Muestreo

Al considerar a la entrevista como técnica de investigación, el muestreo es no probabilístico; en que la investigadora eligió a jueces, fiscales, abogados y defensores públicos en consideración a su reconocimiento profesional. Adicionalmente se eligió a representantes de alimentistas que participaron en proceso de alimentos como de omisión de asistencia familiar en la vía civil y penal; respectivamente a fin de conocer sus posiciones respecto a los criterios que se proponen.

2.1.3. Requisitos de la muestra

- **Válida:** al contar la población y muestra con las mismas características.
- **Representativa:** al representar el 100% de la población.
- **Confiable:** al ser válida y representativa la muestra.

2.2. Unidades de Análisis

- Jueces penales.
- Fiscales Penales
- Abogados penalistas y de familia
- Defensores públicos
- Representantes de alimentistas

2.3. Métodos

a) De la Investigación

❖ Método Científico

Para Néstor Sáenz B, *El método científico comprende un conjunto de etapas señalados previamente en una investigación con la finalidad de lograr conocimientos válidos a través de confiables instrumentos.*

En la presente tesis; empleando el método científico y a partir del conocimiento existente se logró verificar y determinar los supuestos en que se inaplicará la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos por omisión a la asistencia familiar cuando se formalice la denuncia.

b) De la recopilación y análisis de la información

❖ Métodos generales o lógicos

Se empleó los siguientes métodos:

• Método Analítico

A decir por Rodríguez, A. y Pérez, A. (2017) *El método analítico comprende un proceso lógico a través del cual se descomponen lógicamente un todo en sus partes integrantes, así como sus cualidades u propiedades, para su posterior estudio.*

Con el método analítico se seleccionó las diversas fuentes de las que se recopiló y obtuvo información, como los documentos bibliográficos relacionados con los supuestos de no aplicación de la pena suspendida y los delitos de omisión a la asistencia familiar, la

dignidad humana, los fines y funciones de la pena, necesarios en la elaboración del marco teórico.

- **Método Inductivo**

Según Vara (2012) *Por la inducción, se parte de observaciones particulares con la finalidad de arribar a reglas de contenido general.*

Este método fue empleado en la recolección de información cuyos resultados se presentan en el marco teórico, conteniendo categorías jurídicas de lo específico a lo general.

- **Método Deductivo**

Para Dávila (2006) *El método deductivo implica aquel procedimiento a través del cual, con la aplicación de reglas lógicas, a partir de afirmaciones de contenido general podemos arribar a afirmaciones de contenido particular.*

Con ayuda de este método se elaboró las recomendaciones y conclusiones y recomendaciones; pues partiendo de verdades previamente señaladas como principios de alcance general, se aplicó a supuestos específico u particulares.

- **Método Axiológico**

Según Ossorio, M. (2010) *La axiología jurídica hace referencia a la “Estimativa jurídica”, la misma que en una acepción general se refiere al “estudio u tratado de valores”.*

Empleando este método se determinó la valoración jurídica de la normativa que regula el delito de omisión a la asistencia familiar.

- **Método Exegético**

El método exegético fue empleado al momento de estudiar con mayor precisión y profundidad, la regulación jurídica del tema en estudio; concretamente con las disposiciones normativas vinculadas con la suspensión de la pena y supuestos de inaplicación de la pena, el delito de omisión a la asistencia familiar, capacidad económica del deudor alimentario y padecimiento de enfermedad terminal de la víctima

❖ **Métodos específicos o jurídicos**

Empleamos los siguientes métodos:

- **Método Histórico**

Según Pimienta y de la Orden Hoz (2017) por este método se nos permite estudiar y reconstruir hechos y acontecimientos del pasado con diferentes objetos como conocer sobre sus orígenes y también las consecuencias que produjeron.

Con el empleo del método histórico se identificó y conoció los antecedentes de la regulación de supuestos de inaplicación de la suspensión de la pena en los delitos de omisión a la asistencia familiar, cuando se acredite la capacidad económica del imputado y la víctima padezca de enfermedad terminal.

- **Método Doctrinario**

Según Anchondo (2012) *El método doctrinario nos apoya brindándonos una conexión de índole material entre las posturas y las razones lógicas; esto es una conexión con los apartados de un ensayo, un artículo u otras fuentes secundarias.*

Este método se empleó al seleccionar información doctrinaria permitiéndonos identificar y extraer las variadas posturas relacionadas con el tema en investigación, tanto de doctrinarios locales como extranjeros, los mismos que son considerados en el marco teórico que respalda la presente tesis.

- **Método Dogmático**

Con el empleo de este método se logró analizar de modo profundo el sustento y fundamento doctrinario de los fundamentos que sustentan los supuestos de inaplicabilidad de la suspensión de la ejecución de la pena

- **Método Hermenéutico**

Conforme Ossorio, M. (2010) *Por la hermenéutica se logra interpretar textos u documentos escritos a fin de poder fijar su sentido verdadero.*

Con el empleo del método Hermenéutico se analizó de modo crítico, los diversos tópicos y textos legales positivos en que se sustenta nuestra investigación a partir de la realidad problemática, con proyección a evidenciar la esencia normativa relacionada con la

inaplicación de la suspensión de la pena en los delitos de omisión de asistencia familiar cuando se acredite la capacidad económica del imputado y el alimentista padezca de enfermedad en estado terminal.

3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

Las técnicas empleadas en la presente investigación fueron:

- **Acopio documental**

Según Pimienta; Luego de identificar la información confiable y pertinente para la investigación, debemos de clasificarla y ordenarla detalladamente para empezar con su análisis.

Empleando esta técnica se logró clasificar y ordenar la información necesaria para la investigación de diversas bibliotecas especializadas, la misma que luego de su análisis, nos permitió elaborar el marco teórico; para ello, se recurrió a doctrina y legislación tanto nacional como extranjera.

- **Entrevistas**

Para Mcmillan y Schumacher (2005) La entrevista es aquella técnica de investigación en que existe una directa interacción verbal entre una persona que es el entrevistador y otra que es el entrevistado a fin de obtener información especializada de este último.

A través de esta técnica se logró recabar información privilegiada de especialistas directamente vinculados y relacionados al tema objeto de la investigación como son jueces penales, fiscales penales, abogados penalistas, representantes de alimentistas y obligados u deudores alimentarios.

- **Observación**

A decir por Flames (2012) *Por la observación empleamos nuestros sentidos para el análisis de un determinado problema de investigación.*

Con esta técnica no solo se percibió la realidad problemática objeto de estudio, sino también se evidenció documentación directamente vinculada con el tema, permitiendo acceder directamente al fenómeno percibido en la referida realidad problemática que motivó a la investigadora el desarrollo de la investigación.

Los instrumentos utilizados fueron:

- **Fichas bibliográficas**

Según Pimienta *Las fichas bibliográficas son aquellos instrumentos de investigación conocidos también como fichas hemerográficas y en ellas se registrará individualmente datos de la información previamente identificada y seleccionada para la investigación, pudiendo consignar información como sus autores o la localización de los artículos contenidos en revistas, libros u ensayos.*

En las fichas bibliográficas empleadas se registró información respecto a la localización, autores e información respecto a los datos de publicación de los libros, artículos y revistas especializadas relacionados con el delito de omisión a la asistencia familiar y la suspensión de la ejecución de su pena.

- **Cuestionario de Entrevistas**

Para Pimienta *El cuestionario de entrevistas es aquel instrumento de investigación que contiene el conjunto de preguntas estructuradas que se*

aplicarán a los especialistas, como unidades de análisis, relacionados con el fenómeno en estudio.

En la presente investigación, las entrevistas realizadas a los especialistas fueron aplicadas sobre la base del cuestionario de entrevista previamente elaborado, cuyos resultados nos permite contrastar la hipótesis propuesta en el sentido que los supuestos en que se inaplicará la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos por omisión a la asistencia familiar, al formalizarse la denuncia, serán cuando se acredite que el agente cuente con capacidad económica y la víctima padezca de enfermedad en estado terminal.

- **Diario de campo.**

Según Baena (2014) El diario de campo o conocido también como cuaderno es aquel instrumento en que se registra los hechos relevantes que son observados por el investigador al culminar el día o tarea.

La investigadora recurrió al diario de campo a fin de registrar la realidad problemática objeto de estudio, así como la información directamente vinculada con el tema, permitiendo acceder directamente al fenómeno percibido en la referida realidad problemática.

4. PROCEDIMIENTO PARA RECOPIRAR INFORMACIÓN

Nos apersonamos a las principales bibliotecas especializadas de las Facultades de Derecho en las Universidades de la ciudad de Trujillo con la finalidad de identificar y acopiar información bibliográfica necesaria para respaldar la investigación.

Seguidamente se elaboraron los instrumentos de investigación y fueron aplicados en su ejecución; así, previamente se identificó a los especialistas

legales y representantes de alimentistas que fueron entrevistados con la finalidad de conocer sus posiciones a efecto de respaldar o no la hipótesis, así como la propuesta legislativa que proponemos.

5. DISEÑO DE PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS

La investigación es desarrollada y presentada en Capítulos, cuyo contenido se detallan a continuación:

Capítulo I: “EL PROBLEMA”, en que describimos la realidad problemática observada del mundo exterior, presentamos el enunciado del problema, se propone una hipótesis con sus respectivas las variables, se identifican objetivos como metas de investigación y se expone detalladamente la justificación de la presente tesis.

Capítulo II: “METODOLOGÍA” precisando el tipo de investigación, los materiales y métodos de la investigación, se identifica la población y muestra empleada, así como las unidades de análisis a las que se recurrió; las técnicas e instrumentos, el procedimiento de recopilación de información y el diseño de presentación y análisis de datos.

Capítulo III: “FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA”, conteniendo el soporte teórico y doctrinario de la investigación.

Capítulo IV: “DISCUSIÓN DE RESULTADOS”.

Capítulo V: “CONCLUSIONES”

Capítulo VI: RECOMENDACIÓN”

Bibliografía.

CAPÍTULO III
FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

SUB CAPÍTULO I

MARCO REFERENCIAL

a) Antecedentes o Investigaciones Previas

1. **Barranzuela, Charles** (2021) en su investigación “**La capacidad y solvencia económica del imputado como agravante en el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria**”, concluye:

“La pena por incumplir intencionalmente con la obligación alimentaria dispuesta por orden judicial, pese a su connotación fundamental de protección y seguridad alimentaria de los integrantes de la familia, incumple con su función preventiva y por ende a persuadir, ante la generalidad de dictársela en la mayoría de casos con ejecución suspendida o con reserva de fallo, en otros (dado el límite máximo de tres años de pena privativa para su tipo básico, de uno a cuatro años si se simula otra obligación alimentaria o se renuncia malintencionadamente al trabajo; y de dos a cuatro años si origina lesiones graves y de tres a seis años en caso de muerte del alimentista) sin internamiento del obligado en un establecimiento penitenciario, generando con ello incluso la promoción y aumento de casos, situación que se pretende superar regulando como agravante del ilícito cuando se acredite que al formalizarse la denuncia el obligado cuenta con capacidad y solvencia económica y no obstante ello se resiste intencionalmente a cumplirla.

El autor, ante una realidad ciertamente observada también por la investigadora, postula que la “*capacidad o solvencia económica del obligado con prestar alimentos*” debe considerarse en nuestra regulación jurídica como “*agravante*”

del delito de omisión a la asistencia familiar por ser objetiva y evidenciable, posición esta última con la que coincidimos, pero debe serlo como supuesto para no disponer de la suspensión de la ejecución de la pena que generalmente es dispuesta de manera suspendida, pues partimos de la posición de no agravar o endurecer las sanciones penales sino por el contrario de efectivizar las existentes, considerando que con ello se logrará a asegurar el interés superior de los alimentistas.

2. De La Cruz, Katheryn (2015) En la tesis “La no aplicación de la suspensión de la pena en los delitos de Omisión a la Asistencia Familiar”; determina:

“La penalización del abandono familiar surge como respuesta a la ineficacia de las sanciones civiles, fundamentando además su creación en la necesidad de proteger al alimentista y su desarrollo para incluirlo dentro de la sociedad, cumpliendo la pena el rol de intimidar al obligado para que este cumpla con el pago de la liquidación de pensiones alimenticias, ..., las mismas que han quedado suspendidas o se ven limitadas por la omisión de pago del obligado a proveerlas”; del mismo modo “En el delito de omisión a la asistencia familiar, con respecto a su evolución ...de ser rígida y exigente en el pago de la liquidación de pensiones alimenticias, paso a ser benevolente y piadosa con el obligado, olvidando que lo que se reclama es una deuda alimenticia a favor de quien no puede sustentarse con sus propios medios, convirtiendo en ineficaz una ley creada con la finalidad de tutelar los derechos del alimentista”

Al respecto; coincidimos con lo concluido por la autora en el sentido que la sanción por la omisión a la asistencia familiar es apreciada como benevolente, al disponerse que su ejecución sea suspendida, motivo por el cual los obligados muchas veces esperan “confiados” que no afrontarán mayor castigo que recién

cumplir con sus obligaciones alimenticias culminado el proceso penal, siendo válida la posición que dichas penas deben ser dispuestas con ejecución efectiva.

Al respecto con la presente investigación proponemos hasta dos supuestos objetivos y concretos que de manera precisa sustentaría nuestra posición esto es cuando el obligado cuente con capacidad y solvencia económica y pese a ello no cumple con su deber; y, además cuando el alimentista sufra de una enfermedad terminal.

SUB CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

TÍTULO I

1.1. LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

1.1.1. Aspectos preliminares.

Conforme se advierte en Peralta, J. (2002), la vida es el primer y máximo bien de orden jurídico que toda persona posee, que merece desplegar toda acción necesaria para asegurar su conservación siendo necesaria la previsión de todos los medios para ello. De otro lado si bien los antecedentes de los alimentos se pierden en la historia misma, fue en Grecia donde se estableció el deber de los padres de prestarlos a sus hijos y luego del marido en favor de su mujer, en tanto en Roma se reguló la comida, vestimenta, habitación como derecho en beneficio de los hijos y los nietos; en tanto en el Derecho germánico el tema alimentario estuvo vinculado predominantemente a la conformación de la familia y no tanto como deber legal.

La Obligación alimentaria, comprende aquél deber que tiene una persona denominada deudor alimentario de proveer todo lo básico, esencial e indispensable para asegurar que otra subsista (alimentos), conocido como acreedor alimentario; esto es, de suministrar todo lo necesario para cubrir las necesidades básicas de determinada persona que le permita vivir dignamente.

El deber alimenticio surge como consecuencia de la voluntad, pues ante la inexistencia de disposición normativa que imponga o establezca a una persona el deber de prestar alimentación en beneficio de otra, aquel puede comprometerse a otorgarlos en favor de aquellos no debe por mandato legal; es decir que el deber

alimentario a no proviene por el exclusivo mandato legal sino también puede originarse por la propia voluntad de las personas.

A decir de Fernández, M (2013) “*los alimentos representan la locución jurídica más resaltante e importante dentro de la solidaridad, apoyo y asistencia dentro de una familia que a su vez comprende al grupo de necesidades humanas concretas que se interpretan en derechos individuales y que de acuerdo con el ordenamiento jurídico al interior en un Estado de Derecho debe satisfacerse en la esfera de los lazos familiares*”.

La relación obligacional está integrada principalmente por parientes; no obstante el ánimo que se advierte en los alimentos no se minimiza a la esfera familiar, por el contrario trasciende a la comunidad, pues es de interés a la colectividad que sus integrantes no sufran por necesidades no satisfechas, motivo por el cual su exigencia a través de la ley constituye un mecanismo para asegurar y cautelar derechos esenciales de las personas que conforman el grupo familiar o con aquellos que están unidos por parentesco como los consanguíneos; por ello lo señala Encarna Rocas mencionada por Fernández, M. (2013): “*el derecho de familia tiene como objeto fundamental y sustancial intentar la efectivización de los derechos fundamentales*”.

1.1.2 Concepto de alimentos.

Conforme lo enseña Peralta, J. (2002):

Los alimentos representan aquella institución relevante y esencial del Derecho familiar constituido por el deber de orden jurídico prescrito por ley que está conformado por un abanico de prestaciones con la finalidad de satisfacer necesidades de quienes no pueden o están impedidas de prever su propia subsistencia.

Para otros autores, sostienen que:

Los alimentos evocan una variedad de normas orientadas a asegurar el derecho de subsistir de toda persona humana. Establece un vínculo obligacional alimentario, entre el deudor y el acreedor; prescribe situaciones y condiciones de índole jurídico e inclusive de criterios para establecer el quantum de la prestación.

Los alimentos comprenden lo esencial para asegurar el sustento de una persona como educación, asistencia médica, habitación, capacitación, educación, asistencia médica, psicológica, vestido y recreación. El fin de los alimentos es asegurar que la persona se desarrolle de manera integral, puesto que no nos referimos exclusivamente a su desarrollo biológico sino también a su sostenimiento y mantenimiento social, así como a su educación y recreación, aspectos relevantes para el alimentista.

El derecho civil regula el deber que tiene todo padre de mantener a sus hijos y de brindarles protección, iniciando esta obligación desde la gestación misma y finalizando cuando se ostente la mayoría de edad, edad en la cual se espera puedan lograr la capacidad necesaria para procurarse sus propias carencias básicas; no obstante, esta asistencia se puede prolongar a la mayoría de edad, cuando los descendientes solteros cursen estudios de educación superior exitosamente, ya sea de nivel técnico o universitaria, y en el supuesto de aquellos hijos que sufran de discapacidad física o mental.

La "alimentación", tiene una concepción pluridimensional, pues comprende necesidades de vida como: recreación, atención médica, vestido, vivienda, formación profesional y educación, considerando la edad y el estatus de vida de los beneficiarios con los alimentos y la solvencia patrimonial del obligado. También comprende la cantidad de dinero que hubiese afrontado la madre en el desarrollo del embarazo desde que concibió e inclusive hasta el postparto. El incumplimiento de

este deber genera que el progenitor que tenga a su cargo al menor puede solicitar el reconocimiento de este derecho en la vía judicial.

1.1.3 Regulación jurídica de la obligación alimentaria.

Nuestro Estado reconoce expresamente el derecho a la alimentación regulándolo como derecho esencial que ha de ser garantizado por los grupos familiares, pues permite asegurar el ejercicio de otros, como la vestimenta, salud, educación, recreación, y todo lo necesario para que la persona humana se desarrolle integralmente.

1.1.3.1 En la Constitución Política:

Nuestra Constitución Política, en su Capítulo II: “De los Derechos Sociales y Económicos”, prescribe la especial protección de la madre, del niño y el anciano en abandono, y de la familia en su artículo 4; asimismo, en su artículo 6 hace referencia al derecho y deber de alimentación prescribiendo que es derecho como también deber de los progenitores de asistir con educación, alimentación y brindar seguridad a sus descendientes, prescribiendo también que son iguales los deberes y derechos entre los hijos, prohibiéndose toda la alusión en relación al estado civil de sus progenitores, como también respecto a mención relacionada con su filiación tanto en sus documentos de identidad como en los respectivos registros civiles.

Del mismo modo, teniendo en cuenta lo prescrito en nuestra carta magna respecto el derecho y deber alimentario, resulta necesario añadir que la Ley General de salud, creada mediante Ley N° 26842, define la salud como aquella vital y necesaria categoría para que la persona humana pueda desarrollarse, así como el esencial medio para garantizar el genuino bienestar personal; asimismo en su artículo 10 se establece el derecho a contar con una sana alimentación, básica para asegurar necesidades de naturaleza biológica, siendo esta

alimentación de índole familiar y primaria, prescribiéndose también que dicho deber puede ser exigido por el Estado así como por las personas que mantengan legítimo interés por sus familiares o responsables, de conformidad con lo prescrito en el Código Civil.

1.1.3.2 En el Código Civil:

Nuestra actual normativa sustantiva civil conceptualiza a los alimentos como aquella institución de amparo familiar, regulada en el “Libro III: Derecho de Familia, Sección Cuarta: Amparo Familia, Título I: Alimentos y Bienes de Familia, Capítulo I: Alimentos”, comprendiendo del artículo 472 hasta el 487; advirtiéndose en su artículo 472 una concepción similar a la advertida en la Ley N° 27337, que aprobó el Código de los Niños y Adolescentes, específicamente en su artículo 92; al señalar que: Por alimentos debemos entender lo esencial para que una persona pueda subsistir, extendiéndose la definición a lo necesario para su educación, vestimenta, recreación, capacitación para el trabajo, instrucción, asistencia médica y psicológica, conforme la condiciones y situaciones de la familia; también comprende gastos desde la concepción hasta el postparto.

Este título también contiene otras disposiciones respecto los alimentos como aquellas vinculadas con el derecho de alimentación en el supuesto del hijo mayor de edad o en caso no pueda atender con su propia subsistencia sea por incapacidad mental o física; el establecimiento de los sujetos que se deban alimentos recíprocamente; el orden o prelación de prestar alimentos; la gradación según el orden establecido en la ley por sucesión; la posibilidad de prorratear la pensión de alimentos; el deber alimenticio de los parientes; trasladar el deber como efecto de pobreza; el deber para con el hijo alimentista (nacido fuera del

matrimonio sin estar reconocido); los supuestos para establecer alimentos (no requiriéndose una exhaustiva investigación de los ingresos de quien está obligado a proveerlos); supuestos para reajustar o exonerar la pensión alimenticia; la posibilidad que tiene el obligado de prestar alimentos de modo diferente al pago dinerario; restricciones cuando el alimentista sea declarado judicialmente indigno; la extinción de la obligación; y finalmente las características del derecho de alimentos, estableciéndose que no es renunciable, ni transmisible, ni compensable o transigible.

Con respecto a los criterios para establecer judicialmente el monto por alimentos, nuestra normativa sustantiva civil en su artículo 481 prescribe que será en proporción con lo que necesite el alimentista y las posibilidades económicas del alimentante, considerándose también las peculiaridades personales de ambos, especificándose taxativamente que se requiere investigar rigurosamente la suma de los ingresos del obligado con prestarlos.

1.1.3.3 En el Código de los Niños y Adolescentes:

Este código se aprobó mediante Ley N° 27337, sus disposiciones surten efecto desde el ocho de agosto de 2000, y regula la institución jurídica de los alimentos en su “Libro Tercero: Instituciones Familiares, Título I: La Familia y los Adultos Responsables de los Niños y Adolescentes, Capítulo IV: Alimentos”; comprendiendo aspectos relacionados con su conceptualización, las personas obligadas a prestarlos, los supuestos en que subsiste el deber alimentario, supuestos para el prorrateo de alimentos, la competencia para demandar alimentos, incremento, reducción, extinción o prorrateo; y la restricción para quien fuera emplazado en caso de pretender un futuro proceso de tenencia, a excepción de causa

justificada; temas contenidos en el artículo 92 hasta el 97 del referido código.

El artículo 92 del citado código, conceptualiza a los alimentos como lo esencial e indispensable para que una persona pueda subsistir como la educación, la habitación, el vestido, asistencia médica y psicológica y la recreación que requiera el adolescentes o el niño así como asegurar su preparación para trabajar, haciéndose extensivo inclusive a los desembolsos económicos del embarazo hasta el postparto; ello en consonancia con el deber del estado de proteger al concebido, niño y adolescente, recogido en los Artículo I y VI de su propio Título Preliminar.

De otro lado, el artículo 93 establece quienes son los llamados a cumplir con los alimentos, encontrándose en primer orden, la responsabilidad de los padres en el cumplimiento de este deber con sus hijos, y frente a la ausencia de aquellos o por falta de su ubicación, por prelación serán los hermanos mayores de edad, los abuelos, seguidamente de sus familiares en orden colateral inclusive extendiéndose al tercer orden, quienes podrán ser responsables de los adolescentes o niños.

En ese sentido, se puede afirmar que las disposiciones del código en análisis tienden a garantizar el superior interés del menor, adoptando el Estado, un marco normativo de colaboración interinstitucional con el Ministerio Público, así como con el Poder Judicial, que permita salvaguardar eficazmente el derecho alimenticio de los menores.

1.1.4 Naturaleza Jurídica y Sujetos en la obligación alimentaria.

1.1.4.1 Naturaleza Jurídica

Según Peralta, J. (2002) Hasta tres tesis postulan la naturaleza jurídica de la institución de los alimentos: *i) La Patrimonialista*, por cuanto es susceptible de valoración económica. Actualmente esta tesis va perdiendo sustento por cuanto también posee características de ser extrapatrimonial o personal; *ii) No Patrimonial*, pues el derecho de alimentos es personal, el alimentista no tiene por objetivo incrementar su patrimonio; y, *iii) Sui generis*, de contenido patrimonial y finalidad personal vinculado a un interés sublime y familiar:

1.1.4.2 Sujetos en la obligación alimentaria

Los sujetos de una obligación alimentaria son: el alimentista o beneficiario de la pensión alimenticia y, por el otro el deudor con procurarlos en favor del alimentista.

1.1.5 Beneficiarios de una pensión alimentaria.

El código civil, en su artículo 75 establece quienes serán beneficiados con una pensión alimenticia de modo recíproco, señalando:

1.1.5.1 Alimentos entre cónyuges

Entre esposos, el derecho alimenticio se origina en el deber recíproco de asistirse mutuamente, conforme lo establecido en el artículo 288 de nuestro cuerpo normativo sustantivo civil, que establece: “*Los Cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia*”, entendiéndose por asistencia, al apoyo moral y material que cada esposo debe procurar al otro, así también el cuidado y la protección en caso de invalidez o enfermedad.

Sobre el particular, el citado cuerpo normativo en su artículo 291 prescribe que en el caso que uno de los esposos se dedique al cuidado

de los hijos y del hogar, el deber alimentario recae en el otro cónyuge, no estableciendo diferencia entre varón o mujer; en tanto que en supuestos en que los dos cónyuges generen sus propios ingresos, ambos están obligados a cubrir los gastos que demande el hogar.

La finalización del derecho en alusión, se encuentra regulado en el artículo 291 del Código Civil al prescribir: *“Cesa la obligación de los cónyuges de alimentar al otro cuando este abandona la casa conyugal si justa causa y rehúsa volver a ella”*.

1.1.5.2 Alimentos de los padres

El código sustantivo civil, en su artículo 474 y específicamente en su numeral 2 establece que se recíprocamente deben procurarse alimentos los ascendientes y descendientes; esto es, de progenitores hacia sus hijos y viceversa, existiendo la posibilidad que cuando los hijos por un lado adquieran la mayoría de edad, puedan velar por sí mismos, económicamente, y los padres por otro lado vean limitada su fuerza física y su capacidad cognitiva al convertirse en adultos mayores y no puedan solventar sus necesidades básicas, los progenitores podrán ser acreedores de los alimentos y sus hijos, los obligados a prestarlos. Esta regulación encuentra sustento, puesto que, de la misma forma en que los padres deben educar y alimentar a sus hijos, estos, en determinado momento también deberán de proveerles de alimentos a sus progenitores y velar por la satisfacción de sus necesidades básicas.

1.1.5.3 Alimentos de los hijos

Los hijos nacidos dentro del matrimonio como fuera de este, gozan de iguales derechos por alimentos.

Nuestra carta magna en su artículo 6, segundo párrafo, establece que *“Es deber y derecho de los padres, alimentar, educar y brindar seguridad a sus hijos”*, especificándose en nuestro Código Civil que este derecho es absoluto en el supuesto de hijos con minoría de edad, sin embargo en el caso de los mayores de edad, se condicionan los alimentos a que los hijos estén estudiando un oficio o profesión con éxito incluso hasta los 28 años de edad, así como los hijos que se encuentren solteros y que además carezcan de la capacidad para poder proveer a subsistencia propia sea por incapacidad física o mental acreditada debidamente. Lo expuesto, también está recogido en la Ley N° 27337 que aprueba el Código de los Niños y Adolescentes, específicamente en su artículo 93 al prescribir que los padres deben cumplir con prestar a favor de sus hijos con los alimentos necesarios.

1.1.5.4 Alimentos a los hermanos.

Nuestro código sustantivo civil, en el artículo 474 y específicamente en su tercer numeral, establece que al igual que entre los esposos y entre descendientes y ascendientes que deben preverse de modo recíproco asistencia alimentaria, también deben prestarse los hermanos recíprocamente alimentos, cuando alguno de ellos a pesar de tener la mayoría de edad se vea imposibilitado de cubrir sus necesidades básicas por causas ajenas al mismo; no obstante ello el Código de los Niños y Adolescente aprobado con Ley N° 27337, en su artículo 93 y específicamente en su numeral regula expresamente

el deber que no es mutuo, que tendría el hermano mayor de edad respecto su hermano menor cuando se desconozca se ubican sus progenitores o estuvieren ausentes.

1.1.5.5 Alimentos a los concubinos

Nuestro código sustantivo civil, reconoce únicamente la unión de hecho propia (concubinato strictu sensu), definiéndola en el primer párrafo del artículo 326 del Código Civil, como *“aquella unión voluntaria de hombre y mujer sin barreras maritales para contraer matrimonio, que pueden alcanzar metas y realizar los mismos deberes que el matrimonio con efectos jurídicos”* respecto la propiedad de bienes cuando dicha unión dure al menos dos años consecutivos; estableciéndose en el tercer párrafo del artículo anotado, el derecho a solicitar alimentos en los casos de unión de hecho strictu sensu, cuando la relación convivencial haya concluido, y a elección del concubino abandonado; solicitud que deberá ser valorada por el Juez Competente. En estos casos la obligación alimentaria surge a fin de hacer frente las necesidades del conviviente que fuere abandonado.

1.1.5.6 Alimentos a otros ascendientes

En este supuesto el beneficiario será el abuelo, quien solicitará alimentos a su nieto cuando estuviere en condiciones de otorgarlos; el cual estará obligación a suministrarle alimentarlos por mandato legal cuando su hijo (quien debería prestarle alimentos) haya fallecido o no sea posible requerirle los alimentos.

1.1.5.7 Alimentos a otros descendientes

Si bien es claro, que todo progenitor debe prestar alimentos en favor de sus hijos, se genera la interrogante respecto de cómo proceder en los casos donde el progenitor no cuenta con las posibilidades de prestarlos o ha fallecido. Ante este supuesto el nuestro Código Civil en su artículo 474 numeral 2, prescribe que descendientes y ascendientes se deben alimentos de modo recíproco, por ello el acreedor (nieto) está en condiciones de requerir alimentos a su abuelo, en el supuesto de inexistir otros llamados a prestarlos conforme el orden preferencial legal; concordante con lo prescrito en la Ley N° 27337, Código de los Niños y Adolescente, concretamente en su artículo 93 numerales 2 y 3, que establece que en casos de padres ausentes o de paradero no conocido, los llamados a otorgar alimentos serán los hermanos mayores de edad como los abuelos, en primer orden de prelación, entre otros.

1.1.6 Criterios para fijar alimentos

De conformidad con las disposiciones del artículo 481 de nuestro cuerpo normativo sustantivo civil, se prescribe que el Juez regulará los alimentos en consideración a:

1.1.6.1 Estado de Necesidad del acreedor alimentario.

En este extremo es válido sostener que los acreedores alimentarios se encuentran en distintas situaciones respecto a sus necesidades alimenticias; así por ejemplo tratándose de un menor de edad, sus necesidades se presumen en relación a su natural incapacidad;

mientras que en el supuesto de alimentistas mayores de edad no se puede realizar tal presunción puesto que estos bien podrían valerse por sí mismos y a través de sus propios medios, sin embargo en los supuestos de que estos acreedores se encuentran cursando estudios superior de manera exitosa, ya sea de nivel técnico o universitario, acreditarán dicho éxitos con la documentación correspondiente. Lo mismo ocurrirá en el supuesto de los acreedores que cuentan con mayoría de edad que acrediten debidamente su incapacidad física o mental

1.1.6.2 Posibilidad Económica del que debe darlos

En atención a este punto, el Juez evaluará los ingresos del alimentante o deudor, si se trata de un trabajador dependiente o independiente, si cuenta con carga familiar y/o deudas; sin embargo, de tener carga familiar o deudas, ello no eximirá de cumplir con una pensión alimenticia, más aún si se presentan pruebas indiciarias de que el obligado cuenta con suficientes ingresos económicos que le permitirían acceder a la pensión solicitada.

1.1.7 Los Alimentos en Tratados Internacionales de Derechos Humanos

Los tratados internacionales, como disposiciones supranacionales que integran nuestro interno ordenamiento jurídico coadyuvan a respaldar nuestra investigación a fin que; ante el incumplimiento con prestar una pensión alimenticias se advierta que el obligado cuenta con capacidad y solvencia económica, no se disponga de la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos por omisión a la asistencia familiar cuando el alimentista padezcan de enfermedad terminal; por ello se analizarán las disposiciones que regulan la institución jurídica de los alimentos.

1.1.7.1 En la Convención sobre los Derechos del Niño

Esta Convención es un tratado de las Naciones Unidas, que constituye la primera ley internacional “*jurídicamente vinculante*” respecto a los derechos de las niñas y los niños; es de obligatorio cumplimiento, concentra derechos de índole económico, políticos, civiles, culturales y sociales que reflejan las distintas situaciones en que pueden verse inmersos las niñas, niños y adolescentes a nivel mundial; está compuesta de 54 artículos y prescribe que “*Todos los niños, gozan de absoluto libertad para desarrollarse de manera física, psicológica y socialmente contando también con el derecho para manifestar sus opiniones de manera libre*”.

Respecto el derecho alimentario, cabe referir que está contenido en el artículo 27 de la citada Convención, prescribiendo que los Estados adscritos reconocerán y aceptaran el derecho a favor de todos los niños de contar y gozar de un óptimo nivel de vida óptimo asegurando su integral desarrollo; asimismo: “*establece el deber de los padres u encargados de los niños a proveerles, de acorde a sus posibilidades, las necesarias condiciones de vida para su desarrollo*”; en consecuencia todos los Estados están en la obligación de adoptar las medidas necesarias para coadyuvar en la efectivización de los derechos procurando y asegurando las posibilidades de realizar programas para apoyar y asistir vinculados con temas de vestuario, vivienda y nutrición.

En ese mismo sentido, la norma también refiere que “*los Estados adoptarán medidas pertinentes para “asegurar el pago de la pensión por alimentos” tanto por sus padres o por quienes sean responsables económicamente por velar y asegurar al desarrollo del niño.*

1.1.7.2 La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948:

La alimentación como derecho fue regulada en 1948, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; específicamente en su artículo 25, dentro del derecho a gozar de un adecuado nivel de vida.

Es concebido como un derecho inherente a la persona por su condición humana de alcance universal, adoptado por la normatividad internacional a fin de asegurar a todos los seres humanos el derecho de poder asegurar sus alimentos con dignidad, sea bien adquiriéndolo o generando su propio alimento.

Según la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el derecho a la alimentación es *“El derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente o mediante compra en dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente”*. Comprende la posibilidad de alimentarse dignamente con sus propios medios. Así también podemos señalar que el derecho en análisis cuenta con dos esenciales componentes: el acceso a la alimentación y la disponibilidad de la alimentación.

La Asamblea General de las Naciones Unidas reconoce en la Declaración Universal de Derechos Humanos, concretamente en sus artículos 25 y 26 que todas las personas tenemos el derecho de poder disfrutar concurrentemente con su familia, de un nivel de vida que le garantice la satisfacción de sus necesidades básicas, tales como: vestimenta, asistencia médica, vivienda, bienestar y alimentación, entre otros; asegurando también la protección a la maternidad y prescribiendo la igualdad a los niños que nazcan fuera o dentro de una unión matrimonial, así también el poder educarse; señalando que

esta es gratuita, la básica y elemental como mínimo, respectivamente, contenido que ha sido recogido en nuestra legislación al establecer la definición y alcances de los alimentos.

1.1.7.3 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

Esta normativa de alcance internacional advierte en su “*Capítulo I: Derechos, el expreso reconocimiento del amparo a la infancia y la maternidad*”, así en su Artículo VII se asegura el derecho al estado de gravidez y postparto (lactancia) como también se asegura la protección de los niños; prescribiendo la guarda a la salud y bienestar de las personas incluyendo el derecho a sus alimentos, vestido, vivienda, asistencia médica, y el derecho a educarse sobre la base de principios de moralidad, solidaridad y libertad de acorde con los preceptos contenidos en su artículo XII.

En relación a la Obligación Alimentaria, se puede advertir que en el Capítulo II, Artículo XXX se precisa la obligación de alimentar, prestar asistencia, amparar y educar a los hijos que sean menores de edad por parte de los padres en favor de sus menores hijos, así también el deber explícito de los hijos de brindar asistencia y honrar a sus progenitores.

1.1.8 El proceso judicial de Alimentos

1.1.8.1 Consideraciones preliminares

Habiendo definido los alimentos como lo esencial a fin que la persona subsista como asistencia médica, habitación y vestido en concordancia con las posibilidades y la situación del obligado con procurarlos y el alimentista en sujeción a las disposiciones

normativas contenidas en el Código de los Niños y Adolescentes y el código sustantivo civil, incluyendo en el primero, a diferencia del segundo, aspectos como recreación del adolescente o niño e incluso gastos que demande el embarazo desde la concepción hasta el postparto, es necesario el análisis de lineamientos en que sujeta la postulación y continuación de un proceso judicial con la finalidad de fijar el importe y modalidad de prestación en el supuesto que el obligado incumplir con otorgarlos voluntariamente, no obstante saber y conocer las carencias y requerimientos alimenticios del menor así como las condiciones de salud del mismo.

Nuestro Código adjetivo civil aprobado con el Decreto Legislativo N° 768, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado con Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, vigente desde el 28 de julio de 1993; específicamente en su artículo 546 numeral 1, prevé que el proceso judicial de alimentos se sustanciará observando los lineamientos del proceso sumarísimo y concretamente a la *“Sección Quinta: Procesos Contenciosos, Título III: Proceso Sumarísimo, Capítulo II: Disposiciones Generales, Subcapítulo 1: Alimentos, que comprende del artículo 560 al 572 del referido Texto único Ordenado”*, siendo también de tener en consideración las específicas disposiciones reguladas en la Ley N° 27337 que aprueba el Código de los Niños y Adolescentes; sin embargo posteriormente a través de la Resolución Administrativa N° 000167-2020-CE-PJ de cuatro de junio de 2020 se aprobó la Directiva N° 007-2020-CE-PJ, estableciéndose un *“Proceso Simplificado y Virtual de Pensión de Alimentos para Niña, Niño y Adolescente”*, a fin de contribuir que los Procesos Judiciales de Alimentos sean más céleres en beneficio del interés superior de todos los menores alimentistas, pues al expedirse el auto admisorio se dispondrá de una asignación anticipada de oficio, se fijaría fecha y hora de audiencia única virtual

y se consignaría link de audiencia, en donde las partes podrían arribar a una conciliación o de frustrarse la misma, se oraliza y actúan los medios probatorios, luego de lo cual las partes exponen sus alegatos y el juez emite sentencia de manera oral.

1.1.8.2 Competencia

Conforme lo refiere Florián, O. (2017) según las disposiciones del código adjetivo civil; específicamente las contenidas en su artículo 560 se precisa de una competencia territorial facultativa o potestativa, pudiendo la parte demandante escoger si demandar ante el Juez del domicilio del demandado o ante el Juez de Paz Letrado de su propio domicilio, en concordancia con lo regulado en el Código de los Niños y Adolescentes, concretamente en su artículo 96 primer párrafo y el artículo 547, segundo párrafo del código adjetivo civil.

1.1.8.3 Representación en el proceso y exoneración de tasas judiciales.

El artículo 561 en análisis, prescribe que en los procesos por alimentos es válida la representación procesal; así, el padre o la madre del menor alimentista, a cargo de su custodia conforme los alcances del Código de los Niños y Adolescentes; el Ministerio Público; los apoderados judiciales de la parte accionante capaz; quienes ejercen la titularidad de los centros en que los menores se encuentren; entre otros, conforme disposiciones de la propia ley.

En relación al pago de tasas judiciales, cuando el importe demandado no sea superior a veinte Unidades de Referencia Procesal, estarán exoneradas conforme alcances del artículo 562 del mismo código.

1.1.8.4 Pedidos especiales de la parte accionante.

Conforme a las disposiciones de la Directiva N° 007-2020-CE-PJ “Proceso Simplificado y Virtual de Pensión de Alimentos para Niña, Niño y Adolescente”, aprobada con Resolución Administrativa N° 000167-2020-CE-PJ de cuatro de junio de 2020, la parte accionante podrá ejercitar las siguientes peticiones:

- Se prohíba que el demandado salga del país, conforme el artículo 563 del código adjetivo civil; y, cuando este acreditado indubitadamente el vínculo familiar podrá pedir en caso no esté suficientemente garantizada la pensión alimenticia o la asignación familiar, que dicho emplazado no se ausente del país previa comunicación a la Oficina de Migraciones, por el Juez.
- Requerir al centro de labores del emplazado un Informe por escrito y precisando respecto a las remuneraciones y demás beneficios sociales (gratificaciones, vacaciones, utilidades, etc) de libre disposición; petición que se realizará al empleador como a todo quién esté obligado a cumplir con alguna retribución económica al emplazado por servicios que hubiere brindado; el citado informe será presentado en el lapso de siete días hábiles, caso contrario el requerido a presentarlo podrá afrontar denuncia por resistencia y desobediencia a la autoridad, tipificado en el artículo 371 del Código Penal. Asimismo, de comprobarse que el referido Informe es falso se remitirá copias certificadas al Ministerio Público.
- Solicitar a SUNARP información respecto los bienes muebles o inmuebles a nombre del demandado que le pudiera generar renta o ingresos al demandado.

- La pensión alimenticia se establece en la sentencia en caso se frustrare la conciliación, debiendo abonarse considerando por adelantado un periodo y pudiendo disponer su ejecución u cumplimiento aun si ésta es impugnada; dicha pensión se fijará prescindiendo del importe establecido en la demanda y al ejecutarse se actualizará a su valor real, generando intereses de acuerdo con las disposiciones establecidas en el artículo 1236 del Código civil.

El fallo de primera instancia se cumplirá aun cuando fuera apelada y por adelantada; en tanto si el monto es modificado con la sentencia de vista, se dispondrá el pago de dicho monto.

Finalmente, resulta necesario acotar que en concordancia con la regulación del artículo 572 del Código Procesal civil, es válido requerir al emplazado constituir idónea garantía a criterio del juez; en tanto pueda contarse con una decisión firme de pago por alimentos.

- En relación con pensiones devengadas; culminado el proceso judicial con decisión firme a favor del accionante y en caso el demandado adeude pensiones se liquidan las pensiones adeudadas con sus intereses respectivos, debiendo de computarse desde el día siguiente que la demanda fue válidamente notificada en el domicilio real del emplazado; dicha liquidación deberá de notificarse al demandado quién podrá observarla en el plazo de tres días; de lo contrario, no siendo observada o disponiendo se la tenga por aprobada y consentida, y ante la renuencia del demandado a pagar la liquidación adeudada se solicitará la remisión de copias certificadas a fiscalía.

Según Ledesma, M. (2015): Es válido afirmar que, como efecto secundario de la liquidación de pensiones, respecto a su propia ejecución es el poder solicitar que el obligado sea registrado en el Registro de deudores alimentarios morosos (REDAM), al amparo de Ley N° 28970 de adeudar sucesivamente o no tres pensiones contenidas en sentencias firmes o en acuerdos conciliatorios con calidad de cosa juzgada. Asimismo, se dispondrá de la inscripción que quienes no cumplan con pagar tres meses de pensiones devengadas en el transcurso del proceso judicial a partir de ser exigibles.

- Conforme a la Ley N° 28439, Ley que simplificó disposiciones al proceso por alimentos incorporando el artículo 566-A del código adjetivo civil, denunciar al obligado por Omisión a la Asistencia Familiar luego de notificado al emplazado la ejecución de la sentencia firme y no cumplir con el pago, a requerimiento del accionante, el juez (previo expreso y literal apercibimiento al emplazado) ordenará la remisión al Ministerio Público de copia certificada de su liquidación.

A decir de Ledesma, M. (2015) contextualizándonos en una realidad con una sentencia que dispone el cumplimiento de una prestación de dar, que es incumplida y en que el obligado asume una postura de resistirse frente a lo que el ordenamiento jurídico dispone una inexorable acción judicial a fin de asegurar el derecho del vencedor. Del mismo modo precisa: *“La sentencia que ordena el pago de alimentos es la llave imprescindible para aperturar la puerta de ejecución”*.

En ese sentido, el apercibimiento representa a una advertencia que expresamente conmina a una especial y concreta sanción; es el Juez quien intimida con la advertencia al contar con la potestad para tal acto preventivo, con el único fin de que el demandado cumpla con pagar el importe por concepto de pensiones devengadas liquidadas y adeudadas en determinado periodo. En el supuesto que el obligado cumpla con cancelar la pensión alimenticia se tiene por cancelada la deuda por concepto de liquidación de pensiones devengadas del periodo liquidado; sin embargo en caso de que el demandado, pese a estar debidamente notificado con la resolución que tiene por aprobada la liquidación y a través de la cual se requiera el pago con apercibimiento de remisión de copias a fiscalía, se procederá a hacerse efectivo tal apercibimiento y en consecuencia a remitirse a la Fiscalía Penal de Turno, copias certificadas de los principales actuados a la a fin de que se inicie proceso penal conforme el Artículo 149 del Código Penal por Omisión a la Asistencia Familiar; ello a fin de cautelar los intereses superiores del adolescente y del niño, y también asegurar la eficacia de las decisiones judiciales, en que expresamente se reconocen a su favor derechos fundamentales.

TÍTULO II

2.1 ENFERMEDADES TERMINALES

2.1.1 Aspectos Generales

La conceptualización de “enfermedad terminal” ha cambiado conforme los adelantos de la tecnología y la medicina; así por ejemplo en la actualidad existen enfermedades que en el pasado eran concebidas como terminales como la insuficiencia renal que hoy en día pueden tratarse con un trasplante.

En la actualidad, cada vez las enfermedades afectan a grupos etarios más jóvenes, conllevándonos a afirmar que es mayor el tiempo para que la salud sea deteriorada; de otro lado existe un descenso en la esperanza de vida que genera una expansión de la discapacidad o morbilidad asociadas.

De otro lado, si bien cualitativamente han mejorado los equipos o herramientas de los sistemas de salud y la sobrevivencia, en términos generales a decir de Rioja – García, C. (2018) la información relacionada con la infraestructura sanitaria, la calidad de vida, los fallecimientos de personas con enfermedades terminales o crónicas y otros aspectos en el país son muy escasos; aún se advierten falencias para atender paliativamente en los centros de salud en el tratamiento de enfermedades terminales y/o crónicas; asimismo se advierte la carencia de un marco normativo que resulte adecuado, conllevando que sea escasa la capacitación de los recursos humanos como la gestión de los servicios; lo cual se ha evidenciado en estos últimos años en donde el sistema de Salud ha colapsado a tal punto que los hospitales o centros de salud priorizaban la atención de pacientes Covid - 19,

respecto otros pacientes pese a encontrarse con avanzados estadios de enfermedades terminales u crónicas que requerían medicinas paliativas y demás cuidados; sin embargo a fin de no exponer a tales pacientes se suspendió la atención de los mismos considerándoseles incluso como población de riesgo y en consecuencia personas vulnerables

2.1.2 Enfermedad terminal

La enfermedad terminal, es concebida como *“aquella patología incurable, con expectativa de vida no superior a 6 meses, y en la que no existe posibilidad de curación habiéndose tratado con todos los recursos terapéuticos existentes”*.

Del mismo se afirma que una enfermedad terminal es aquella que está bastante avanzada, de irreversible evolución e insensible de algún tratamiento que pueda detenerla, menos curarla. La prognosis de quien la padece suele ser la muerte en un lapso de tiempo no muy extenso; generalmente está vinculada con el cáncer en su fase de metástasis, como también con enfermedades pulmonares o cardiacas en un estadio no reversible.

Lo antes señalado, unido al gran impacto emocional que asume el paciente, así como sus familiares, desencadena en una gran preocupación por la innegable cercanía de la muerte. En consecuencia, hablar de enfermedad terminal conlleva necesariamente a vincularla con calidad de vida; esto es, con una de las principales y grandes preocupaciones de familiares y del equipo terapéutico.

En la situación de enfermedad terminal convergen una gama de peculiaridades relevantes e importantes no sólo para conceptualizarla, sino también para prescribir adecuadamente las acciones terapéuticas a seguir.

En la enfermedad terminal, se presentan las siguientes características:

- Es progresiva, avanzada e incurable.
- Ausencia de razonables alternativas como respuesta frente a tratamientos específicos.
- Existencia de variados síntomas o problemas, cambiantes, multifactoriales y múltiples.
- Prognosis limitada de vida.
- Grave estado general.
- Tratamiento de comprobada ineficiencia.
- Inexistencia de tratamientos activos paralelos.

Asimismo; entre las enfermedades que con frecuencia conducen a un estado termina, podemos señalar:

- Cirrosis hepática.
- La arteriosclerosis (HTA, miocardiopatía, diabetes, senilidad).
- Las enfermedades que degeneran el sistema nervioso central.
- El cáncer.
- El sida.
- Enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC).

2.1.3 Calidad de vida del paciente con enfermedad terminal.

Parafraseando a la Organización Mundial de la Salud - OMS (1999) podemos señalar que por calidad de vida se entiende a aquella manera en que una persona percibe sobre su posición en la vida respecto al conjunto de circunstancias culturales y del sistema de valores en el que se desenvuelve, con relación a sus objetivos, expectativas, intenciones, normas, propósitos, y preocupaciones. La calidad de vida comprende un complejo y extenso concepto que comprende el nivel de independencia, la salud física, las relaciones sociales y el estado psicológico; asimismo, considerando los alcances de la “teoría esencialista”, la muerte evidencia un dualismo que diferencia entre la muerte del cuerpo y la muerte de la persona, las creencias

de cada individuo y las relaciones con aspectos de sobresalientes en el entorno.

2.1.4 Tratamiento al paciente con enfermedad terminal

La sintomatología y las complicaciones que deben afrontar las personas con enfermedad terminal son tratados con los conocidos “*cuidados paliativos, o cuidados tipo Hospice*” que, según el Subcomité europeo de Cuidados paliativos de la CEE, son definidos como:

“Tipo de cuidados que promueven una asistencia total, activa y continuada de los pacientes y sus familias por un equipo multiprofesional cuando la expectativa médica no es la curación. La meta fundamental es proporcionar bienestar al paciente y su familia sin intentar alargar la supervivencia. Debe cubrir las necesidades físicas, psicológicas, espirituales y sociales del paciente y sus familiares. Si es necesario, el apoyo debe incluir el proceso de duelo”.

2.1.5 Derechos del paciente con enfermedad terminal

De igual modo; la Organización Mundial de la Salud - OMS (1990) precisa que las personas que sufren de enfermedad terminales cuentan con los derechos siguientes:

- A conservar una esperanza, independientemente de la fuere.
- De expresar libremente, y a su manera, sus emociones y sentimientos respecto al acercamiento a la muerte.
- De recibir de parte de médicos y enfermeras, la debida atención e incluso cuando la finalidad de la curación sea variada con el fin de obtener un mayor confort.
- A no morir solo.
- De ser tratado y considerado, hasta su muerte, como una persona.

- A contar con respuestas honestas, independientemente de las preguntas formuladas.
- A que el personal médico no le oculte o mienta respecto a la evolución de su enfermedad o también respecto a su esperanza de vida.
- A recibir ayuda de parte de sus familiares y a su propia familia respecto a la aceptación de su muerte.
- A morir dignamente y en paz.
- A conservar su individualidad, no siendo juzgado por las decisiones que hubieren podido ser no compatibles a las creencias de terceros.
- A gozar del cuidado de personas competentes y sensibles, que comprendan y entiendan sus necesidades y requerimientos, siendo capaces de brindar satisfacciones y ayuda para enfrentar la muerte.
- A que su cuerpo sea respetado, aun luego de su muerte.

De lo expuesto se deduce que quién padece una enfermedad terminal necesita calidad de vida hasta el momento de su muerte; no solo por parte del personal médico, sino también del Estado y de su propia familia, pues garantizar la calidad de vida de quienes padecen de enfermedad terminal mediante la instauración de los cuidados paliativos es vital; pues, resulta indudable que son esenciales para mantener y preservar la dignidad de aquellas personas; a quienes muchas veces se les brinda tratamiento paliativo para sobrellevar la enfermedad; sin embargo en la realidad vemos como muchas veces nuestro sistema de salud no se abastece para brindar tal tratamiento a la totalidad de enfermos en etapa terminal que lo requieren por lo cual muchas veces no solo necesitan adquirir algunos medicamentos en farmacias privadas, sino que en muchos casos también requieren una dieta especial los cuales no pueden ser cubierta por el enfermo ni mucho menos por el Estado. Ante ello, este trabajo de investigación plantea la necesidad de que aquellas personas que padezcan de este tipo de enfermedad terminales y que tienen la condición de parte agraviada en un proceso judicial por

Omisión a la Asistencia Familiar puedan lograr que sus derechos sean reivindicados de manera célere, no permitiendo que el imputado por este delito que goza de solvencia económica y conoce el estado de salud del alimentista, ya sea mayor o menor de edad, espere que se remitan copias a fiscalía para arribar a un principio de oportunidad ya sea en etapa preliminar con el fiscal a cargo del caso ,o bien Penal a una terminación o conclusión anticipada con la parte agraviada, quien con la sola esperanza de evitar que se alargue el proceso atendiendo su condición médica prefiere aceptar el pago inicial que en muchos casos realiza el imputado y arribar a un acuerdo con el mismo ante el Juez Penal; por lo cual resulta necesaria la regulación expresa de lo descrito como otro supuesto de inaplicación de la pena suspendida que debe ser regulado expresamente en el artículo 57 del Código Penal

TÍTULO III

3.1 EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

3.1.1 Generalidades

Nuestro vigente Código Penal, tipifica y sanciona en su artículo 149, el injusto por abandonar económicamente, requiriendo de un previo derecho de alimentos judicialmente dispuesto y/o reconocido; esto es, de un reclamo realizado en la vía judicial y de contenido patrimonial.

Para un sector de la doctrina: *“No todo bien jurídico requiere de tutela penal”*; por el contrario, se requerirá a partir de la suficiente relevancia material y de la necesidad, de una efectiva protección por parte del derecho penal, a fin de satisfacer un concreto interés social y lograr la calificación de *“bien Jurídico Penal”*

3.1.2 Definición

Según Ossorio, M. (2010) por omisión se conceptualiza a la falta de actuar, de hacer, a la no realización de un comportamiento ante a un obrar u deber; de otro lado, asistencia familiar hace referencia al vínculo por parentesco que comprende además de derechos, obligaciones o deberes originados de instituciones como la unión matrimonial o la patria potestad cuya falta de cumplimiento origina sanciones y responsabilidades civiles como penales como las vinculadas con la alimentación de los hijos; en consecuencia por omisión a la asistencia familiar es válido afirmar que está referido al acto u omisión de los deberes de asistencia a favor y entre familiares que se encuentran unidos por un vínculo parental.

De lo expuesto, resulta necesario precisar que el ilícito de Omisión a la Asistencia Familiar se encuentra regulado en el artículo 149 dentro del Capítulo IV: Omisión a la Asistencia Familiar, Título III: Delitos contra la Familia del Libro Segundo: Parte Especial, Delitos del código sustantivo penal, prescribiendo:

“El que no cumple con su deber de proporcionar los alimentos, previamente fijados y determinados por orden judicial, será sancionado con una pena que no excederá de tres años de privación de su libertad personal e individual o prestando servicio comunitario de entre veinte a cincuenta y dos jornadas; independientemente de cumplir con la orden judicial”.

En el mismo artículo se establece como agravante del tipo penal cuando *“el obligado simule obligaciones de la misma naturaleza”*, como sería el supuesto en que el obligado se hiciera demandar por sus padres, conviviente o esposa, o bien arribando a un acuerdo conciliatorio *“express”* con la intención de disminuir su capacidad económica; así también si: *“abandone, renuncie intencionalmente a su centro laboral con la finalidad de incumplir con su deber alimentario”*; de otro lado, sí a consecuencia del incumplimiento se genera lesiones graves e inclusive el fallecimiento del beneficiado con la pensión de alimentos habiendo éstas sido previstas, también se incrementará la pena *“de entre dos a cuatro años de privación de la libertad por lesiones graves o de tres a seis años en el supuesto que se produzca su fallecimiento”*, supuesto que en la práctica observamos que no toma en cuenta al momento de incoar proceso inmediato; pues al momento de que el Ministerio Público incoa Proceso Inmediato solo se verifica si el investigado tiene antecedentes penales, policiales o judiciales; obviando otros aspectos que también resultarían importantes al momento de solicitar la pena en el requerimiento así como para la determinación de la misma por parte del Juez.

Este delito se fundamenta en la naturaleza propia que se genera de las “*relaciones familiares entre las personas*”, de las que surgen derechos, pero sobre todo deberes, y entre ellos advertimos a la alimentación, conceptualizada como aquel medio para la subsistencia que, entre quienes, de conformidad a las disposiciones legales, deben procurarse por los lazos que se encuentran unidos como el vínculo consanguíneo, así como la salud física o psicológica de los menores. Sobre el particular, es de advertir en Convención sobre los Derechos del Niño, específicamente en su artículo 24 que acceder a servicios médicos representa uno de los derechos que ostenta todo niño en el más alto de los niveles, con incidencia y carácter especial vinculación con la atención primaria o básica a fin de disminuir índices y cifras de mortalidad, prescribiendo como obligación de los Estados asumir las necesarias acciones para lograr su protección y cautela.

Finalmente; según Taboada, G. (2019): El *nomen iuris* del artículo 149 del código penal, no es el más conveniente, por el contrario sería “*delito de incumplimiento de resolución judicial de alimentos*”, pues esquematiza de mejor manera la conducta básica objeto de sanción y además posibilitará distinguir la modalidad regulada en el artículo 150 del mismo cuerpo normativo, que tipifica el “*Abandono de gestante en situación crítica*”; pues en tanto el referido artículo 149 comprende indirecta protección del bien jurídico al exigir como elemento constitutivo del tipo objetivo, una resolución judicial conteniendo una orden de pago por alimentos, en tanto el citado artículo 150 hace referencia a una directa protección que esquiva el judicial reconocimiento al advertirse subsumida la citada obligación en la ley.

3.1.3 Elementos del Tipo penal

3.1.3.1 Bien jurídico protegido

Para Peña Cabrera, A.: Es objeto de represión y sanción penal en el artículo 149° de nuestra normativa sustantiva penal, el atentar contra el bienestar y la integridad de la familia, específicamente para quien debiendo de satisfacer las más elementales necesidades de sus integrantes incumple con ello; esto es incumplir con el deber de asistencia familiar.

La ley requiere que tal incumplimiento esté relacionado no sólo con la privación de la asistencia económica y material, sino además a la moral, como bien sería los deberes de mutuo auxilio, recreación, educación, etc.

Del mismo modo es de precisar que en la doctrina puede advertirse la protección de un bien dual; esto es: *el cumplimiento eficaz de las obligaciones familiares prescritas en la normatividad civil, sancionando la falta del cumplimiento de la obligación de asistir en las relaciones familiares; y, también el respeto al principio de autoridad, que se afecta al no cumplir con una resolución judicial.*

Para el jurista Arbulú, V. (2018) “*Lo que se afecta con este delito, es el derecho a la subsistencia; que por cierto es uno de los más altos en su incidencia en la administración de justicia; pretendiéndose amparar el adecuado desarrollo mental y físico de los dependientes del obligado, a través del reforzamiento de las obligaciones económicas y jurídicas en el ámbito penal*”.

Ante las posiciones señaladas anteriormente, surge actualmente posiciones relacionadas que para determinar el bien jurídico debe concentrarse en el fin de las obligaciones y deberes que siendo omitidos son sancionados penalmente; y realizando un análisis podemos identificar como aquellos bienes por cautelar y preservar frente a algún riesgo: el asegurar la integridad de la vida, salud física y psíquica del alimentista asegurándoles una digna

vida, así como su integridad personal en íntima relación con la esencia misma del conjunto de normas alimentarias como derecho humano fundamental.

3.1.3.2 Sujetos

3.1.3.2.1 Sujeto Activo

Será todo aquél que ostentando la condición de alimentante que, voluntariamente ejerciendo su voluntad en un acta de conciliación extrajudicial o por orden judicial, tiene la obligación cumplir con determinada prestación alimenticia en favor de un alimentista, obligación materializada en una pensión alimenticia mensual de dinero, y ordenada en una decisión judicial civil independiente de un proceso penal.

De conformidad con lo prescrito en el Código Civil y concretamente en su 474°, determinadas personas se deben recíprocamente alimentos y como tal pueden emitirse una resolución jurisdiccional ordenando su cumplimiento; así se advierte que podrían ser los esposos, los familiares en calidad de ascendientes, descendientes y también comprende a los hermanos.

La disposición judicial puede emitirse como consecuencia de un proceso de alimentos, de un divorcio de común acuerdo o por causal.

Entre los familiares con la calidad ascendientes se presentan los padres en relación a sus hijos (biológicos o adoptivos), así como los abuelos respecto a sus nietos (con minoría de edad) y viceversa. Sin embargo, cabe precisar que a tenor del Artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes en orden primero a prestar alimentos ante padres ausentes o de paradero desconocido se encuentran los hermanos mayores, luego los abuelos, después aquellos parientes colaterales extendiéndose hasta el tercer grado inclusive y otros responsables del adolescente o niño, tal como ocurre en el caso de los tutores, pues al haber asumir éstos la patria potestad, podrán ser “*sujeto obligado*”.

3.1.3.2.2 Sujeto pasivo

Será aquella persona que tenga la calidad de alimentista; esto es la persona beneficiaria con una pensión de alimentos fijada mediante orden judicial.

En el supuesto que los alimentistas tengan minoría de edad, será la madre o padre que tenga la custodia del menor, quien lo represente legalmente en los procesos judiciales civiles por alimentos y posteriormente como parte agraviada en el juicio penal.

3.1.3.3 Consumación

Para Arbulú, V. (2018): El delito en análisis se configura cuando: *“Quién estando obligado a suministrar alimentos, por orden judicial, no cumple con su obligación; es indiferente que tal incumplimiento produzca perjuicio a los alimentistas”*.

El tipo penal en análisis está comprendido como uno de peligro, siendo típica su consumación; esto es, no encontrándose sus resultados sujeto a que sea concreto, pues es suficiente que el obligado alimentante no cumpla de modo deliberado y consciente con la pensión alimentaria contenida en una orden judicial previo requerimiento de pago, no siendo necesario acreditarse u evidenciarse aptitud alguna que pueda perjudicar al tutelado bien jurídico, siendo válido afirmar que es de peligro es abstracto, y no concreto.

La omisión a la asistencia familiar como ilícito al incumplir con la pensión alimenticia dispuesta por mandato judicial, se consuma en el momento que el obligado omite con el pago; por lo cual la parte demandante presenta propuesta de liquidación de pensiones devengadas de un cierto periodo de tiempo, después de lo cual secretaría del juzgado procede a realizar el Informe Pericial respectivo conteniendo el cálculo total de la liquidación de pensiones adeudada con el respectivo interés legal, el mismo que habiéndose corrido traslado a las partes en el plazo legal establecido se aprueba mediante

resolución judicial en donde se requiere el pago bajo apercibimiento; constituyendo tal advertencia de remisión al Ministerio Público de copias certificadas, la ejecución de lo dispuesto en el artículo 556-A del Código adjetivo civil, concebido como un proceso para acelerar procesalmente la efectivización de la acción penal con la finalidad de sustituir la denuncia que se presentaba de parte, más no supuesto previo para ejercitar la acción penal.

Según Taboada, G. (2019), El ilícito en análisis es de “*peligro*” y de “*actividad*”, no admite tentativa, de “*instantánea*” consumación al omitir la obligación de dar los alimentos ordenados en un mandato judicial, siendo irrelevante que el agraviado sufra algún como resultado; no obstante, de producirse este como lesiones o el propio fallecimiento del sujeto pasivo se configurará como agravante, en concordancia del último párrafo del artículo 149 del código penal. De igual modo, la doctrina lo considera como un delito de naturaleza permanente; al permanecer sus efectos, en tanto persista y continúe la omisión, produciéndose un antijurídico estado que se mantendrá en el tiempo, en tanto no finalice el estado antijurídico.

3.1.3.4 Pena

Para el tipo básico del artículo 149 del código sustantivo penal, por incumplir u omitir con la pensión dispuesta en un mandato judicial, corresponderá una sanción no mayor de tres años de pena privativa de libertad o prestando servicio comunitario de entre veinte a cincuenta y dos jornadas, independientemente del cumplimiento del mandato judicial. De igual modo; de simular otra obligación por alimentos, renunciar u abandonar su trabajo, la sanción será entre uno y cuatro años. Finalmente, si del incumplimiento de la obligación alimenticia se produjera lesiones graves en el alimentista la sanción será de entre dos a cuatro años de pena privativa de libertad y de tres a seis años cuando muera el alimentista; como agravantes circunstancias.

Adicionalmente; respecto a la pena privativa de libertad contenida en la sentenciada, podemos señalar que podrá ser efectiva (*tratamiento intramuro*) o suspendida (*tratamiento extramuro*), e incluso disponer la reserva del fallo condenatorio; asimismo, el obligado que es sentenciado en libertad debe advertir reglas de comportamiento con la finalidad de no ser internado en un establecimiento penitenciario; en los dos últimos supuestos,

Prosiguiendo con el análisis de la pena es necesario reiterar que el tipo calificado de resultado, contenido en el tercer párrafo del referido artículo 149; que comprende también una agravante y específicamente se concretará cuando el incumplimiento de la obligación (del tipo básico) o como resultado de simular otra deuda por alimentos, renunciar temerariamente al trabajo (conforme su segundo párrafo), el alimentista sufra una lesión grave o muera y tales situaciones hubieran sido previstas; en tales supuestos la pena no será de entre dos a cuatro años para el primero y de tres a seis años, para el segundo.

Sobre el particular; sostiene Taboada, G. (2019): En lo que respecta a la lesión grave, se deberá estar a las disposiciones del artículo 121 del mismo código que contiene disposiciones en que inminentemente pueda estar la vida del alimentista en peligro conforme su inciso 1 o bien en que se advierta otro daño en su integridad corporal, su salud física o mental requiriendo treinta o más días de descanso o asistencia, estando a la prescripción facultativa regulada en el inciso 3 del referido artículo.

3.1.3.5 Elemento objetivo

En relación a la típica estructura de la ilícita conducta, es válido afirmar que el ilícito de Omisión a la Asistencia Familiar es de omisión propia; cuenta con un aspecto objetivo y uno subjetivo. En relación al aspecto objetivo, en la omisión propia se presentan tres elementos distintivos: *una*

situación que origina el cumplimiento de un deber; el incumplimiento de un comportamiento ordenado y la posibilidad que el obligado ejecute la acción.

En el delito objeto de la presente investigación, el comportamiento punible se configura cuando se incumple con prestar la pensión de alimentos ordenada en un mandato, en una sentencia judicial; y en el Código Penal está regulado como uno de los delitos contra la familia; evocando mentalmente, en primer orden, la resistencia de los padre para con sus hijos de cumplir con su obligación alimentaria, conforme la distinta normativa que forman parte de nuestro orden jurídico e inclusive también con alcance supranacional.

En este extremo resulta valido reiterar que un sector de la Doctrina sostiene que el bien que se cautela en el delito en estudio es uno de carácter dual; pues de un lado se cautela el eficaz cumplimiento de deberes alimenticios regulados en la norma, castigando el incumplimiento al intrínseco del deber de asistencia y solidaridad que se originan en las relaciones familiares; así como se cautela y garantiza la autoridad que se lesiona al infringirse el incumplimiento del mandato judicial que dispone la pensión alimenticia.

Al respecto compartimos la posición de cautelar *“la protección dual del bien jurídico”* pues en ciertos supuestos, el agente es una persona diferente a los ascendientes o descendientes, como lo sería el padre de familia, que relacionado con el beneficiario con el que no lo vincularía consanguíneamente sino por cuanto preexistiría una relación jurídica adoptada legal o voluntariamente, por lo que al incumplir con su prestación infringe el principio de autoridad.

Según Taboada, G. (2019) “*El delito del artículo 149 del código sustantivo penal es uno cuyo tipo objetivo es de exclusiva omisión, consistente en dejar de pagar la pensión alimenticia dispuesta en orden judicial*”.

3.1.3.6 Elemento subjetivo

Para Taboada, G. (2019) el elemento subjetivo del ilícito del artículo 149 es el “*dolo*” implicando “*voluntad y conciencia*” por incumplir con pagar la pensión alimenticia contenida en una sentencia judicial, dándose por descartado alguna modalidad culposa; en consecuencia, no encontramos ante un comportamiento que precisa de la intencionalidad del sujeto agente.

Este tipo penal requiere del dolo como elemento subjetivo a fin de configurar el injusto penal; siendo imposible su comisión por culpa u imprudencia; ello implica que el agente actúa con conocimiento pleno que está incumpliendo con prestar la pensión contenida en una sentencia judicial firme; por el contrario, voluntaria y conscientemente decide incumplirla; por ello se hace referencia que es un delito doloso y, al mismo tiempo omisivo, conocido también como de “omisión propia”.

Al respecto, cabe referir que el obligado en su ámbito cognitivo ha de entender conscientemente que está jurídicamente obligado a cumplir con el mandato judicial, consistente en el cumplimiento de la pensión alimenticia y pese a ello no la cumple de modo deliberado; no obstante contar con recursos económicos; consecuentemente el agente conoce: i) *El mandato de procurar alimentos en favor del alimentista, por orden judicial contenida en una sentencia*; ii) *El monto o importe total adeudado por pensiones alimenticias devengadas (con el previo requerimiento de pago, en la misma vía judicial)*; iii) *Contar con posibilidades para cumplir con la prestación*; y, iv) *Incumplir con su obligación (pensiones devengadas)*; es decir no

realizar el pago de modo deliberado, pese a haber sido notificado debidamente con la liquidación de pensiones devengadas.

3.1.4 La Capacidad o solvencia económica del imputado como elemento del tipo

Según Ossorio, M. (2010) se entiende por capacidad o solvencia económica a aquella aptitud que tenemos para desenvolvemos como sujetos activos o pasivos en ciertas relaciones de índole jurídico; así como la capacidad para asumir o pagar obligaciones o deudas; es decir, el solvente será quién cuente con la capacidad de honrar sus deudas cuando vengzan a su solo requerimiento, por encontrarse en condiciones óptimas para satisfacer sus compromisos contraídos.

En la omisión a la asistencia familiar, es materia de controversia sí la solvencia o capacidad económica del denunciado constituye un elemento constitutivo o impeditivo en su tipificación. Sobre el particular un sector de la doctrina considera que la carencia o ausencia de *“la capacidad económica del imputado”* constituye un hecho imperativo en su tipificación; y consecuentemente será el agente el llamado a cuestionar y eventualmente a poner de manifiesto su incapacidad económica debiendo de acreditar tal afirmación en el proceso penal; sin embargo otro sector de especialistas, niegan tal posibilidad, refiriendo que resulta indispensable la regulación expresa y objetiva de la solvencia o capacidad económica del agente como elemento constitutivo del tipo penal del delito de Omisión a la Asistencia Familiar, la cual podría constituir incluso una agravante del tipo penal pues no resulta congruente que aquel imputado con capacidad o solvencia económica se rehúse a pagar una deuda alimenticia, pues en el fundamento jurídico décimo quinto del Acuerdo Plenario 2-2016/CIJ-116 se consignó que no debe imponerse una sanción *“por no poder cumplir”* sino por el contrario *“por no querer cumplir”*. En esa línea a fin de subsanar tal

controversia y evitar que sea considerada como una presunción en contra del agente; aun tratándose de cautelar el interés superior del menor, atendiendo que el modelo probatorio en el proceso civil, es distinto al penal; pues en el primero de los mencionados por orden legal se considera una presunta capacidad del obligado en el caso de no acreditarse sus posibilidades económicas, en tanto en la vía penal debe expresamente considerarse como elemento conformante del tipo penal; resultando necesaria tal regulación expresa a efecto de respaldar normativamente los efectos punitivos que podría asumir el imputado ya que podrían afectar a su libertad individual o personal.

Al respecto y como en su oportunidad lo señaló Barranzuela, Charles (2021) la pena para el delito de omisión a la asistencia familiar no debe ser suspendida sino efectiva cuando “(...) sí, *al formalizarse la denuncia se acredita documentadamente que el agente cuenta con capacidad o solvencia económica como bienes, derechos u acciones susceptibles de valorización económica inscritos o no; fondos o ahorros bancarios u otros similares a su libre disposición*”, pero además consideramos que la inaplicabilidad de la suspensión de la pena deberá disponerse cuando además el alimentista sufra de enfermedad terminal; esto último como un adicional aporte en protección del interés del alimentista y en cumplimiento de rigor al cumplimiento de las órdenes judiciales que disponen la prestación de alimentos y que caprichosamente no es honrada por el alimentante.

3.1.5 Los supuestos que se proponen en la legislación comparada.

3.1.5.1 En la legislación costarricense.

El Código Penal de Costa Rica, aprobado con Ley N° 4573 establece en su *Libro II: De los Delitos, Título IV: Delitos Contra la Familia, Sección IV: Incumplimiento de Deberes Familiares:*

Incumplimiento del deber alimentario

ARTICULO 185.- *Se impondrá prisión de un mes a dos años o una multa igual a la mitad del salario mínimo establecido por la Ley N° 7337, al padre, adoptante, tutor o guardador de un menor de dieciocho años o de una persona que no pueda valerse por sí misma, que deliberadamente, mediando o no sentencia civil, omite prestar los medios indispensables de subsistencia a los que está obligado.*

*El juez podrá aumentar esa pena hasta el doble, considerando las condiciones personales del autor, sus **posibilidades económicas**,*

(...)

Conforme lo advirtiera en su oportunidad Barranzuela, Charles (2021); la legislación en análisis considera dos criterios objetivos que ciertamente se diferencian de nuestra legislación y merecen especial atención, así el primero es que se sanciona el incumplimiento del deber alimentario considerando la edad o posibilidades del beneficiario para valerse por sí mismo y el segundo es la regulación expresa de las “*posibilidades económicas*” del obligado como criterio para incrementar la pena hasta el doble, siendo en particular esta segunda la relacionada directamente con nuestra investigación con lo que también respalda la realidad observada por la investigadora y la propuesta para considerarla como supuesto para declarar la inaplicabilidad de la suspensión de la pena en la omisión a la asistencia familiar.

3.1.5.2 En la legislación boliviana.

El Código Penal de Bolivia del año 1972 en su *Libro Segundo, Título VII: Delitos contra la Familia, Capítulo II: Delitos contra los deberes de Asistencia Familiar*, prescribe:

ARTICULO 248*.- (ABANDONO DE FAMILIA). *El que sin justa causa no cumpliera las obligaciones de sustento, habitación, vestido, educación y asistencia inherente a la autoridad de los padres, tutela o condición de cónyuge o conviviente, o abandonare el domicilio familiar o se substrajere al cumplimiento de las indicadas obligaciones, será sancionado con reclusión de seis meses a dos años o multa de cien a cuatrocientos días.*

*En la misma pena incurrirá el que no prestare asistencia o no subviniere a las necesidades esenciales de sus ascendientes o descendientes mayores incapacitados, o dejare de cumplir, **teniendo medios económicos**, una prestación alimentaria legalmente impuesta.*

Del mismo modo, conforme lo advirtiera Barranzuela, Charles (2021); la legislación penal boliviana también considera como criterio objetivo a los “*medios económicos*” que ostente el autor del delito al determinar la sanción diferenciándose de nuestra legislación no considero ello, considerándola también como válido para considerarlo como supuesto para la no suspensión de la ejecución de la pena en nuestro ordenamiento nacional por el delito de omisión a la asistencia familiar.

TÍTULO IV

4.1 LA PENA

4.1.1 Antecedentes

En tiempos antiguos no se evidencia indicios de penas o sanciones estructuradas y/o predeterminadas; por el contrario, se advierte una variedad de prohibiciones sustentadas en concepciones religiosas y mágicas, cuya trasgresión originaba castigos físicos que no sólo eran asumidos por el agresor u ofensor sino también alcanzados y padecidos por todos los integrantes de su grupo familiar, tribu o clan. Luego de ello, con el transcurrir del tiempo y al aparecer los Códigos no escritos de la humanidad se fue diferenciando lo prohibido de lo permitido, sancionándose con penas a todo lo ilícito. Posteriormente, en la edad media los castigos o penas eran desproporcionales a la acción cometida, y el cuerpo del condenado constituía el fin de la sanción; por ello incluso las penas podían comprender mutilaciones y hasta la propia muerte del infractor, como prolongados padecimientos físicos; siendo las mutilaciones aplicadas a los autores de delitos, concebidos de gravedad menor.

En la edad moderna, la medida disuasoria del castigo (aunque en oportunidades de poca duración) fue concebida como de suma eficacia. Estos métodos de castigo se caracterizaban porque representaban las facultades y atribuciones que ostentaban los reyes, sirviendo asimismo para consolidar la autoridad para con sus súbditos por medio de la teatralización de la sanción pública, que funcionada como mecanismo pedagógico capaz de corregir comportamientos nocivos contrario a la estabilidad comunitaria.

Finalmente, en la etapa contemporánea, las sanciones se confunden con el “*deber ser*” al surgir de la expresa decisión del legislador contenida en una ley concreta, siendo válido sostenerse que su naturaleza era el “*deber ser de toda ley dictada conforme a la Constitución dentro de un Estado de Derecho*” y ello implicaba necesariamente la admisión y la garantía para que los Estados se rijan al interno de un orden normativo, con expreso sometimiento a normas precisas, claras, y generales, que no deben ser contradictorias y que justifican la totalidad del orden jurídico.

4.1.2 Definición

La palabra deriva del latín “*poena*” cuyo significado es “*sufrimiento, tormento físico, castigo, padecimiento*”.

La pena encuentra su justificación en la necesidad de regular todo un sistema con el objetivo de garantizar una pacífica y armoniosa convivencia entre los miembros de un determinado Estado.

Para el autor Ossorio, M. (2010) refiere:

La pena es aquella sanción impuesta por toda autoridad revestida y respaldada con legitimidad, concretamente con un carácter judicial respecto a todo quien perpetra un comportamiento previsto como delito o falta.

Como sanción; la pena implicará, para quienes después de haber sido sujetas a un debido proceso determinándose ser responsables de quebrantar el Derecho, ser privados de un bien jurídico.

La pena también es concebida como un instrumento a través del cual el Estado puede implantar su normativa de carácter jurídico.

Asimismo, se sostiene que la pena contiene una esencia sustancialmente finalista, cuya finalidad es cautelar y asegurar bienes jurídicos de todas las

personas, como la vida humana o bienes de relevancia colectiva que por ser protegidos por el derecho son elevados a intereses jurídicos.

4.1.3 Clases

De conformidad a las disposiciones del artículo 28 de nuestra normativa sustantiva penal, en cuatro clases se agrupan las penas; y siguiendo una estandarización respecto a su relevancia u importancia son:

4.1.3.1 Pena privativa de la libertad

Esta pena comprende privar la libertad de libre desplazamiento u ambulatoria del condenado, pues deberá cumplir su sentencia, internado en un Centro Penitenciario.

De conformidad al artículo 29 del código en mención, es de dos tipos esta pena: *temporal*, que comprende de dos días a treinta y cinco años; o *perpetua*, cuando supere el periodo máximo antes señalado.

Según Peña Cabrera, R. (2018) sostiene que la pena efectiva, anula la libertad de locomoción de quienes son sentenciados de manera condenatoria al ser físicamente internados y reclusos en un centro penitenciario dentro del territorio nacional por cierto tiempo. El Instituto Nacional Penitenciario (INPE) es la institución encargada de seleccionar el recinto penitenciario para los condenados, respecto de los cuales se sostiene que es justamente con la ejecución de la pena que se concretiza su fin preventivo orientado a persuadir que no se continúe con la realización de aquellos comportamientos penal y socialmente reprochados.

Al respecto, atendiendo que este punto resulta materia de análisis en la presente investigación, resulta necesario referir que en nuestro país en aquellos ilícitos de incumplir con la Asistencia Familiar en la práctica, los jueces prefieren suspender la pena y no efectivizarla haciendo alusión al

hacinamiento en los centros penitenciarios así como a la calidad de agentes primarios que tendrían algunos imputados; sin embargo es justamente por ello, que se vuelven a cometer tales delitos, porque en estos casos no se persuadió al imputado a no volver a cometer la misma conducta penalmente reprochable, pues la pena en estos casos no cumple con su fin preventivo; por ello, la necesidad de una regulación expresa de inaplicar la suspensión la pena en aquellos supuestos de los ilícitos de Omisión a la Asistencia familiar cuando se encuentre acreditada la capacidad económica del imputado, más aún si el alimentista se encuentre padeciendo una enfermedad terminal, tal como se precisa en la propuesta de investigación.

4.1.3.2 Pena restrictiva de libertad

En esta pena, sin que se prive de manera absoluta al sentenciado condenatoriamente de su libertad para movilizarse, se dispone de ciertas restricciones, tales como: permanecer y/o poder movilizarse de manera libre dentro del territorio nacional.

Es concebida como una pena “*principal y conjunta*”, pero de diferida ejecución, pues ésta se realiza luego que la persona condenada cumpla con sanción de privación de la libertad que también le es impuesta en la sentencia.

Esta pena se concretiza con la expulsión, encontrándose prescrita en el artículo 30 del código antes citado y es de aplicación a las personas extranjeras después de finalizar la pena de privación de su libertad o de la concesión de beneficio penitenciario, respecto de los cuales se les impide volver a ingresar al país.

En la doctrina existe cierto sector para quienes la aplicación de esta pena comprendería una sanción doble por el delito cometido, con lo que infringiría la garantía del “*non bis in ídem*”, pues a tenor del propio artículo

30 al prescribir que esta pena se debe ejecutar luego del cumplimiento de la sanción de privación de libertad se estaría vulnerando los derechos del condenado, al afrontar una sanción doble. Ante ello se evidencia posturas tendientes a que la expulsión sea derogada, más aún siendo de conocimiento de todos los operadores del derecho, que en la práctica esta clase de pena ha devenido en desuso.

4.1.3.3 Penas limitativas de derechos

Son penas que limitan el ejercicio de determinados derechos con connotación del ámbito civil, económico o político del condenado, como también del derecho al disfrute de su tiempo libre. Conforme al artículo 31 del Código Penal, pueden ser:

- ***Prestar servicios en favor de la comunidad.*** A través de este tipo de pena se restringe la disponibilidad del tiempo libre de la persona sentenciada condenatoriamente, pues deberá ocuparse en realizar servicios gratuitos o trabajo a favor de la comunidad (como podría ser en hospitales, orfanatos, entidades asistenciales o similares), teniendo en cuenta las aptitudes y capacidades del condenado. La duración será a razón de diez horas semanales comprendiendo los días sábados, domingos o feriados, pudiendo autorizarse su realización en días hábiles dentro de la semana. Esta pena se puede fijarse desde los diez hasta las ciento cincuenta y seis jornadas a la semana, salvo que por ley se disponga lo contrario.

- ***Limitación de días libres.*** Comprende el deber del condenado de estar hasta por diez horas semanales (sábados, domingos o feriados) a disposición de una institución pública participando de programas de formación laboral o culturales, psicológicos, educativos; o también en instituciones privadas con fines sociales o asistenciales.

Se puede extender desde diez a ciento cincuenta y seis jornadas a la semana, salvo que por ley se disponga lo contrario.

En tanto dure este tiempo, la persona condenada recibirá orientación a fin de realizar una variedad de actividades conducentes a su rehabilitación.

- **La Inhabilitación.** Esta pena comprende la privación al condenado para ejercer uno o distintos derechos de índole civil, político o económico; así como poder ejercer ciertas funciones, labores profesiones, artes u oficios. Los supuestos de inhabilitación están prescritos en nuestra normativa sustantiva penal, específicamente en su artículo 36.

La inhabilitación puede ser:

Principal; esta prescrita de manera “general o específica” en la parte especial del citado código o bien en una legislación especial, tales como la “incapacidad o suspensión para ejercer una función o cargo”, “suspensión de derechos políticos” u “el ejercicio de una profesión”. Este tipo de inhabilitación abarca desde los seis meses e incluso a los diez años.

Accesoria; que se impondrá cuando se infrinja un “deber especial” inherente al agente o ante el abuso manifiesto de una facultad u atribución que ostenta por razón de la profesión, cargo o industria y específicamente cuando se realiza un ilícito culposo de tránsito; si bien esta inhabilitación podrá extenderse por el mismo tiempo que la pena principal, por interpretación se sostiene que no durara más de diez años; no obstante ello ha de cumplirse paralelamente de modo igual que la privativa de la libertad.

4.1.3.4 Multa

Es un tipo de pena de contenido pecuniario que incide sobre el patrimonio económico del sentenciado, es decir comprende el desembolso de una suma de dinero en beneficio del Estado, siendo el “*día multa*” equivalente al ingreso diario que en promedio percibe el sentenciado, considerando sus remuneraciones, gastos, rentas, patrimonio, entre otros.

Para Ossorio, M. (2010) se entiende por multa a: Aquella pena de naturaleza patrimonial que es ordenada por realizar un comportamiento tipificado como delito o falta. La multa en el Derecho penal es concebida como una las penas menos gravosas que se imponen por perpetrar ilícitos penales.

La multa puede extenderse desde los diez a trescientos sesenta y cinco días multa, salvo que por mandato legal se disponga lo contrario, no pudiendo ser el monto diario inferior al veinticinco ni superior al cincuenta por ciento del ingreso por día que percibe el sentenciado.

4.1.3.5 Pena de vigilancia electrónica personal

La aplicación de esta pena tiene como aspectos de priorización para ser aplicada a quienes tengan más de sesenta y cinco años de edad, sufran de grave enfermedad, sean mujeres en estado gestación, cuenten con discapacidad, entre otros.

A través de esta pena se monitorea electrónicamente al condenado (*control y supervisión*); específicamente con relación a su libre tránsito y desplazamiento circunscrito en un determinado radio geográfico que ha especificarse en la sentencia de manera referencial al condenado.

El condenado cumple esta pena en su domicilio normalmente o también en el lugar que éste señale; y comprende la colocación grillete o brazaletes electrónicos en el condenado, los mismos que usualmente no son apreciados a simple vista por terceros.

4.1.4 Función preventiva de la pena

A través de la historia se advierte que, en lo relacionado con las teorías de la pena, ésta encontraba legitimación en la función que cumplían, esto es que podían alcanzar la categoría de pena, aquellas sanciones que cumplían una finalidad, por ejemplo: *“alcanzar la justicia (conforme lo sustentaba Kant), confirmar el Derecho (según Hegel), intimidar a la colectividad (con el respaldo de Feurbach), resocializar al delincuente (sustentado por Von Lizst)”*.

Cumplir con la función de la pena, supone abarcar al sistema penal en pleno; sea, de una u otra manera, así deberá de influenciar en su operatividad; por ello se sostiene que la “previsión legal de la pena”, como también su “imposición judicial” y “ejecución” se origina desde función que el castigo de índole penal debe satisfacer. De otro lado, en el ámbito legislativo, es válido sostener que la función de la pena logrará, en primer término, realizar un crítico juicio respecto a la legitimidad de la pena establecida legalmente; puesto que ciertamente una pena que no se ajuste a su función, jamás será aceptada, aun cuando este regulada en la ley. Así, tenemos cuando la función sea meramente de retribución, será legítimo sancionar a quienes cometan un delito, aun cuando al momento de emitir sentencia dicho ilícito este despenalizado, para lo cual partiendo de una lógica de prevención general devendrá en improcedente claramente.

Asimismo, devendrá en relevante la función de la pena cuando se discuta los marcos penales considerados en la ley puesto que, por ejemplo, cuando es resocializadora la función que deberá cumplir la pena, será difícil considerar legítima la pena de privación de libertad como la cadena perpetua al negar toda posibilidad de poder reinsertar al condenado a la sociedad.

Por otro lado, también puede observarse un ámbito retributivo de la pena, a través de la cual la pena ajustada al hecho meramente será aquella que

concuere con la culpabilidad del agente, careciendo de importancia si con ello contribuirá o no con una prevención general o bien con la resocialización del infractor. Frente a ello, tenemos una visión preventiva y general de la pena, en la cual el juzgador a de guiarse con una finalidad de la intimidación, estableciendo la pena como “confirmación de la amenaza penal” descartando, en principio, aspectos relacionados con la culpabilidad del agente.

Finalmente, si el juez ostenta un criterio que se ubica fuera al de la resocialización del agente, encontrará legitimidad en la fuerza de poder imponerse una pena indeterminada que culminaría únicamente en el supuesto que logre la finalidad alcanzar una real y efectiva resocialización del infractor.

Al respecto, el Artículo IX del Título Preliminar de nuestro código sustantivo penal prescribe que la pena ostenta una función resocializadora, protectora y preventiva.

En relación a la “función preventiva” podemos señalar que a su vez esta será de Prevención General o Especial:

❖ ***La prevención general;*** circunscribiendo su ámbito de evaluación, no tanto en el sancionado, sino en la sociedad, de tal forma que a través de la pena se influenciará en la sociedad con apoyo de la amenaza de naturaleza penal y después con su ejecución con la finalidad evitar se cometa nuevamente el comportamiento penalmente reprochado; con la opción de influenciar positiva o negativamente de tal suerte que imponiéndose una pena por primera vez se espera un resultado que logre intimidar, o en todo caso generar amenaza ante su eventual imposición en quienes tangen inclinación por delinquir; de otro lado por medio de la segunda, la pena lograría como esperado resultado que se aprenda motivadamente desde una concepción socio – pedagógica sustentada en

la confianza que se tiene al Derecho. En ese sentido, se puede resumir que la prevención general tiene como objetivo tratar que continúen perpetrándose más delitos, a través de la persuasión a terceros; esto es, intimidando a los infractores en primera instancia y después educar por medio de instrumentos pedagógicos cuando se ejecute la pena.

De otro lado es de indicar que la prevención general puede ser apreciada en las siguientes fases que comprende la ejecución de la sanción; así, en:

- i) La amenaza;* que de modo integral es subsumida en la ley de naturaleza penal, pues está dirigida para todos aquellos que consideren cometer alguna ilícita conducta

 - ii) El deber de propiciar una intimidación,* con la expedición de una sentencia condenatoria; y,

 - iii) Se produzca una intimidación extensiva hacia la población en general;* al producirse en el condenado un sufrimiento cuando cumpla con la pena, traduciéndose en una coacción psicológica sobre la generalidad de ciudadanos.
- ❖ **La prevención especial,** circunscribiendo su ámbito de evaluación en el autor del hecho reprimido penalmente de quien se busca su resocialización; de ahí que no necesariamente se evidenciara cuando se conmine legalmente como puede apreciarse en la prevención general, pues su actuación es advertida al imponerse y ejecutarse las penas. La pena tiene como finalidad principal, el evitar que el infractor nuevamente incurra en la perpetración de delitos nuevos; y ello se alcanzará por medio de distintas vías, considerando la tipología de los delincuentes.

Según Ortiz (1993) La concepción de prevención está unida a la de peligrosidad del agente, asignándose a la pena la finalidad de evitar que cometa nuevos o futuros delitos considerando como límite de su actuar a la calificación del agente en consideración a su nivel de peligrosidad, pretendiendo su reeducación, neutralización y corrección.

4.1.5 Principios constitucionales aplicables a la pena

4.1.5.1 Principio de intervención mínima

Por este principio se sostiene que el Estado debe ejercer el poder de punición, pero como “*último recurso disuasivo*” y así controlar la actividad delictiva de la vida en sociedad.

Según Silva, J. (2010) *La doctrina penal admite unánimemente que la intervención del Derecho Penal ha de reconducirse a lo estrictamente necesario en condiciones de utilidad social en general.*

Asimismo; es de precisar que, en virtud de este principio solo cuando hubieren fallado las demás opciones de control es que se deberá de ejercitarse la facultad sancionadora penal; ello justificará el real sentido de intervención del Derecho Penal.

El Derecho Penal no debe intervenir ante la posibilidad de emplear otros instrumentos u mecanismos jurídicos no penales con los cuales se pueda restablecer el orden jurídico, tal es el caso de la posibilidad de aplicar disposiciones del Derecho Civil o del Derecho Administrativo, a través de los cuales se asegure también la posibilidad de solucionar los conflictos de manera satisfactoria tanto para la sociedad como para la persona considerada como imputado. Con ello, el Derecho Penal evidencia su naturaleza subsidiaria, con relación a las demás ramas del ordenamiento jurídico, resultando fundamental al abordar un caso concreto.

4.1.5.2 Principio de culpabilidad

Por este principio la potestad punitiva el Estado es limitada y puede ser deducida del contenido del acápite “e” del inciso 24 del artículo 2 de nuestra carta magna; del mismo modo, podemos advertir sus manifestaciones en normas como en los Artículos VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal que regulan los *Principios de Responsabilidad Penal* y de *Proporcionalidad de las sanciones*; así como el artículo 11 del mismo cuerpo normativo relacionado con las *Infracciones Punibles*, prescribiendo explícitamente que únicamente serán consideradas como delitos o faltas las conductas omisivas u comisivas dolosas o culposas sancionadas como tales por la ley penal.

De lo expuesto, se tiene que será imposible sancionar penalmente situaciones exentas de normal conocimiento (*error de prohibición*), situaciones de anormales (*obediencia debida, miedo insuperable, estado de necesidad exculpante*), situaciones constitutivas de anormalidad psíquica (*grave alteración de la conciencia, inimputabilidad, etc.*), como en supuestos que el infractor actué sin culpa o dolo (*principio de responsabilidad subjetiva*); es decir que únicamente se perseguirá a quienes ostenten determinadas condiciones mínimas físicas y psíquicas que les permitan gozar de “*motivabilidad*” u aptitud para guiar su comportamiento en relación con los requerimientos de las normas jurídico penales, así como en la aptitud u autodeterminación para conducir su actuación en un determinado y concreto contexto situacional regido por condiciones normales y motivacionales.

4.1.5.3 Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

Identificado también como principio de lesividad, hace referencia a una sanción, que vista desde una concepción positiva, contiene la exigencia para que el Derecho Penal intervenga protegiendo aquellos bienes que son cautelados jurídicamente y que se encuentren frente a amenazas de lesión o de peligro; subsumiéndose en la acepción latina “*nullum crimen sine iniuria*”.

4.1.5.4 Principio de Unidad de la Intervención Penal

A través del cual se prescribe que no ha de recurrirse al Derecho Penal cuando su participación en la persecución del delito no resulte eficaz; para ello, en tales supuestos deberá de recurrirse a mecanismos distintos y de ser necesario a aquellos de prevención que resulten más benignos que los propios mecanismos jurídicos-penales. Con ello se asegura que el Derecho Penal se sostendrá en indagaciones sociales empíricas y realizadas respecto a la criminalidad, con la finalidad de establecer cuándo tales intervenciones devendrán en ineficaces; aplicando este principio resulta necesario, por citar algunos ejemplos, la abolición de la cadena perpetua y la pena de muerte, pues su regulación en determinadas legislaciones ha producido la disminución de ilícitos por los que fueron reguladas.

4.1.5.5 Principio de proporcionalidad

Este principio garantiza que las penas o medidas de seguridad sean dispuestas de manera desproporcional o arbitrariamente; por ello conforme el Artículo VIII del Título Preliminar de nuestro Código Penal, las sanciones no excederán o superaran a aquella responsabilidad que corresponda por el ilícito delinquido; sin embargo, esta determinación no regirá en aquellos supuestos de reincidencia u habitualidad; o bien en casos

que las medidas de seguridad fueran determinadas ante la existencia de intereses públicos predominantes.

4.1.6 Individualización de la pena

La doctrina tradicional diferencia entre individualización administrativa, judicial y legal de la pena.

De acuerdo con dicha clasificación, advertimos que:

- *La individualización legislativa* es aquella a través de la cual el legislador determina una variedad de tipos de penas, otorgando al juez un espectro legal abstracto que debe observar al momento de la “individualización de la pena” para cada caso concreto, así por ejemplo el artículo 196 del Código Penal reprime la estafa genérica de uno a seis años de pena privativa de libertad.
- *La individualización judicial* comprende la identificación de la sanción específica a imponerse conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico; así para el supuesto anterior el juzgador decidirá la imposición a quién estafe una condena de cuatro años de privación de libertad.
- *La individualización administrativa* está relacionada con las medidas relacionadas con el tratamiento penitenciario.

Especial atención merece la Individualización Judicial de la Pena, es decir al procedimiento a través del cual se atribuye u asigna cierta sanción jurídica penal, representando con ello un especial aspecto complejo y de contenido problemático al interno del mundo judicial, al prever necesariamente los legisladores con reglas específicas que han de ser utilizadas por los jueces de modo que no permita, al momento de elegir la respuesta punitiva, cometer equivocaciones que resulten adecuadas y pertinentes para enfrentar los delitos y sus autores, propiciando que tales jueces hagan frente incalculables

cantidades de situaciones problemáticas (como sería la interpretación de presupuestos legales en su medición); por ello, frecuentemente se sostiene que no resultara clara el quantum de la pena que corresponderá a un infractor por el ilícito que hubiere perpetrado, y mucho menos el quantum adecuado que ha de imponerse a sus autores.

Respecto a la individualización de la pena nuestro Código penal prevé en su artículo 45-A que la condena deberá estar explícita y suficientemente sustentada en motivos que sustenten la pena, en el ámbito cualitativo como cuantitativo, observando las limitaciones de ley, considerando la responsabilidad y gravedad de la conducta infringida. Asimismo, prescribe al establecer la pena se estará a las siguientes fases:

- i) Identificación del espacio punitivo, teniendo como punto de partida la pena prescrita y la dividirá en tres partes;
- ii) Determinará la pena concreta valorando situaciones que pudieran agravar u atenuar la responsabilidad, considerando que: *“De no advertir agravantes ni atenuantes o concurriendo sólo atenuantes, la pena concreta se establecerá dentro del tercio inferior. De concurrir agravantes y atenuantes, la pena a establecerse será determina considerando el tercio intermedio; y de concurrir sólo agravantes, la pena estará dentro del tercio superior”*; y
- iii) De advertir agravantes calificadas o atenuantes privilegiados, se procederá a determinar la pena observando: *“De advertirse atenuantes, la pena se determinará por debajo del tercio inferior; de advertirse agravantes, la pena se determinará por encima del tercio superior; y, de advertirse agravantes y atenuantes la pena considerará los límites de la pena básica del delito”*.

Las situaciones agravar u atenuar están previstas en el artículo 46 del código antes citado; así el artículo 46-A prevé “circunstancias agravantes considerando la condición del agente o sujeto activo que comete el delito”, el artículo 46-B regula respecto a la “reincidencia”, el artículo 46-C respecto a la “habitualidad”, en el artículo 46-D está referido al “uso de menores en la comisión de los ilícitos” y en el artículo 46-E se advierte respecto a “las circunstancias agravantes consideradas por abuso de parentesco”.

Finalmente es de especificar que en concordancia al objeto de la presente investigación referida con la inaplicación de la suspensión de la pena en el ilícito de Omisión a la Asistencia Familiar cuando la capacidad económica del imputado este acreditada y la parte agraviada sea un alimentista que padezca enfermedad terminal, deviene en gran relevancia observar los literales h) y n) del numeral 2 del artículo 46 del Código Penal que prescribe como circunstancias agravantes cuando la conducta reprochable sea ejecutada con “*abuso de la posición económica del agente y cuando la víctima sea un menor de edad (adolescente, niño o niña), mujer en situación de vulnerabilidad o adulto mayor*”; respectivamente, aspectos que si bien son observados cuando no estén consideradas en el tipo penal del ilícito, deviene de vital relevancia sean consideradas de manera expresa y específica para inaplicar la suspensión de la pena, sustentando con ello la propuesta que también proponemos.

4.1.7 Ejecución de la pena

Respecto a la ejecución de las penas y en específico con aquellas que privan libertad individual, nuestro marco jurídico regula hasta dos posibilidades: *Una que implica el cumplimiento efectivo de la pena (siendo el condenado ingresado a un establecimiento penitenciario por lapso de tiempo que señale la sanción penal); mientras Otra por la que se suspende su ejecución, debiendo de cumplirse determinados supuestos del artículo 57° del Código*

Penal (el condenado no es internado en prisión, siempre que advierta obligatoriamente en determinadas reglas de conducta dispuestas en la sentencia condenatoria en tanto dure el período de prueba, de lo contrario el Juzgado actuando conforme sus atribuciones lo amonestará, prorrogará el tiempo de suspensión hasta por la mitad del tiempo establecido en un inicio o bien disponer que se revoque dicha suspensión, conforme las disposiciones del artículo 59° del Código Penal).

En el caso del condenado a pena efectiva, el cumplimiento del castigo penal tiene por fundamental objetivo que el penado sea rehabilitado, reeducado y reincorporado en la sociedad; pues al ejecutarse o cumplirse con la medida de seguridad o prisión, se activaran las funciones de curatela, rehabilitación y reinserción social, dependiendo de cada caso en concreto; y, de conformidad a dichas previsiones esenciales, originadas inclusive de normas rectoras, deviene en imprescindible señalar que el funcionario competente para verificar el control judicial luego de la sentencia firme, asume un compromiso a fin de cumplir con dichos fines, esto ello además de evitar una eventual victimización del condenado, asegurar el material cumplimiento del fallo que pudiera conllevar afectaciones de sus fundamentales derechos que deberán de garantizarse, sino también a coadyuvar en la adaptabilidad del individuo e incluso su reeducación para reintegrarse en sociedad; y, ello se logrará con el apoyo de un equipo profesional multidisciplinario, así como con la participación del personal penitenciario al evaluar la personalidad del interno, las situaciones que originaron el actuar delictivo, analizando de la misma forma las peculiaridades familiares, personales y sociales del interno y su futura repercusión, todo ello con el fin consolidar e incentivar su capacidad de poder reinsertarse en la sociedad.

4.1.8 Suspensión de la ejecución de la pena

En épocas pasadas toda conducta delictiva merecía un castigo y ello por cuanto se contaba con una visión inquisitiva, dicho de modo diferente, necesariamente el hecho punible tenía como efecto el efectivo castigo a su agente; no obstante ello, con el transcurrir del tiempo el sistema penal se ha venido flexibilizando, a razón de su humanización y por cuanto los fines de la pena fueron reformulados considerando una función resocializadora, protectora y preventiva.

En el Perú, el artículo 57 del Código Penal prevé la suspensión de la ejecución de la pena, suponiendo la exclusión de manera temporal de la ejecución efectiva de la pena prescrita en la sentencia cuando se advierta la concurrencia de ciertos presupuestos como: *i) Cuando la condena no supere los cuatro años de privación de la libertad, ii) Qué, atendiendo a la modalidad u naturaleza del hecho reprimido así como por la conducta procesal y las cualidades personales del infractor, logren inferir en el juzgador que no volverá a perpetrar un delito nuevo, iii) Que, el sentenciado no tenga la calidad de habitual o reincidente.* Ante tales situaciones el juzgador podrá disponer que ejecución de la pena se suspenda en ciertos casos; con la finalidad de evitar los adversos y nocivos efectos que innegablemente produce el internamiento penitenciario.

Del mismo modo es de precisar que la base legal señalada en el párrafo anterior también prevé situaciones concretas para inaplicar que la pena sea suspendida como en el específico supuesto de los Servidores o Funcionarios condenados por alguno de los tipos penales contenidos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399 y 401; así como para sentenciados por agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar prescrito en el artículo 122 B y por lesiones tipificados en los literales c), d) y e) del numeral 3) del artículo 122 del mismo código.

Para cada caso concreto, el condenado deberá cumplir con las reglas de conducta prescritas en el artículo 58 del código antes mencionado y que estén contenidas en la sentencia; siendo que en el supuesto que no se cumplan las citadas reglas o bien el sentenciado que goce de dicho beneficio sea sentenciado por otro delito, se emitirá otras medidas conforme el artículo 59 como: *“la amonestación, la prórroga del periodo de prueba y finalmente la revocación de la suspensión de la pena”*.

Por su parte el máximo intérprete de nuestra Constitución señaló *“el juez puede suspender la ejecución de la pena por un período de uno a tres años, siempre que se cumplan determinados requisitos, pero, en cualquier caso, su vigencia estará condicionada al cumplimiento de las reglas de conducta que necesariamente habrán de estar expresamente establecidas en la sentencia condenatoria”*.

Como esencial peculiaridad de la suspensión de la ejecución de la pena podemos advertir que el condenado no es privado de su libertad individual o de tránsito; es decir no es internado en un establecimiento penitenciario; no obstante, ello, considerando que este medio de reacción penal requiere de determinadas reglas de conducta que deben ser ejecutadas obligatoriamente, consideramos que sí comprende una forma de restricción a la misma.

Asimismo, es de señalar que la discrecionalidad con respecto a la suspensión de la pena está condicionada a otros supuestos, como a la personalidad del condenado y su actuar procesal pues con ello el juzgador podrá inferir que no volverá a perpetrar un delito nuevo, a excepción de los supuestos que la norma prohíba expresamente para disponer la suspensión de la pena.

Al respecto y habiendo observado la existencia de procesos por denuncias de Omisión a la Asistencia Familiar en que el denunciado acepta su responsabilidad arribando conjuntamente con el Ministerio Público a un criterio de oportunidad o bien a una conclusión anticipada permitiendo el pago de las pensiones devengadas más la reparación civil de manera fraccionada e inclusive al contado; e incluso después del proceso contando con una sentencia condenatoria pagan al contado lo adeudado, es que se advierte que los denunciados cuentan y gozan con la suficiente solvencia y capacidad económica como para haber podido cumplir oportunamente con su obligación en la vía civil, más conedores que la sanción por el delito conlleva la suspensión de la pena y actuando por simple o mero “capricho” u “desidia” deciden no cumplir, pese a reiterados requerimientos formales; situación que de por sí es preocupante y más aún cuando el alimentista sufre de una enfermedad terminal que bien conoce el obligado denunciado, pero como se reitera caprichosamente incumple con su obligación al inexistir la posibilidad de ver en riesgo su libertad personal; por ello se hace necesaria la incorporación expresa de tales situaciones como supuestos de inaplicabilidad de la suspensión de la pena en los delitos de Omisión a la Asistencia Familiar.

CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN DE RESULTADOS

1. Los alimentos, como institución jurídica comprenden una variedad de normas cuya finalidad es asegurar el derecho de subsistir de toda persona humana; establece un vínculo obligacional alimentario, entre el deudor y el acreedor; regula situaciones y condiciones de índole legal e incluso de parámetros para establecer el quantum de la prestación, así como de un proceso judicial para sancionar penalmente el incumplimiento de su prestación contenida en una orden judicial.
2. La capacidad o solvencia económica con la que cuenta el obligado con prestar una pensión alimenticia y no obstante ella se resiste a cumplirla, así como la enfermedad de avanzado desarrollo e irreversible, debe de ser incluidas en el ordenamiento jurídico que regula la institución de los alimentos y en específico cuando se incumple con la orden judicial que la dispone.
3. Es necesario fortalecer el ilícito de la Omisión a la Asistencia Familiar tipificado en el artículo 149 del Código penal que sanciona penalmente el incumplimiento de prestar alimentos determinados por el órgano jurisdiccional a fin de garantizar la protección de la institución familiar de la alimentación y el respeto de los mandatos judiciales conforme la amplia gama normativa nacional y supranacional.
4. Deviene en impostergable que en concordancia con el principio de prevención de la pena, por el delito por la Omisión a la Asistencia Familiar que se regule supuestos excepcionales ante los cuales no proceda la suspensión de la ejecución de su sanción; esto es, se disponga su ejecución efectiva a fin de alcanzar un justicia efectiva, intimidando a la sociedad en general y a los obligados alimentantes en específico a no incumplir con el mandato jurisdiccional que dispone el pago de la pensión alimenticia y concretamente cuando se advierta que el alimentista sufre de enfermedad terminal y el obligado no obstante contar con capacidad y solvencia económica incumple con su deber de manera caprichosa, guiado además en que la ejecución de la sanción penal que se le imponga será suspendida y no efectiva.

Resultados de las entrevistas aplicadas a Especialistas Legales en la materia objeto de la investigación (comprende abogados en el campo penal como de familia, defensores públicos, fiscales y jueces), así como a alimentistas y representantes de alimentistas con actuación en el ámbito civil y penal por pensión de alimentos y omisión a la asistencia familiar; respectivamente.

- a. Resultados de las entrevistas aplicadas a Especialistas Legales (comprende abogados en el campo penal como de familia, defensores públicos, fiscales y jueces) del Distrito Judicial de La Libertad.**

Se formularon tres interrogantes vinculadas con la problemática investigada, siendo que sus posiciones vertidas serán consideradas como posturas de índole académico.

Especialistas Legales:

Especialidad	Cantidad	Total
Abogados (Penalistas, de Familia)	7	15
Defensores Públicos	4	
Fiscales Penales	2	
Jueces Penales	2	

- 1. Se consultó:** En relación con el artículo 149 del Código penal que reprime el incumplimiento de la obligación de prestar alimentos contenida en una resolución judicial con: “(...) *una pena privativa de libertad no mayor de tres años ...*” usted considera:

Criterio (s)	Cantidad	Porcentaje
La pena cumple con su función preventiva y persuasiva; aun cuando la ejecución de la pena sea suspendida.	2	13.00%
La pena no cumple con su función preventiva y persuasiva; debido a que su ejecución es suspendida.	13	87.00 %
Total	15	100.00 %

De los resultados; podemos advertir dos posiciones, una minoritaria compartida por uno un juez y un fiscal entrevistados, para quién la pena si cumple con su función preventiva y persuasiva, aun cuando esta sea suspendida y una mayoritaria que considera lo contrario, justamente por su ejecución suspendida.

Como argumento de los magistrados que representa la posición minoritaria, se advierte:

- La Constitución Política del Perú establece como un derecho fundamental de la persona, que no existe prisión por deudas. Sin embargo, establece como excepción no cumplir el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios. Por esta razón, el Código Penal establece que es un delito la omisión a la asistencia familiar, que incurre la persona obligada a cumplir la pensión de alimentos ordenada a través de una resolución judicial.
- Cumple su función preventiva; por el solo hecho que implica una libertad restringida, cumple su finalidad como es la prevención de la conducta y otros fines como la reinserción social y la re educación del condenado.

Del mismo modo; la mayoría para quienes la pena consultada no cumple con su función preventiva y persuasiva, debido a que su ejecución es suspendida, fundamenta su posición en los siguientes argumentos:

- Por el contrario, permite que el imputado por el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar no solo tenga facilidades de pago en cuotas al momento de arribarse a una terminación o conclusión anticipada; sino que además sabiendo que cuenta con tales salidas alternativas puede volver a incumplir a futuro con el pago de otra liquidación de pensiones derivada a la vía penal por el delito de OAF.
- Si bien no cumple con su función preventiva y persuasiva, al ser un delito que se incrementa a gran escala, el tema no tendría que ver tanto con la pena, efectiva o suspendida, sino por las medidas alternativas de solución que se pueden ejecutar en la fase preliminar, evitando que un caso sea judicializado (Principio de

Oportunidad). De otro lado, los investigados por estos delitos son asesorados de tal sin velar por el Interés Superior del Niño; así con malas estrategias dilatorias, solicitan Principio de Oportunidad a nivel preliminar, sabiendo que su patrocinado no cumplirá, con la finalidad que el proceso se alargue hasta incoar Proceso Inmediato llegando a una Terminación Anticipada. Además, el incrementar la pena o volverla únicamente efectiva, no sería la solución; sobre todo, porque el Derecho Penal es de última ratio y si hay medidas alternativas de solución, éstas se deben agotar, priorizando el interés Superior del Niño, lo cual sería difícil su aplicación si el obligado se encuentra recluso en un establecimiento penitenciario.

- La pena incumple su función y ello se advierte en la mayor carga procesal año tras año; así, estadísticamente la Corte Superior de Justicia del Santa en su sede penal, el 73% de casos es por omisión a la asistencia familiar y si para el 2011 ascendían a mil doscientos, a la fecha son aproximadamente cuatro mil; no apreciándose efectos a su función preventiva y persuasiva, pues al ser suspendida, los denunciados ven que éste tema es sin importancia y prácticamente pagando un porcentaje básico de la deuda se le aplica todos los premios. Ahora bien, es necesario endurecer las penas y eliminar la suspensión de la misma o la conversión por otros delitos.
- Existe un conflicto entre la función preventiva general y especial; el mensaje del artículo 149 y sus consecuencias penales, intimida si se quiebra hasta podríamos decir que persuade con una pena privativa de hasta tres años (prevención general); sin embargo, entra en conflicto cuando desde la prevención especial la pena se reduce a una sanción que resulta un regalo y a una invitación a seguir cometiendo más delitos debido a que su ejecución se suspende, lo cual no resulta compatible con las necesidades de protección de la sociedad y de expectativas sociales sobre la actuación de las normas de nuestro ordenamiento jurídico.

- Al ser el progenitor obligado a través de una sentencia a prestar alimentos en tiempo y monto determinado, el incumplimiento de ese deber ocasiona que incurra en omitir la ley, por tanto, la pena debe ser efectiva y no suspendida.
- En primer orden, el derecho alimenticio se sustenta en el principio de solidaridad entre aquellas personas que cuenten con un vínculo de consanguinidad y de afinidad para con otros. Derecho cuyo fin teleológico es procurar ayuda necesaria y vital para aquellos seres humanos que debido a ciertas características de vulnerabilidad deben ser apoyados por sus parientes. En segundo orden; se debe considerar que, para efectivizar el cumplimiento de este derecho, nuestro legislador civil ha establecido que el obligado cumpla con acudir al alimentista con una suma cuantificable en base a sus posibilidades económicas, es decir el juzgador al momento de imponer una pensión de alimentos debe tener en cuenta la posibilidad real del obligado, procurando no afectar en demasía al mismo y cuyo incumplimiento genera pues responsabilidad penal.

En dicho contexto, el conocimiento por los obligados del carácter suspendido de la pena genera que estos se desentiendan hasta un posible juzgamiento, incluso dejan transcurrir la investigación fiscal, pues saben que dicha institución no tiene forma coercitiva para procurar el cumplimiento.

Con lo antes señalado, podemos concluir que la pena del incumplimiento de la obligación alimentaria, al tener carácter de suspendida, no cumple con fines preventivos ni mucho menos persuasivos, en el entendido que no genera una debida aprehensión de las obligaciones que tiene el obligado, pues conoce que su incumplimiento no le generará alguna sanción antes de una posible audiencia de juicio oral, etapa en donde, incluso con el cumplimiento de pago, se obvia el daño ocasionado a lo largo del tiempo al alimentista.

- Al no ser efectiva la pena por incumplir la obligación por alimentos, los demandados se retardan en su pago, lo cual se constata con la cantidad de denuncias penales por omisión a la asistencia familiar que existen en las fiscalías penales.
- La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora, por lo que al estar su ejecución suspendida no contribuiría, máxime aún para un delito de este tipo donde se debería proteger el interés superior del niño, siendo que al estar su ejecución suspensiva no protege sino más bien desampara al menor y por ende, no cumple con su función preventiva, protectora y resocializadora; es por ello que muchos no tienen temor de infringir la ley.
- Al no efectivizarse la pena privativa de la libertad, el sujeto activo (obligado alimentario) no ve el riesgo que implica el no cumplir con la pensión alimenticia judicialmente establecida pues ello no conllevará cárcel efectiva y consecuentemente su libertad en muchos casos no se verá amenazada perdiendo importancia como factor disuasivo para reincidir en la comisión de cualquier tipo penal.
- Aplicar la suspensión de la ejecución de la pena en las sentencias del delito que está bajo análisis, no resulta conveniente puesto el sentenciado en la mayoría de los casos recurre a este beneficio para lograr una prolongación del pago de la liquidación de pensiones alimenticias o que se lleguen a efectuar, pero de manera parcial (es decir no cumple con su función preventiva y persuasiva) siendo aún más grave que lo hace valiéndose de mecanismos legales que se encuentran establecidos en nuestro propio ordenamiento jurídico, y ocasionando con ello que se vulneren los derechos del alimentista, pues no obtiene una verdadera protección pese a que existe una sentencia que ordena el pago de la liquidación de pensiones alimenticias y se cuentan con medios para lograr que la misma sea cumplida.
- La pena en la Omisión a la Asistencia Familiar incumple con su función preventiva y persuasiva toda vez que mayoritariamente se aplica su suspensión, generando en

que los imputados incumplan con cancelar las liquidaciones de pensiones adeudadas hasta la Audiencia de Juicio Inmediato para arribar a una conclusión anticipada, perjudicando el interés superior de un menor alimentista ya que no ven reivindicado su derecho hasta después de 6 a 8 meses teniendo en cuenta la carga procesal de cada distrito Judicial.

- La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora, por lo que al ser su ejecución suspensiva no contribuye a resocializar al imputado, teniendo en cuenta que los estándares de vivencia social, donde estamos rodeados de altos índices de delitos de OAF, resulta utópico creer que con una pena suspensiva los imputados se abstengan de infringir la ley y cumplirán con el pago de la liquidación adeudada.
- En caso de incumplir las obligaciones alimentarias, al no haber pena efectiva, estos últimos se retardan en el pago de la pensión, pues esperan llegar al Juicio Inmediato para arribar a una conclusión anticipada, en donde confían que se le impondrá una pena suspendida.

Del análisis a ambas posiciones expuestas consideramos que la adoptada minoritariamente, para quienes la pena si cumple con su función preventiva y persuasiva, aun cuando esta sea suspendida no se sustenta en razones y fundamentos objetivos que persuadan a los alimentantes para cumplir con el mandato judicial que contiene el pago de la obligación alimentaria, por el contrario por el sólo hecho de contener una sanción, que resulta incuestionable en cuanto a su sola existencia, consideran o deducen (erradamente a nuestro criterio) que satisfecerá con su prevención y persuasión; por el contrario compartimos la posición ampliamente mayoritaria del 87.00 % para quienes la pena del artículo 149 del Código Penal incumple con su función preventiva y persuasiva y justamente debido a que su ejecución es dispuesta de manera suspendida, convalidando nuestra realidad problemática y contrastando nuestra hipótesis, conllevando con ello a validar también la propuesta que proponemos en el sentido que la pena sea efectiva, si bien no de manera general, cuando se advierta que el obligado cuenta con capacidad económica y el alimentista padece de enfermedad

crónica, pues aun cuando se advierta tales situaciones y conforme lo exponen los especialistas entrevistados, los obligados recurren a alternativas legales que dilatan su cumplimiento y aun agotadas éstas, continúan incumpliendo pues no advierten una sanción efectiva en la restricción a su libertad personal desprotegiendo el interés superior del niño.

2. Ante la consulta: Respecto a la posible regulación de las siguientes situaciones:

- a) *Cuando se acredite que el denunciado cuenta con capacidad y solvencia económica;* y, b) *Cuando el alimentista padezca de enfermedad en estado terminal,* como supuestos para inaplicar la suspensión de la ejecución de la pena en el delito por Omisión a la asistencia familiar; usted, estaría:

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
De acuerdo	14	93.00 %
En desacuerdo	1	7.00 %
TOTAL	15	100.00%

Dentro de los argumentos de los especialistas a favor de la regulación de las situaciones antes señaladas para inaplicar la suspensión de la ejecución de la pena consultada, se advierte:

- Es válida la propuesta por el doble reproche del actuar doloso del imputado por el delito cuando se trata de un alimentista que padece de enfermedad terminal, el cual requiere satisfacer sus necesidades básicas para tener calidad de vida, en el tiempo que su enfermedad lo permita.
- Ya de por sí, que una agraviada recurra en sede penal a cobrar una deuda alimentaria irroga un gasto y tiempo exagerado, pues desde que demanda hasta llegar a sede penal (JIP o JUP) habrá pasado mínimamente entre 18 a 24 meses lo cual económicamente no es rentable, el daño es severo y solo por esa causal no debe aplicarse la suspensión de la pena o la conversión por otras penas.

- La propuesta es legítima, pues se delimita el supuesto de hecho de la norma, además se conduce con el principio del interés superior del niño.
- Solo en el caso que el imputado tenga solvencia económica se debería inaplicar la suspensión de la ejecución de la pena, ya que existen otros intereses como el interés superior del alimentista, que prevalece en este caso a la libertad, mediante la ponderación.
- En ambos criterios se amenaza la asistencia familiar; sin embargo, en el primero el progenitor cuanta con solvencia económica, siendo así; se debe obtener beneficio económico para el menor a través de ello, pudiendo realizar alguna venta de un bien inmueble o el otorgamiento de derechos de algún fondo bancario; con respecto al asegundo, los bienes y fondos económicos servirá en parte para dar calidad de vida hasta el fallecimiento.
- El derecho a los alimentos se funda en el principio de solidaridad y además a la vida en su aspecto positivo, comprende la existencia de condiciones favorables para tener una vida digna; por lo que, en el supuesto planteado, este principio y Derecho la vida, se ve mucho más violentado en tanto pudiendo el obligado cumplir con sus obligaciones, no las cumple, colocando en más riesgo al alimentista por las condiciones de vulnerabilidad que tiene.
- Por razones humanitarias si el alimentista necesita con urgencia la pensión de alimentos, esto no debe esperar y si el denunciado cuenta con la capacidad económica debe cumplir con su obligación, porque está en peligro la salud y/o vida del alimentista, lo cual necesita una acción inmediata del ius puniendi. En estos casos, de ser los denunciados solventes podría verse la posibilidad de embargos de su patrimonio como medida cautelar.

- Al introducir los dos supuestos, que conlleven a la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, contribuirá a que exista mayores posibilidades a que la pena cumpla su función preventiva y persuasiva.
- Es una buena propuesta pues, son situaciones excepcionales al tratarse de un obligado que exprofesamente se burla de la ley y que reincide en la comisión delictiva a pesar de contar con los medios para cumplir con su carga alimentaria y en el segundo supuesto por tratarse de un alimentista en un estado de necesidad sumamente extremo que hace más urgente el cumplimiento de la obligación y la ejecución de la pena.
- Existe la necesidad de reconocer en la labor judicial penal la capacidad económica del agente como un elemento objetivo en el delito de omisión a la asistencia familiar, previsto en el artículo 149° de nuestro código penal; así, por ejemplo un caso en particular sometido a la jurisdicción del Segundo Juzgado Unipersonal de Ventanilla, el Expediente N° 1092-2018-1-3301-JR-PE-01 del Segundo Juzgado Penal Unipersonal – Sede NCPP, en fundamento octavo señala : “(...) la conducta típica no se refleja únicamente en el incumplimiento propiamente dicho, sino que a criterio de esta judicatura es un requisito primordial para determinar la responsabilidad que el acusado haya tenido la posibilidad de cumplir, y no lo haya querido hacer”; por lo que si el denunciado cuenta con capacidad y solvencia económica lo más lógico sería que no se le aplique la suspensión de la ejecución de la pena en el delito. Por ello, coincido con Renzo Antonio Vinelli Vereau y Aitana Sifuentes Small cuando señalan que la capacidad económica del obligado alimentario debe ser probada en el proceso penal, caso contrario, se convierte el mismo en un mero método de criminalización de deudas; y que incluso, dicha capacidad podría ser materia de análisis del Ministerio Público en sede preliminar, no siendo atendible que dicho criterio sea valorado exclusivamente por el juez al momento de emitir sentencia en sede penal frente a una imputación fiscal por omisión de asistencia familiar, por cuanto en sede fiscal también se pueden actuar medios de investigación destinados a determinar la comisión o no de un tipo penal.

Lo mismo sería para el supuesto de “Cuando el alimentista padezca de enfermedad en estado terminal”, pues se pretende proteger en este delito el adecuado desarrollo físico y mental de los alimentistas; pues se debe tener en cuenta la atención integral del mismo, pasando por reconocer su derecho a participar, dentro de lo posible y según su fase evolutiva, en todo lo concerniente a él; por lo que como sujeto de derecho que es y atendiendo a su vulnerabilidad (en este caso la enfermedad terminal), las normas que lo regulen deben estar orientadas a su protección, pero sin desconocer que se trata de un sujeto de derecho que está en una fase evolutiva, y por ello su derecho a opinar a participar en todo lo concerniente a él/ella no deberá ser descuidado ni obviado. Recordemos que el Estado peruano, según la Constitución vigente (artículo 4°), está obligado a proteger al niño, adolescente.

- La propuesta es válida pues no se requiere que el imputado este libre para que siga pagando una pensión alimenticia, para solventar las necesidades básicas del alimentista, sino brindarle calidad de vida al mismo.
- Corresponde al Estado y la sociedad compatibilizar lo jurídico con el contexto social, con el fin de poder aminorar las denuncias por el delito de omisión a la asistencia familiar. En principio el hombre por su propia naturaleza es un ser eminentemente social, por las conductas individualistas y egoístas que asume en la práctica frente a los demás, es una conducta que asume al vivir en una sociedad de pocos recursos y donde las oportunidades son limitadas.
- El introducir ambos apartados, que involucren la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, contribuirá a que en un mayor grado de probabilidad la pena cumpla su función preventiva y persuasiva.
- En los supuestos planteados cuando el alimentista necesita con urgencia la pensión de alimentos, y más aún si el denunciado cuenta con la capacidad económica, debe

cumplir con el pago de la liquidación adeudada, porque está en peligro la salud y/o vida del alimentista

Asimismo, para el especialista entrevistado que minoritariamente no está a favor de la regulación de los criterios que se postula en la presente investigación para inaplicar la suspensión de la ejecución de la pena consultada, fundamenta su posición en:

- Respecto a la primera situación y lo concerniente a la capacidad del obligado, se deberá determinar en la vía civil, es decir, al momento que se interpone la demanda de alimentos y se ordena el pago de pensión de alimentos. Se supone que, en esa etapa previa es cuando el juez civil deberá determinar la capacidad del obligado y, en base a ello, es que fija un monto determinado. El juez civil deberá establecer la capacidad del obligado. Sin embargo, de cambiar dicha situación (hasta determinado momento el obligado deberá pasar la pensión de alimentos), es decir, de incrementar la posibilidad económica del investigado, la parte demandante debería solicitar el incremento de pensión de alimentos en la vía civil, para que sea el juez civil quien determine el monto de pensión de alimentos y lo incremente, de ser el caso. Respecto a la segunda situación, considero que dicha situación debería habilitar la posibilidad de que se acuda a más vías alternativas de solución con acuerdo de las partes, pues de nada serviría que el obligado se encuentre recluido en un penal, con menos posibilidades de acceder a un trabajo, y originando únicamente que se incremente la liquidación de pensiones alimenticios devengadas de periodos posteriores, siendo menos beneficioso para el alimentista en dicha condición.

Analizadas ambas posiciones, nos adherimos a la mayoría que representa el 93.00 % de los entrevistados pues es evidente el comportamiento intencional del alimentante que en su condición de imputado por incumplir con su obligación no obstante contar con capacidad económica y aun cuando el alimentista afronta una terminal enfermedad siendo justificable que en concordancia con el Ius Imperium del Estado se efective la sentencia por omisión a la asistencia familiar, pues aun cuando se presume la humanidad y solidaridad de las personas, dicho imputado muestra un desprecio por cumplir y contribuir con mejor calidad de vida y una vida digna, para quien pudiendo ser un

descendiente, ascendiente, cónyuge u otro beneficiado se resiste a ello, aunado al innegable periclitamiento en el proceso civil por los alimentos, reiterando que dicha práctica ciertamente abusiva es por cuanto la misma normativa lo permite, siendo necesaria y válida la propuesta legislativa de regulación excepcional en concordancia con el interés superior del alimentista en caso de ser menor de edad; tales situaciones también contribuirán a reducir aquellos casos concretos a que se refiere nuestra investigación, contrastando con ello la hipótesis planteada vinculado también con el deber constitucional del Estado de proteger y cautelar la dignidad del alimentista como persona humana y más aún cuando padece de una enfermedad irreversible e incurable.

Respecto a la posición en minoría, representada por uno de los entrevistados, es de precisar que la investigación no está relacionada al procedimiento civil de determinación de la pensión alimenticia sino por el contrario a regular situaciones excepcionales para cuando existiendo mandato judicial conteniendo el pago de la pensión ya determinada, el imputado en la vía penal tramitándose el delito de omisión a la asistencia familiar incumple dolosamente pese a contar, en esa instancia, con la capacidad económica para cumplir y además el alimentista padece de enfermedad terminal; siendo además que nuestra propuesta se circunscribe a tales situaciones en específico y no a una generalización como refiere el especialista, pues concordamos que el incremento de la población penitenciaria no es situación para solucionar el problema, empero también resulta válida nuestra posición para que de modo excepcional se regule lo propuesto estando seguro que logrará los objetivos propuestos conforme lo refiere la mayoría de especialistas entrevistados.

3. Ante la consulta: De regularse como supuestos para inaplicar la suspensión de la ejecución de la pena en el delito por Omisión a la asistencia familiar: *a) Cuando se acredite que el denunciado cuenta con capacidad y solvencia económica; y, b) Cuando el alimentista padezca de enfermedad en estado terminal, ¿qué efectos o consecuencias considera usted que generaría?*

Los especialistas manifestaron lo siguiente:

- Tendría un efecto muy positivo para los alimentistas que se encuentren en este supuesto, ya que el deudor alimentario tendría que cumplir con el abono de su pensión alimenticia de manera puntual, generando no solo que se satisfaga el derecho expectatio del alimentista, sino que se evite mayor carga procesal en los Juzgados por este delito de OA
- En parte, atentaría contra el interés superior del niño, debiendo agotarse las vías alternativas de solución, más aún si se tiene en cuenta la situación actual del país, y si se tiene en cuenta el hacinamiento de establecimientos penitenciarios. Se sabe que, en jornadas para evitar el hacinamiento en penales, son los sentenciados por estos delitos los que tienen la oportunidad de salir, lo cual, genera, creo yo, una situación de pérdida de tiempo que podría utilizar el sentenciado para que pueda solventar sus responsabilidades con los alimentistas. Cabe precisar que, para obtener un trabajo, hoy en día, se suele pedir como requisitos el no contar con antecedentes penales, judiciales o policiales; por lo que, no sería muy beneficioso tratar de imponer tipo un “castigo” en este tipo de delitos.
- El mejor efecto sería que los demandados por alimentos cumplan a tiempo con el pago de la pensión alimenticia y con ello evitar liquidaciones y obviamente que esto trascienda al Ministerio Público o al Juzgado de Investigación Preparatoria o al Juzgado Unipersonal. La idea es que se elimine totalmente la suspensión de la pena o la conversión y la única salida será que la pena por este delito sea cumplida de manera efectiva con cárcel.
- Los supuestos de suspensión de la ejecución de la pena obligan al Ministerio Público a que cuando se incumpla las reglas de conducta durante el tiempo de suspensión, se solicite la revocatoria ante el juez de ejecución. Con relación a inaplicar la suspensión para casos de omisión a la asistencia familiar imposibilitaría su aplicación.

Desde la política criminal resulta legítimo y viable la propuesta, la lógica consecuencia sería que las liquidaciones de pensiones de alimentos serían pagadas inmediatamente. Además, resultaría más efectivo el principio de oportunidad, muy venido a menos últimamente y la reserva del fallo condenatorio.

- En el caso de la primera alternativa generaría impunidad, y no en la segunda alternativa, ya que existe una justificación de no cumplir con la obligación, como la salud deteriorada, que padece el alimentista.
- En el primer criterio, los bienes inmuebles, derechos, ahorros bancarios y demás deben ser vendidos o destinados en un porcentaje instituido bajo la valoración judicial a favor del menor.

Respecto al segundo, al poseer el alimentista una enfermedad terminal, se debe valorar mediante un proceso judicial los bienes, cuentas de ahorros que posee para ser destinados al menor un porcentaje de ello con el fin de no dejarlo desprotegido.

- Con optimismo se logrará proteger de mejor manera al alimentista con las características planteadas. Que se proteja con mayor énfasis el derecho a una vida digna que a dicho ser humano de asiste.
- Los demandados pagarían rápido la pensión de alimentos y evitarían que llegue a la vía penal porque sabrían que su accionar se sanciona con pena efectiva.
- Definitivamente, para este delito la pena debería ser efectiva, puesto que no puede existir consideraciones para el infractor que está atentando contra la subsistencia de un menor de edad quien es su propio hijo, y al añadir los supuestos, se protegerá y conllevará al cumplimiento de la pena.

- Incidirá en la reducción ostensible del número de procesos de alimentos que no son derivados a la fiscalía ante el riesgo que el obligado se abstenga de desconocer su obligación alimentaria.
- Se evitará la afectación del Principio del Interés Superior del Niño respecto de sus alimentos, pues nos referimos a uno de los delitos que más aqueja a la sociedad liberteña, cuya problemática está rodeada a su ejecución pues al aplicarse la pena suspendida los perjudicados son los alimentistas. Se evitaría que, el alimentista tenga problemas por el incumplimiento del obligado con el pago de la pensión, se le evitaría problemas cuando la pena por omisión a la asistencia familiar se suspende en su ejecución; pues es conocido que ello concede al denunciado una serie de facilidades para el pago de liquidación de pensiones alimenticias, pago que según las estadísticas no llegan a cumplirse en la gran mayoría de casos, afectándose directamente los derechos del alimentista.
- Persuadir a los imputados de incurrir en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar; toda vez que si al llegar a Juicio Inmediato, el imputado no ha cumplido con cancelar la liquidación adeudada no podrá aplicarse la pena suspendida a su favor.
- Comprometería el esfuerzo del Estado y organizaciones privadas vinculadas al tema, revalorará la importancia del matrimonio y la familia, difundirá en la sociedad en general el respeto por el niño y el adolescente, así como la responsabilidad de asumir el rol de los padres y las consecuencias perjudiciales e irreversibles del abandono material y/o moral.
- En principio, la pena debe ser efectiva, y en especial para este tipo penal, porque somos una sociedad de incipientes valores, pues esta apta para un tratamiento contemplativo del infractor, y al añadir estos supuestos favorecería en gran medida al cumplimiento de la pena.

- Lo demandados cumplirían en la vía civil el pago de la liquidación adeudada a fin de evitar que se remitan copias a la fiscalía y se inicie proceso por el delito a la Omisión a la Asistencia Familiar, teniendo conocimiento que su accionar se sanciona con pena efectiva en la vía penal.

Analizando las variadas posiciones de los especialistas entrevistados no solo contrastamos la observada realidad problemática por la investigadora sino también ampliamos la necesaria visión generalizada de revalorar socialmente el compromiso de asistir en la manutención y cuidado de los alimentistas, de ahí la justificación para que el Estado y la sociedad en general contribuyan en su re concientización que debe ser extensiva a la familia y el deber de asistencia que debe existir entre sus integrantes, posiciones que respaldan técnica y jurídicamente nuestra propuesta legislativa contrastando la hipótesis propuesta y en mayor incidencia asegurando inclusive que se evitaría llegar al cobro de las pensiones alimenticias en la vía penal, descargando la innegable carga procesal que en la actualidad representan en la labor judicial. De otro lado, se aprecia la posición casi unánime de generalizar la ejecución de la pena ante su incumplimiento, pese a estar contenida en un mandato judicial; esto es, dejándose sin efecto su suspensión, situación que progresivamente debe ser adoptada y justamente debe empezar con la regulación de criterios específicos como los que se proponen; así también no debemos desconocer la existencia de causas objetivas que pudieran impedir que aun en la vía penal el alimentante imputado incumpla con el mandato judicial, reiterando que los criterios que contiene nuestra propuesta legislativa se encuentran revestidas de situaciones que comprenden agravantes en concordancia excepcional con el interés superior del alimentista en caso de ser menor de edad, reprimiendo el actuar doloso y gravoso del imputado de cumplir con su deber alimentario pese a contar con la capacidad económica y el alimentista padezca de una enfermedad terminal, protegiendo y cautelando la dignidad del alimentista.

b. Resultado de las entrevistas aplicadas a alimentistas y representantes de alimentistas con actuación en el ámbito civil y penal por pensión de alimentos y omisión a la asistencia familiar; respectivamente.

Se formularon tres preguntas relacionadas directamente con la investigación, cuyas posiciones se analizan a continuación.

Sede	Cantidad	Total
Trujillo	15	15

1. **Se consultó:** En relación al delito por Omisión a la asistencia familiar que reprime el incumplimiento de la obligación de prestar alimentos contenida en una resolución judicial con: “(...) una pena privativa de libertad no mayor de tres años ...”, siendo dicha pena de ejecución suspendida; es decir, no implica prisión para el deudor en un establecimiento penitenciario, usted considera:

Los entrevistados manifestaron:

Criterio	Cantidad	Porcentaje
- Es, justo.	-	0.00 %
- No, es justo.	15	100,00 %
Total	15	100.00 %

Entre los argumentos de quienes unánimemente consideran que es “injusto” que la pena privativa de libertad por el delito de omisión a la asistencia familiar no comprenda prisión para el imputado deudor alimentario en un centro penitenciario por ser de ejecución suspendida, los entrevistados señalaron:

- Por esa situación, el imputado siempre se atrasará en el pago de las pensiones y esperará que el proceso vaya lentamente hasta el Juzgado Penal para recién allí llegar a un acuerdo y cancelar la liquidación adeudada en cuotas.
- No es justo, porque el denunciado de esa manera burla la justicia y no cumple con cancelar la liquidación de pensiones devengadas; sabe que no ira a la cárcel.

- Es injusto; al ser la pena de ejecución suspendida, el imputado no cancelará la deuda inmediatamente, contará con mayor tiempo para cancelar la liquidación adeudada, en tanto los alimentistas con enfermedad terminal tienen necesidades básicas que deben ser cubiertas inmediatamente, sin poder esperar que el imputado cumpla en uno o dos meses con cancelar la deuda en cuotas.
- No es justo, porque el denunciado sabiendo que no ira a la cárcel, no sentirá temor y en consecuencia no cumplirá con el pago de la liquidación de pensiones.
- Es injusto pues al imponerse una pena suspendida el demandado se burlará de la justicia y seguirá sin pagar la pensión, confiado en que no irá a prisión.
- No es justo, que los jueces concedan pena suspendida para quienes adeudan alimentos porque generan que sigan sin cumplir con sus obligaciones sabiendo que no hay penas severas para ellos.
- Incurrir en el delito de omisión por asistencia familiar implica una falta de indiferencia para con sus propios hijos, además el hecho de que la normatividad comprenda la posibilidad de una pena de ejecución suspendida predispone al autor de este delito, dado que brinda una confianza extrema debido a un pensamiento criollo, propio de la cultura peruana que nos hace pensar que no pasara nada si incumplimos nuestro deber.
- Por cuanto el denunciado no merece que se le imponga pena suspendida al no haber cumplido con pagar las pensiones alimenticias de acuerdo a sentencia dada por el Juez.
- Pues, el demandado no cumplirá de esa manera con sus pensiones o liquidaciones adeudadas por alimentos porque sabe que no va a ir a la cárcel; y su menor hijo o hija se verán perjudicados.

- Es injusto que la pena para las personas que no cumplen con su obligación alimentaria no se efectivicen y que se les suspenda porque así nunca cumplirán con su obligación sabiendo que no irán a la cárcel.
- Es injusto, porque los alimentistas necesitan que cumplan con una pensión alimenticia para cubrir con lo que necesitan; y si bien algunos padres se pueden atrasar en el pago de las pensiones, pero puede pagar la liquidación en el proceso civil, evitando que se vaya el caso a la fiscalía y logrando que sus hijos puedan disfrutar de lo que les corresponde.
- Deviene en injusto; es una irresponsable y reiterativa conducta que se presenta en la actualidad en que los padres no asumen sus responsabilidades, correspondiéndoles su internamiento en centros penitenciarios y trabajar ahí, pues en caso de niños no tienen que afrontar culpa alguna; por el contrario, tienen derecho a tener vida plena y sin sufrimiento. Sí al encarcelamiento, no a la ejecución suspendida.
- No es justo; al ser la pena suspendida, el imputado no tendrá temor de ir a la cárcel y seguirá incumpliendo el pago de las pensiones alimenticias.
- Es injusto, porque de esa manera se le da al denunciado muchas facilidades y tiempo para cancelar la liquidación adeudada.
- No es justo, porque permite que los denunciados por este delito no sean castigados con la pena que corresponde, y que sabiendo esta situación sigan incumpliendo con las pensiones alimenticias.

Luego de analizar la posición unánime de quienes conciben como “injusto” que no se aplique una pena efectiva de privación de libertad por el delito de omisión a la asistencia familiar, advertimos la generalización de un sentimiento fundamentado en la búsqueda de una justicia que revalore la dignidad no solo de los alimentistas sino también de sus representantes que directamente afrontan los avatares de iniciar, continuar y proseguir con procesos judiciales con el único fin de asegurar el

sostenimiento de sus menores hijos y lejos de encontrar un sosiego por parte de la sociedad advierten como realidad que el obligado alimentario aún en la vía penal cuentan con oportunidades para cumplir con su deber en cuotas, siendo relevante también la inexacta concepción que ello obedecería a criterios de jueces cuando en realidad es la propia normativa que permite esa situación. Compartimos la posición de los entrevistados y justamente la investigación tiene como objetivo revalorar una realidad que no debemos de desconocer, que con disposiciones precisas y objetivas podemos ir revirtiéndola como con la regulación de los criterios objetivos y concretos que proponemos, con ello atenderemos el clamor expresado por los referidos entrevistados, crearemos conciencia en el cumplimiento de los deberes alimentarios (aun cuando ésta deba surgir naturalmente), pero sobre todo coadyuvaremos en otorgar mejores condiciones de vida al alimentista que padece de enfermedad terminal y no cuenta con la pensión dispuesta judicialmente, pese a que su alimentante cuenta con capacidad económica para brindarla.

- 2. Ante la consulta:** En la actualidad; si el denunciado por el delito de Omisión a la asistencia Familiar cuenta con capacidad o solvencia económica (*patrimonio, bienes, propiedades, cuenta de ahorros, etc.*) o el alimentista (menor o mayor de edad que necesita de los alimentos) padece de enfermedad *terminal*, dichas situaciones no son consideradas ni inciden en la pena del denunciado. ¿Qué opina al respecto?

Los entrevistados señalaron al respecto:

- Está mal que esas situaciones no estén consideradas, pues debe imponerse pena efectiva en esos casos por tratarse de alimentistas que se encuentran en enfermedad terminal y que pese a que su papá o persona que debe pasarle alimentos tiene recursos no lo hace.

- Al no considerar estos supuestos en la aplicación de la pena, se perjudica a los alimentistas; se debe tener en cuenta que las personas que padecen de enfermedad terminal necesitan satisfacer sus necesidades básicas.
- Es necesario que dichas situaciones sean consideradas al establecer la pena, pues en estos casos, donde el imputado siempre ha tenido recursos y pese a ello no ha cumplido con pasar la pensión alimenticia mensual, se debe agravar la pena del denunciado, pues se trata de un alimentista que padece de enfermedad terminal y que requiere de medicina para alargar su tiempo de vida.
- Legalmente debe regularse esas situaciones, pues el alimentista es una persona que se encuentra en estado terminal, no permitiendo que se aplique la pena suspendida al imputado que pese a tener recursos no cumple con la pensión porque sabe que no irá a la cárcel.
- En desacuerdo, pues ante la existencia de casos como los planteados, se debe imponer penas más duras contra las personas que teniendo recursos para pasar pensión no lo hace, perjudicando al alimentista que lo necesita.
- Esta mal, el no considerar cuando personas que padeciendo de enfermedad terminal y que necesitando que su padre les asista con una pensión alimenticia para el tratamiento de su enfermedad no sean consideradas como situaciones al momento de imponerse una pena.
- Es imperdonable que el denunciado teniendo solvencia económica incumpla con su deber, además si el alimentista padece de una enfermedad terminal, ello debería ser considerada como un agravante, deviniendo en efectiva la pena privativa de la libertad.
- Para quien incumple con su deber alimentario, encontrándose en los supuestos propuestos, debería ir prisión; pues, si el imputado tiene dinero para cancelar las

pensiones adeudadas para el alimentista con enfermedad terminal, la ley no puede ser flexible en estos casos.

- Es penoso que al denunciado por alimentos además de suspenderse la ejecución de la pena, no se considere su buena situación económica, así como la salud del alimentista que se perjudica cada vez por la negligencia del denunciado.
- No debe seguir así; debe considerarse estas situaciones en que los alimentistas necesitan su pensión para cubrir gastos del hospital o medicina, debe imponerse una pena más drástica a los responsables de prestar con una pensión alimenticia.
- En estas situaciones, el denunciado debe cumplir con la pensión del alimentista que padece de enfermedad terminal, pues depende de la pensión para mejorar su tiempo de vida y con mayor razón si tiene dinero debe pagar lo adeudado; de lo contrario sería justo que el juez imponga una pena más grave.
- Los padres con comodidades y solvencia económica que incumplen con su obligación alimentaria deben tener una mayor sanción a través de una modificación de las leyes, con ello se evitará el sufrimiento de los alimentistas que padecen de hambre y necesidades, no obstante ser conscientes y contando con los medios para cumplir con sus hijos.
- Las situaciones propuestas deben ser consideradas a fin que la pena se efectivice y el imputado sea internado en un establecimiento penitenciario.
- Los jueces deben considerar estos casos donde los alimentistas tienen enfermedad terminal; pues, por su condición requieren que su padre cumpla con una pensión mensual que les permita costear sus medicinas, y de incumplir dicha situación médica empeorará, pudiendo incluso acelerar su muerte por falta de medicina necesaria para su tratamiento.

- En el Perú la pena por Omisión a la Asistencia Familiar no es drástica y al valorar estas situaciones se beneficiará en gran manera a los alimentistas

Del análisis a las posiciones expuestas evidenciamos una visión crítica que concuerda con la postura manifestada por los especialistas legales, consideradas en numerales anteriores, que ante la intencionalidad del imputado alimentante por incumplir con su obligación no obstante contar con capacidad económica y aun cuando el alimentista afronta una terminal enfermedad debe efectivizarse la sentencia por omisión a la asistencia familiar, ante el incumplimiento de prestar mejor calidad de vida y una vida digna, para quien pudiendo ser un descendiente, ascendiente, cónyuge u otro beneficiado se resiste a ello, convalidando nuestra propuesta legislativa para regular excepcionalmente, en concordancia con el interés superior del alimentista.

- 3. Finalmente, ante la consulta:** De regularse como supuestos para inaplicar la suspensión de la ejecución de la pena en el delito por Omisión a la asistencia familiar, es decir que la pena que se imponga sea efectiva (internar en un penal al denunciado): *a) Cuando se acredite que el denunciado cuenta con capacidad y solvencia económica; y, b) Cuando el alimentista padezca de enfermedad en estado terminal, ¿Qué efectos o consecuencias considera usted que generaría?*

Los entrevistados, expusieron:

- Ello generará que el imputado ya no burlará a la justicia y tenga temor de atrasarse en el pago de sus pensiones alimenticias.
- Generará que el demandado cumpla con cancelar los alimentos y no se atrase por temor a remitirse copias a Fiscalía para el inicio de proceso en la vía penal.
- La inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena generará que el demandado tenga temor al no cumplir con la pensión alimenticia; es necesario la pena efectiva en todos los delitos de Omisión a la Asistencia Familiar.

- Sería lo más justo para el alimentista con enfermedad terminal, porque al existir la posibilidad de que el denunciado vaya a la cárcel, comenzará a cumplir con el pago de la pensión todos los meses.
- El denunciado tendrá temor y servirá de ejemplo para otros denunciados que también incumplen con pagar la pensión alimenticia.
- Será lo mejor, evitará que los padres con dinero puedan pasar una pensión y no olviden su obligación alimentaria a favor de sus hijos por fallecer y que necesitan de su pensión para seguir tratándose.
- Se generará miedo en el denunciado por la justicia y cumplirá con pagar las pensiones y liquidaciones atrasadas por alimentos, ya que el juez tendría en cuenta estas situaciones para fijar una pena mayor para el denunciado.
- El imputado cumplirá con pagar la pensión alimenticia en favor del alimentista con enfermedad terminal; por el contrario si se atrasará, tratará de cumplir con cancelar la deuda en el plazo que conceda el Juez Civil y no esperará que se derive el caso a la fiscalía.
- El imputado no se atrasará en sus pensiones alimenticias, cumplirá puntualmente, evitando ser denunciado por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar.
- Representará un ejemplo para quienes piensen incumplir con su deber alimentario y no generará consecuencias; de otro lado, el hecho de tener una enfermedad terminal podría darle tranquilidad y seguridad para quienes batallan con su salud por alimentos a sus menores hijos.
- Los deudores de alimentos se pondrán al día sabiendo que, si no cumplen con las pensiones alimenticias para el alimentista o niño que padezca enfermedad terminal, podrían ir a prisión.

- Todas las personas que deben asistir con alimentos cumplirán con cancelar las pensiones que adeuden en favor de alimentistas con enfermedad terminal y así puedan contar con una mejor calidad de vida.
- El denunciado con solvencia económica debe pasar la pensión de alimentos conciliando con la madre, haciendo valer los derechos del menor; caso contrario debe intervenir la Fiscalía de menores. Cuando el menor padezca de enfermedad en estado terminal, la sanción deberá ser más drástica.
- Todos quienes adeuden pensiones, cumplirán y no se atrasen; para ello se debe inaplicar la suspensión de la pena no solo en estos casos sino para todo aquel que cometa el delito de omisión a la asistencia familiar contra sus hijos.

De las diversas posturas; además de contrastar la observada realidad problemática, a nivel de los ciudadanos directamente vinculados con lo observado, evidenciamos también la necesidad de revalorar socialmente el compromiso de asistir en la manutención y cuidado de los alimentistas, de ahí la justificación para que el Estado y la sociedad en general contribuyan en su re concientización que debe ser extensiva a la familia y el deber de asistencia que debe existir entre sus integrantes, posiciones que respaldan técnica y jurídicamente nuestra propuesta legislativa validando también nuestra hipótesis deducida, con lo que se espera lograr el cobro de las pensiones alimenticias en la vía penal e inclusive en la vía civil al persuadir al alimentante, contando con respaldo social para regular la ejecución de la pena ante su incumplimiento, dejándose sin efecto su suspensión, cuando se advierta los criterios específicos propuestos, sancionando el actuar consciente y gravoso del imputado de cumplir con su deber alimentario (como bien es percibido por los entrevistados) pese a contar con la capacidad económica y aun cuando el alimentista padece de una enfermedad terminal, protegiendo y cautelando la dignidad del alimentista.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1. Los supuestos en que se inaplicará la suspensión de la ejecución de la pena para el delito de omisión a la asistencia familiar serán cuando se acredite que el denunciado cuenta con capacidad o solvencia económica: así como cuando el alimentista sufra de enfermedad terminal; ello en protección del interés del alimentista y en rigor al cumplimiento de los mandatos judiciales que disponen la prestación de alimentos.
2. El fundamento axiológico del delito de omisión a la asistencia familiar se sustenta en el aseguramiento del cumplimiento eficaz de las obligaciones alimentarias que se generan dentro de relaciones familiares prescritas en la normatividad civil, sancionando su incumplimiento; así como en el respeto al principio de autoridad, que se afecta al no cumplir con una resolución judicial que dispone el pago de la pensión alimenticia.
3. Si bien no podemos afirmar que la suspensión de la ejecución de la pena por omisión a la asistencia familiar contraviene los pactos, convenios y convenciones internacionales ratificados por nuestro país en materia de protección familiar, la regulación de supuestos, como los que se postulan con la presente investigación, brindará mayor atención y protección jurídica tanto a nivel institucional como normativo concordante con el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los artículos 25 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los Artículos VII, XII y XXX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
4. En la legislación penal costarricense con la tipificación del *“Incumplimiento del deber alimentario”* y en la boliviana con la regulación del *“Abandono de familia”*, se advierte que consideran las *“posibilidades económicas”* y

“*los medios económicos*” del obligado para incrementar la pena y para la determinación de esta; respectivamente, determinándose que el primer supuesto que postulamos para nuestra legislación concordará criterios con la legislación comparada, específicamente para inaplicar la suspensión de la ejecución de la pena por omisión a la asistencia familiar; respecto al segundo supuesto relacionado con la enfermedad terminal del alimentista, no advertido en la legislación comparada, contribuirá a que nuestro marco jurídico se posicione a la vanguardia normativa en protección del deber alimentario, con su novísima regulación.

5. Resulta pertinente la modificación legislativa a fin de regular expresamente la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena por omisión a la asistencia familiar cuando se acredite que el agente cuente con capacidad económica y el alimentista padezca de enfermedad en estado terminal, conforme la propuesta contenida en la recomendación.

6. Para el 87.00 % de los Especialistas legales entrevistados, la pena del artículo 149 del Código penal no cumple con su función preventiva y persuasiva, por su ejecución suspendida; de igual modo el 93.00 % de los mismos, coinciden con la regulación de: *a) Cuando se acredite que el denunciado cuenta con capacidad y solvencia económica; y, b) Cuando el alimentista padezca de enfermedad en estado terminal*, como criterios para inaplicar la suspensión de la ejecución de la pena en el delito por Omisión a la asistencia familiar; contrastando la realidad problemática de ampliar la revaloración social de asistir en la manutención y cuidado de los alimentistas, sustentando técnica y jurídicamente nuestra propuesta legislativa, contrastando la hipótesis de la presente investigación al encontrarnos ante situaciones que comprenden agravantes y salvaguardaran el interés superior del alimentista en caso de ser menor de edad, reprimiendo el actuar doloso y gravoso del imputado de

incumplir con su deber alimentario pese a contar con la capacidad económica y el alimentista padecer de una enfermedad terminal.

7. Para el 100.00 % de los representantes de alimentistas con actuación en el ámbito civil y penal por pensión de alimentos y omisión a la asistencia familiar; respectivamente, no es justo que la pena el delito por Omisión a la asistencia familiar no implique prisión para el deudor en un establecimiento penitenciario; del mismo modo manifiestan su aceptación porque la capacidad o solvencia económica del alimentante imputado y cuando el alimentista padezca de enfermedad terminal sean consideradas como criterios para incidir en la pena a imponer al denunciado; con ello se revalorará socialmente el compromiso de asistir en la manutención y cuidado de los alimentistas y se efectivizará el rol del Estado de proteger a la familia y el deber de asistencia entre sus integrantes; respaldando también nuestra propuesta legislativa y la hipótesis deducida, con seguridad de lograr el cobro de las pensiones alimenticias en la vía penal e inclusive “oportunamente” en la vía civil al persuadir al alimentante, validándose dejar sin efecto la suspensión de la pena cuando se advierta los criterios específicos propuestos, sancionando el actuar consciente y gravoso del imputado de cumplir con su deber alimentario, pese a contar con la capacidad económica y aun cuando el alimentista padece de una enfermedad terminal, protegiendo y cautelando su dignidad.

CAPÍTULO VI: RECOMENDACIÓN

Primero: Con la finalidad de efectivizar el mandato constitucional contenido en los artículos 4 y 6 de nuestra carta magna, y específicamente a fin de asegurar el derecho a la alimentación, concordante con el artículo 10 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, las disposiciones contenidas en el Código Civil y en la Ley N° 27337, Ley que aprueba el Código de los Niños y Adolescentes, el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 25 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Artículo VII, XII y XXX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, debe de regularse supuestos expresos para inaplicar la suspensión de la ejecución de la pena en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar incorporándose el cuarto párrafo del artículo 149 del Decreto Legislativo N° 635 que aprueba el Código Penal.

PROYECTO DE LEY

LEY QUE REGULA SUPUESTOS EXPRESOS PARA INAPLICAR LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN EL DELITO POR OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

El Decano del Colegio de Abogados de La Libertad en uso de las prerrogativas conferidas en el Artículo 107 de la Constitución Política somete a consideración el presente proyecto de ley:

1. Exposición fáctica

Qué; dentro de la amplia regulación y protección a la institución jurídica de la familia, los “alimentos” representan una de las principales, esenciales y básicas figuras jurídicas a las que el Estado peruano brinda la mayor de las atenciones y protección jurídica tanto a nivel institucional como normativo; así podemos advertir un vasto marco jurídico que garantiza su prestación como las disposiciones prescritas en los artículos 4 y 6 de nuestra carta magna

que asegura el derecho a la alimentación, el artículo 10 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, disposiciones expresas en el Código Civil y en la Ley N° 27337, Ley que aprueba el Código de los Niños y Adolescentes, e inclusive en normativa supranacional con vigencia en nuestro ordenamiento jurídico nacional como el contenido en el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los artículos 25 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los Artículos VII, XII y XXX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Qué; la protección legal se hace extensiva al ámbito penal, así el Código Penal reprime en su artículo 149 el delito de omisión a la asistencia familiar con una pena que en su tipo básico no comprende una sanción efectiva.

Qué, del sistema de Gestión Fiscal comprendido del primero de enero de 2011 al treinta de diciembre de 2012 se reportaron 2962 denuncias por este ilícito en la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de las cuales 1122 corresponden a la ciudad de Trujillo, advirtiéndose también que la problemática no se circunscribe con exclusividad en la cantidad de imputados vinculados con este ilícito si no también en su ejecución, pues al aplicarse una pena suspendida, son los alimentistas quienes resultan perjudicados.

Qué; de otro lado se observa en los referidos procesos por denuncias de Omisión a la Asistencia Familiar que el denunciado acepta su responsabilidad arribando conjuntamente con el Ministerio Público a un criterio de oportunidad o bien a una conclusión anticipada permitiendo el pago de las pensiones devengadas más la reparación civil de manera fraccionada e inclusive al contado y de igual modo después del proceso ante una sentencia condenatoria los imputados pagan al contado lo adeudado, advirtiendo que éstos cuentan y gozan con la suficiente solvencia y capacidad económica (*como por ejemplo: con patrimonio compuesto por bienes, acciones o*

derechos susceptibles de ser valorados económicamente, cuenta (s) bancaria (s) con ahorros o fondos u otros medios económicos a su favor) como para haber podido cumplir oportunamente con su obligación en la vía civil, más conedores que la sanción por el delito conlleva la suspensión de la pena, actuando por simple o mero “capricho” u “desidia” deciden no cumplir, pese a reiterados requerimientos formales; situación que de por sí es preocupante y más aún cuando el alimentista sufre de una enfermedad terminal que bien conoce el obligado denunciado, pero como se reitera caprichosamente incumple con su obligación al inexistir la posibilidad de ver en riesgo su libertad personal; por ello, se hace necesaria la incorporación expresa de tales situaciones como supuestos de inaplicabilidad de la suspensión de la pena en los delitos de Omisión a la Asistencia Familiar.

2. Efectos de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional

La expresa regulación de los supuestos para la inaplicación de la suspensión de la penal por el delito tipificado en el artículo 149 del Decreto Legislativo N° 635 – Código Penal, cuando se acredite la capacidad o solvencia económica del imputado y cuando el alimentista sufra de enfermedad terminal se circunscribe a las disposiciones contenidas en nuestra Constitución Política, siendo que en la práctica legal sus efectos coadyuvarán a evitar el incumplimiento en la prestación de la obligación alimentaria contenida en una orden judicial.

Propuesta

**“Ley que modifica el artículo 149 del Decreto Legislativo N°
635 – Código Penal”**

Artículo 1°.- Finalidad

La presente Ley tiene por finalidad la regulación de supuestos expresos para la inaplicación de suspensión de la ejecución de la pena en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar

Artículo 2°.- Procedencia

Para que la configuración de los supuestos expresos para la inaplicación de suspensión de la ejecución de la pena en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar deberá acreditarse la capacidad o solvencia económica del imputado, así como que el alimentista sufre de enfermedad terminal

Artículo 3°.- Modificación del artículo 149 del Código Penal

Incorpórese el cuarto párrafo del artículo 149 del Decreto Legislativo N° 635 que aprueba el Código Penal, de conformidad al texto siguiente:

“Artículo 149. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA. -

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 ..., sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.

(...)

(...)

No procederá la suspensión de la ejecución de la pena cuando se acredite que el agente cuenta con capacidad o solvencia económica y cuando el alimentista sufra de enfermedad terminal; en cuyo caso la pena será efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

❖ **Legislación nacional:**

Constitución Política del Perú de 1993

Ley N° 26842, Ley General de Salud

Ley N° 27337, que aprueba el Código de los Niños y Adolescentes

Decreto Legislativo N° 295, que aprueba el Código Civil

Decreto Legislativo N° 635, que aprueba el Código Penal

Decreto Legislativo N° 768, que aprueba el Código Procesal Civil cuyo TUO fue aprobado por la Resolución Ministerial N° 010-93-JUS

Directiva N° 007-2020-CE-PJ “*Proceso Simplificado y Virtual de Pensión de Alimentos para Niña, Niño y Adolescente*”, aprobada con Resolución Administrativa N° 000167-2020-CE-PJ de cuatro de junio de 2020.

❖ **Legislación Supranacional:**

Convención sobre los Derechos del Niño

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

❖ **Jurisprudencia**

Acuerdo Plenario N° 2-2016/CIJ-116

❖ **Legislación comparada**

Código penal costarricense:

https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_costa_rica.pdf, recuperado el 20 de enero de 2022

Código Penal boliviano:

https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Bolivia.pdf, recuperado el 20 de enero de 2022

❖ Tesis

Barranzuela, Charles. (2021). *“La capacidad y solvencia económica del imputado como agravante en el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria”*. Tesis para el grado de Maestro en Derecho con mención en Derecho Penal. Universidad Privada Antenor Orrego. Trujillo - Perú.

De La Cruz Rojas, Katheryn Paola. (2015). *“La no aplicación de la suspensión de la pena en los delitos de Omisión a la Asistencia Familiar”*. Tesis para obtener el Título Profesional de Abogada. UPAO. Trujillo – Perú.

❖ Doctrina

Arbulú, V. (2018). *Derecho Penal. Parte Especial. Comentarios de los delitos contra la vida, el cuerpo, la salud, el honor y la familia.* (Primera Edición). Lima. Instituto Pacifico SAC.

Arias, F. (2006). *Proyecto de investigación. Introducción a la Metodología Científica.* Caracas. Editorial Epitesme.

Arias - Gómez, J. (2016). *“El protocolo de investigación III: La Población de estudio”*. México.

Anchondo, V. (2012). *“Métodos de interpretación jurídica en la sociedad”*. *Quid Iuris*, Año 6, Vol(Marzo), 33–58.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/16/cnt/cnt4.pdf>

Baena, G. (2014). *“Metodología de la Investigación”*. Serie integral por competencias <http://www.editorialpatria.com.mx/pdf/files/9786074384093.pdf>.

Cárdenas, M. *“Las teorías de la pena y su aplicación en el Código Penal, Derecho & Cambio Social”*. <http://www.derechoycambiosocial.com/revista002/pena.htm>

Cívicas, A. (2007). *“Algunas reflexiones y aportaciones en torno a los enfoques prácticos de la investigación en trabajo social”*. Revista acciones e Investigaciones Sociales.

Dávila, G. (2006). *“El razonamiento inductivo y deductivo dentro del Proceso Investigativo en Ciencias Experimentales y Sociales”*. Laurus Revista de Educación.

Enfermedad terminal - Última (ultima-sfi.com)

Fernández, M. (2013). *“Manual de Derecho de Familia”*. Lima. Fondo Editorial PUCP.

Flames, A. V. (2012). *“Trabajo de Grado cuantitativo y cualitativo”*. Caracas. Universidad Bolivariana de Venezuela.

Florián, O. (2017). *“Procesos Abreviados y Sumarísimos”*. Trujillo.

Ledesma, M. (2015) *“Comentarios al Código Procesal Civil”*. (5° Edición). Lima. Gaceta Jurídica S.A.

Macmillan, J. H., y Schumacher (2005). *“Investigación educativa (S.A. Pearson educación)”*. R5° Edición. Virginia Commonwealth University.

Ortiz, S. (1993). “*Los fines de la pena*”. Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República de México. México.

Ossorio, M. (2010). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. 29° Edición. Buenos Aires. Editorial Heliasta SRL.

Peralta, J. (2002) “*Derecho de Familia en el Código Civil*”. Lima. Idemsa.

Peña Cabrera, R. (2018) “*Estudios de Derecho Procesal Penal*”. Lima. Tribuna Jurídica.

Pimienta, J., y De la Orden Hoz, A. (2017) “*Metodología de la investigación*.”

Rodríguez, A. y Pérez, A. (2017). “*Métodos Científicos de Indagación y de Construcción del Conocimiento*”. Revista EAN.

Rioja-García BS, Cervera-Vallejos MF (2018). “*Percepción sobre el Tratamiento Paliativo en Personas con Enfermedad Oncológica Avanzada*”. Acc Cietna.

Sanz B, Néstor. UE "Instituto Las Tapias" República Bolivariana de Venezuela. Ministerio del Poder Popular para la Educación Mérida Estado Mérida; en: <https://www.coursehero.com/file/pb5omd/Gracias-a-la-ciencia-el-hombre-ha-conseguido-modificar-parcialmente-la/>.

Silva, J. (2010). “*Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*”. 2° Edición. Montevideo - Buenos Aires. Editorial B de F.

Taboada, G. (2019). “*Delito de Omisión a la Asistencia Familiar y Proceso Inmediato*”. Lima. Legisprudencia.Pe.

Tamayo, M. (2003). *“El proceso de la Investigación Científica. México. Editorial Lumisa.*

Vara Horna, A. (2012). *“Desde la idea hasta la sustentación: Siete pasos para una tesis exitosa. Un método efectivo para las ciencias empresariales”.* Universidad San Martín de Porres

Trujillo, 19 de marzo de 2022