



**UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO**



**“PROCEDENCIA DE LA CONVERSIÓN DE PENA EN EL
DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR EN
LA PROVINCIA DE CHACHAPOYAS AÑO 2014 – 2015”.**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN
CIENCIAS PENALES**

AUTOR:

Bach. JUAN CARLOS RUIZ ZAMORA

ASESOR:

Dr. FREDDY WIDMAR HERNÁNDEZ RENGIFO

LAMBAYEQUE – PERÚ

2018

**“PROCEDENCIA DE LA CONVERSIÓN DE PENA EN EL DELITO DE OMISIÓN
DE ASISTENCIA FAMILIAR EN LA PROVINCIA DE CHACHAPOYAS AÑO
2014 – 2015”.**

Bach. Juan Carlos Ruiz Zamora
Autor

Dr. Freddy Widmar Hernández Rengifo
Asesor

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, para optar el Grado de MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES.

APROBADO POR:

PRESIDENTE DEL JURADO
Dr. JOSÉ MARÍA BALCAZAR ZELADA

SECRETARIO DEL JURADO
Dr. AMADOR MONDOÑEDO VALLE

VOCAL DEL JURADO
Mg. RICARDO PONTE DURANGO

LAMBAYEQUE – PERÚ
ABRIL 2018

DEDICATORIA

A mi querida esposa Elizabeth por tolerarme día a día, a mis adoradas hijas la iluminación de mi vida, a mis Padres por darme todo; a mis hermanos por su apoyo, a mis sobrinos por sus alegrías, a mis suegros por cobijarme y mis cuñados por todo su cariño.

Un cariño muy especial a mí querido abuelo Julio y abuelita Eudelia, por todo su amor y ternura.

AGRADECIMIENTO

A los Magistrados y Personal Jurisdiccional del Módulo Penal de Chachapoyas, al Personal de Estadística, Informática y Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, por la información brindada la cual está plasmada en el presente trabajo.

INDICE

DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTO.....	3
ÍNDICE.....	4
RESUMEN.....	9
ABSTRACT.....	10
INTRODUCCIÓN.....	11

CAPITULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1 Ubicación.....	20
1.2 Como surge el problema.....	22
1.3 Como se manifiesta y qué características tiene.....	27
1.4 Formulación del Problema.....	29
1.5 Metodología empleada.....	29
1.5.1 Tipo de Investigación.....	29
1.5.2 Diseño de investigación.....	29
1.5.3 Población y Muestreo.....	29
1.5.4 Muestreo.....	30
1.5.5 Fuentes de información.....	30
1.5.6 Métodos.....	30
1.5.7 Técnicas de investigación.....	31
1.5.8 Instrumentos.....	32
1.5.9 Procedimientos utilizados.....	32
1.5.10 Metodología utilizada.....	32
1.6. Objetivos.....	32
1.6.1 Objetivo general.....	33
1.6.2 Objetivo específico.....	33

1.7 Hipótesis.....	33
1.8 Variables.....	33
1.8.1 variable independiente.....	33
1.8.2 variable dependiente.....	33
1.9 Tipo de Investigación.....	33

CAPITULO II

LA PENA

2.1 La Pena.....	34
2.1.1 Teoría de la Pena.....	36
2.1.1.1 Teorías Retributivas o Absolutas.....	37
a) Teoría subjetiva de la retribución.....	38
b) Teoría de la expiación.....	39
c) Aporte de las teorías retributivas.....	40
d) Críticas a las teorías retributivas.....	40
2.1.1.2 Teoría de Prevención o relativa.....	42
a) Prevención general.....	42
a.1 Prevención General negativa.....	43
a.2 La Prevención General positiva.....	44
b) Prevención Especial.....	45
2.1.1.3 Teoría Mixta.....	49
2.1.2 Clases de Penas.....	51
2.1.2.1 Pena Privativa de Libertad.....	51
2.1.2.2 Pena restrictiva de libertad.....	59
2.1.2.3 Limitativas de derecho.....	60
2.1.2.4 Penas de multas.....	63
2.1.3 Principio Jurídico de la Pena.....	64
2.1.3.1 Principio de Legalidad.....	65
2.1.3.2 Principio de Proporcionalidad.....	66
2.1.3.3 Principio de Resocialización.....	68

2.1.3.4 Principio de Humanidad de las Penas.....	70
2.1.4 Fines de la Pena en nuestro sistema penal.....	71
2.2 La Conversión de la Pena.....	73
2.2.1 Regulación Legal.....	73
2.2.2 El momento de aplicación de la conversión de la Pena.....	75
2.2.3 Revocación de la suspensión de la Pena.....	76
2.2.4 La Cosa Juzgada.....	79
2.2.5 Libertad Anticipada.....	81

CAPITULO III

OMISION A LA ASISTENCIA FAMILIAR

3.1 Omisión de Asistencia Familiar.....	84
3.1.1 Tipo Penal.....	84
3.1.2 Elementos de Tipicidad Objetiva.....	86
3.1.2.1 Sujeto activo.....	86
3.1.2.2 Sujeto pasivo.....	87
3.1.2.3 Aspecto objetivo básico.....	88
3.1.2.4 Aspecto objetivo agravante.....	90
3.1.2.5 Elementos de tipicidad subjetiva.....	91
3.1.2.6 Consumación del Delito.....	92
3.2 El Derecho Penal en las relaciones familiares.....	92
3.3 El incumplimiento de las pensiones alimenticias como delito.....	93
3.4 El Impacto del Delito de OAF en el Código Procesal Penal.....	97
3.5 El Proceso Inmediato en el Delito de OAF.....	98
3.6 El Problema de los omisos a la asistencia familiar.....	100
3.7 Intervención estatal pre-punitiva.....	103
3.8 Costo del Proceso Penal en omisión de asistencia familiar.....	103

3.9 El Principio del Interés Superior del Niño.....	107
3.9.1 Normatividad internacional.....	107
3.9.2 Normatividad nacional.....	109
3.9.3 El interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional.....	109
3.10 Factores Criminógenos de la Prisión en Condenados por el Delito OAF.....	112
3.10.1 Subcultura criminal.....	114
3.10.2 Carrera Criminal.....	116
3.10.3 La Prisionizacion.....	118
3.10.4 La Nocividad de la Prisión.....	122
3.10.5 Hacinamiento carcelario.....	126
3.10.6 Victimización terciaria.....	129

CAPITULO IV

4.1 Análisis y Discusión de los Resultados de los Instrumentos Utilizados.

4.1.1 Diseño de contrastación de la Hipótesis.....	131
4.1.2 Población y muestra.....	131
4.1.3 Análisis estadístico de los datos.....	132
4.1.4 Datos generales de los procesos resueltos con sentencia revocadas.....	132
4.1.5 Datos generales de la población encuestada.....	132
4.1.6 Análisis de resultados a nivel de procesos resueltos con sentencia revocada..	133
4.1.6.1 Cuadros de los procesos penales de los órganos jurisdiccionales de la Provincia de Chachapoyas.....	133
4.1.6.2 Gráficos de los procesos penales de los órganos jurisdiccionales de la provincia de Chachapoyas.....	142
4.1.7 Estadística Judicial Penal.....	152
4.1.7.1 Análisis Estadístico respecto a los condenados por delito de OAF, en los juzgados penales de Chachapoyas 2014 – 2017.....	153

4.1.7.2	Análisis de resultados a nivel de la encuesta efectuada a los internos del Establecimiento Penitenciario de Chachapoyas – Huancas, reclusos por sentencia y revocación de pena por el delito de OAF.....	156
4.1.7.3	Graficas de encuestas realizadas a los internos del establecimiento penitenciario de Chachapoyas – Huancas, reclusos por sentencia y revocación de pena por el delito de OAF.....	161
4.1.8	Realidad Penitenciaria en el Perú.....	175
4.1.9	Estadística Penitenciaria.....	176
4.1.9.1	Análisis Estadístico a los condenados por el delito de OAF, reclusos en el establecimiento penitenciario de Chachapoyas – Huancas.....	177
4.2	Presentación del modelo teórico.....	179
4.2.1	Protocolo de evaluación psicológica.....	179
4.2.2	Protocolo a nivel de evaluación social.....	179
V.	CONCLUSIONES.....	181
VI.	RECOMENDACIONES.....	184
VII.	REFERENCIA BIBLIOGRAFICA.....	185
VIII.	ANEXOS.....	189

RESUMEN

La presente tesis titulada “Procedencia de la Conversión de Pena en el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar en la Provincia de Chachapoyas 2014 – 2015”, es una investigación que nos lleva a determinar que es factible justificar jurídicamente el cese anticipado de la prisión de los condenados por el delito de Omisión a la asistencia familiar, en adelante (OAF), cuando posteriormente cumplieron con pagar su obligación alimentaria, pese a no estar regulado legalmente.

Nosotros propugnamos la procedencia de la conversión de la Pena, por cuanto ha cumplido con dicho pago, ya que únicamente se debe restringir la libertad a los delitos más intolerables y no a los delitos que no reviste relevancia ni peligrosidad social. La decisión de la Corte Suprema, vulnera los principios del interés superior del niño y el principio de humanidad de las penas, ya que dichos condenados carecen de sub cultura criminal y carrera criminal, en razón que no son delincuentes violentos, y su ingreso al establecimiento penitenciario generar victimización terciaria, sobre costos económicos al sistema judicial y en el futuro hacinamiento carcelario.

Procede la revocatoria de pena en sentenciados por el delito OAF, dado que afecta la economía social del Estado, a la Familia del condenado y con efecto perniciosos para este último. Nosotros proponemos que se revoque la pena, la cual beneficiaría a todos los condenados con sentencia efectiva que ha cumplido con cancelar la deuda alimentaria y la reparación civil.

Al ser procedente la revocatoria, se descongestionaría la carga procesal en el delito OAF, disminuyendo los gastos públicos al sistema judicial, ya que el condenado no es delincuente y con su internamiento se contagiaría de la sub cultura carcelaria en perjuicio de la sociedad.

ABSTRACT

This thesis entitled "Origin of the conversion of grief in the crime of omission to family assistance in the province of Chachapoyas 2014 – 2015", is an investigation that leads us to determine that it is feasible to legally justify the early termination of the Prison for those sentenced for the crime of omission of family assistance, hereinafter (OAF), when they subsequently fulfilled their food obligation, despite not being legally regulated.

We advocate the origin of the repeal of the sentence, because it has fulfilled that payment, since only the freedom to the most intolerable offences should be restricted and not to the offences of trifle. The decision of the Supreme Court, violates the principles of the best interests of the child and the principle of humanity of the penalties, since these condemned have no criminal sub-culture and criminal career, because they are not violent criminals, and their entrance to Penitentiary establishment generate tertiary victimization, on economic costs to the judicial system and in the future prison overcrowding.

The sentence is revoked in sentencing for the offence OAF, because it affects the social economy of the state, the family of the condemned and with pernicious effect for the latter. We propose that the penalty be revoked, which would benefit all convicts with an effective sentence that has complied with canceling the food debt and civil reparation.

After being revoked, the procedural burden would be decongested in the offence OAF, reducing the public expenses to the judicial system, since the condemned person is not delinquent and with his internment would be contagious of the sub-culture prison to detriment of the Society.

INTRODUCCIÓN

En la indagación investigativa sobre el problema de estudio: ¿puede justificarse jurídicamente el cese anticipado de la prisión de los condenados por el delito de OAF, cuando posteriormente cumplieron con pagar su obligación alimenticia, pese a no estar regulado legalmente?, como antecedente tenemos las siguientes casaciones, que han generado nuestro interés para el desarrollo de nuestra investigación jurídica:

- a) **Casaciones N° 189-2011-Huaura.** Fecha 16-10-2013, seguido contra el sentenciado Oswaldo Gonzales Mejía, delito Incumplimiento de Obligación Alimentaria, en la cual la Corte Suprema. declara fundada la CASACION, y actuando en sede de instancia confirma la resolución de primera instancia del 03-05-2011, que declara NO HA LUGAR la solicitud de libertad anticipada, negando la libertad al sentenciado, la misma que tiene carácter de doctrina jurisprudencial.
- b) **Casación N° 251-2012- La Libertad** de fecha 26-09-2013, sentenciado Faustino Asencio Moya, delito Omisión de Asistencia Familiar, en la cual la Corte Suprema declara Fundado la CASACION; Confirmaron la resolución de primera instancia de fecha 22-03-2012, que declara infundada la solicitud de libertad anticipada y ordena la recaptura del sentenciado.
- c) **Casación N° 382-2012- La Libertad**, de fecha 17-10-2013, sentenciado Carlos Raúl Arroyo Guevara, delito Omisión de Asistencia Familiar, declara Fundado la CASACION: Confirmaron la resolución de primera instancia de fecha 22-03-2012, que declaró improcedente el pedido de revocación de la conversión ordenaron su recaptura.
- d) **Casación N° 131-2014 Arequipa**, de fecha 20-01-2016, sentenciado Dany Javier Supo Amanqui, delito Omisión de Asistencia Familiar, declara fundado el recurso de casación por la causal excepcional de desarrollo de la doctrina jurisprudencial, interpuesto por el representante del Ministerio Público.

A raíz de las tres primeras casaciones la Sala Plena de la Corte Suprema, emite el **ACUERDO PLENARIO N° 3-2012/CJ-116** – ASUNTO: Función y operatividad de la Libertad Anticipada, en la cual ha determinado dos cuestiones cruciales, la primera referida a la determinación clara de si efectivamente la Libertad Anticipada es o no una institución nueva del ordenamiento jurídica y la otra es respecto a la aplicación de la conversión de penas en etapa de ejecución, negándole libertad procesal al condenado por el Delito de OAF, esta ultima de interés académico y la que nos ha llevado en señalar que si procede la conversión de Pena, pese que posteriormente al mandato judicial, el condenado cumplió con cancelar la totalidad de la deuda alimentaria.

Nosotros propugnamos que al cumplir con dicho pago, procede la Libertad del sentenciado, por cuanto se debe restringir el derecho a la libertad solo a los delitos penales más intolerables y no a los delitos que no reviste relevancia ni peligrosidad social, como en el presente caso ocurre; con dicha decisión judicial se vulnera los principios del interés superior del niño y el principio de humanidad de las penas; asimismo los condenados por OAF carecen de sub cultura criminal y carrera criminal, esto en razón de no ser delincuentes violentos, el ingreso de estos condenados por OAF a establecimiento penitenciario genera victimización terciaria, sobre costos económicos al sistema judicial y en un futuro hacinamiento carcelario.

En esta perspectiva, el presente trabajo como lo tenemos dicho, tiene como antecedentes la CASACION N° 189-2011-Huaura. CASACION N° 251-2012 La Libertad; CASACION N° 382-2012 La Libertad y la CASACION N° 131-2014 Arequipa, en las cuales se aborda el tema de la Libertad anticipada, Conversión y Revocatoria de Penas privativa de libertad, que da lugar a una sanción privativa de libertad efectiva, indicado que no puede convertirse en otra pena no privativa de libertad, porque tal supuesto no está previsto en el Código Penal, argumentando que no existe la revocatoria de la revocatoria, específicamente para los sentenciados por Delito de Omisión de Asistencia Familiar en su modalidad de Incumplimiento de obligación alimentaria artículo 149° del código penal. Nuestro trabajo de investigación pretende cuestionar la Doctrina Jurisprudencial vinculante, emitido por la Corte Suprema a través de las cuatro casaciones indicadas líneas arriba.

Posterior a la emisión de las tres primeras casaciones, antes señala, se publicó la investigación jurídica titulada “Justificación jurídica del cese anticipado de la prisión por el delito de incumplimiento de obligación alimentaria” del abogado Freddy Jovaldo Rojas Sánchez¹, argumenta que no resulta **constitucional** la privación de la libertad por medio de la prisión, justificando jurídicamente, el cese anticipado de la misma, invocando la teoría del Neoconstitucionalismo, la interpretación constitucional y la aplicación de los principios constitucionales a todo el ordenamiento jurídico, bajo la máxima de proporcionalidad y en especial, a las regulaciones que limitan derechos fundamentales, como es el caso de los delitos a través de la prisión, posibilitando en su caso, cesar las limitaciones inconstitucionales.

Nuestra posición es distinta, por cuanto realizamos una interpretación literal del artículo 2° inciso 24 literal c) de la constitución, que señala “no hay prisión por deudas”, en razón que el condenado cumplió posterior a la revocatoria, en cancelar la deuda alimentaria y la reparación civil, en consecuencia, opera su libertad, por tratarse de un delito que no reviste relevancia ni peligrosidad social, debiendo restringirse el derecho a la libertad a los delitos más intolerables, la decisión de la Sala Plena y de la Sala Penal permanente de la Corte Suprema, vulnera el interés superior del niño y el principio de humanidad de las penas, teniendo presente que la pena tiene función: preventiva, protectora y resocializadora; más aún desde nuestra modesta opinión, el condenado por OAF, carece de sub cultura criminal y carrera criminal, esto en razón de no ser delincuente violento, su ingreso a establecimiento penitenciario genera victimización terciaria, sobre costos económicos al sistema judicial y penitenciario.

Nuestra investigación jurídica, pretender buscar solucionar la sobrecarga penal, aminorar el hacinamiento carcelario y reducir el sobre costo del proceso penal, en los sentenciados por el delito de OAF, a quienes se les revoco la pena suspendida por efectiva.

Ocurre que por esta clase de delito muchos sentenciados son recluidos en los establecimientos penitenciarios de nuestro país, como consecuencia de la revocatoria de condena condicional, debido al incumplimiento de las reglas de conductas principales

¹ Rojas Sánchez, Freddy Jovaldo, “Justificación Jurídica del cese anticipado de la Prisión por el delito de incumplimiento de obligación alimentaria”, Revista IN CRESCENDO – Derecho y Ciencias Políticas, Vol 01, 2014, pp. 81-91.

referidas a la “reparación del daño causado”, esto es, al pago del monto correspondiente a la reparación civil que comprende la liquidación de pensiones alimenticias devengadas más el concepto de indemnización por daño.

Cuando los condenados antes indicados, tienen orden de captura o están cumpliendo pena privativa de libertad efectiva, recién cumplen con cancelar el monto de la reparación civil con la intención de ser excarcelados, solicitando al Juez de Investigación Preparatoria la conversión de la pena, es entonces cuando nace la interrogante ¿Es jurídicamente factible la conversión de la pena en la fase de ejecución de la sentencia en los delitos de OAF? Esta interrogante surge en razón de que prima facie la conversión de pena operaría solamente en la fase de expedición de la sentencia.

Postulamos en la presente tesis la Procedencia de la conversión de la pena para los sentenciados por el Delito de OAF, más aun cuando este ha cumplido con cancelar el integro de la obligación alimenticia que genero del Proceso, que si bien no cumplió a tiempo con cancelarlo, lo hizo posteriormente; esto no implicaría que purgue condena efectiva, debemos tener presente que el Derecho Penal, es un instrumento de ultima ratio, que se utiliza para garantizar la pacífica convivencia de la sociedad, el cual representa el recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas y, por lo tanto debe reservarse para las infracciones Penales más intolerables y debe de operar cuando las demás alternativas de control han fallado, careciendo de sentido lógico jurídico, las casaciones y el acuerdo plenario emitidos por parte de la Sala Penal permanente de la Corte Suprema en negar la procedencia de la conversion de la Pena a los sentenciados por el Delito de OAF.

La investigación jurídica que presentamos al respetable jurado es importante y beneficiosa su estudio por lo siguiente:

- a) **Plano académico**, su importancia radica en la necesidad de dar a conocer a la comunidad jurídica y a la sociedad en general, la justicia Penal impartida por los integrantes de la Corte Suprema, quienes no aplican los principios y derechos de la función jurisdiccional negando la conversión de pena al sentenciado por delito de

omisión a la asistencia familiar, pese haber cumplido con cancelar su obligación alimenticia.

- b) **Plano jurídico**, es importante, por cuanto al variar la Pena, se descongestionaría la carga procesal en beneficio del Sistema Judicial Peruano.
- c) **Plano Ideológico**, es tendencia político-criminal moderna procurar por todos los medios reemplazar la pena privativa de libertad por otra alternativa, ese es su importancia; y, el beneficio sería la seguridad jurídica y la imagen del sistema judicial peruano.
- d) **Plano económico**, es importante, por cuanto se obtendría como beneficio la disminución de los gastos públicos en las instituciones del Estado que conformar el sistema judicial.
- e) **Plano social**, es importante ya que el omiso al incumplimiento alimentario no es delincuente por carecer de subcultura criminal y carrera criminal; y, al internarlo en un centro penitenciario se contagiaría de la sub cultura carcelaria, en perjuicio de la sociedad, esto último como consecuencia.

Asimismo debemos tener presente que actualmente el sistema judicial Peruano, afronta una sobrecarga procesal en materia penal, fundamentalmente en investigación preparatoria, etapa intermedia, juzgamiento y ejecución, y esto se debe por la gran incidencia de delitos de OAF como consecuencia del incumplimiento de las sentencias recaídas en procesos de alimentos, generando así que la carga procesal a nivel de fiscalía y poder judicial se haya incrementado abruptamente, siendo actualmente una de las razones del gran congestionamiento que atraviesa el nuevo sistema de justicia penal en diferentes etapas del proceso penal. En 2007, Alvares, sostiene "...la incidencia de este Delito viene en

aumento.” (p. 72)² y conforme a las estadísticas judiciales ocupa el primer lugar respecto a otros delito, cuando es posible utilizar otros instrumentos jurídicos menos gravosos.

Una sociedad se rige por leyes para una convivencia pacífica y el mutuo respeto de los derechos. Cuando una persona transgrede la Ley Penal se produce en la mayoría de los casos, la restricción de su libertad, la misma que puede ser suspendida o efectiva, si resulta esta última hace su ingreso a un recinto penitenciario. El INPE (2012) afirma “Nuestro sistema penitenciario tiene graves problemas que vienen de muy larga data pero con el tiempo han ido empeorando” (p.1)³ . La falta de recursos ha generado hacinamiento y propiciado la corrupción en los penales, lo que envilece a los internos, haciendo que la reinserción social sea en la mayoría de los casos sólo un buen deseo. Las drogas y la violencia están presentes en nuestras cárceles y hasta se cometen delitos desde la prisión.

“Frente a esta situación, el mundo está tratando de abordarlo a través de dos respuestas o enfoques punitivos” (Borja, 2001, p. 137)⁴. Por un lado, cierto sector de la comunidad internacional está comenzando a entender que, el castigo no debería adoptar la forma de una detención arbitraria, ilegal, indefinida, con tratos humillantes, inhumanos y degradantes. El castigo se debería dispensar con una frugalidad productiva que reforme y rehabilite a los criminales. Cuanto más castigue, de esta forma, una sociedad a sus delincuentes, tanto más se le considerara civilizada, avanzada y socialmente justa. Esta concepción del castigo se refleja cada vez más, con mayor nitidez, en los instrumentos internacionales sobre derecho humanos.

La negativa de otorgar la conversión de la Pena por otras medidas menos gravosas, en los delitos de OAF, por pena efectiva, por parte de la Corte Suprema, generara en un futuro próximo el hacinamiento de las cárceles de nuestro país, teniendo conocimiento que respecto a los Procesos Penales dicho delito ocupa el primer lugar en la estadística judicial. Los centros de reclusión tienen que ser lugares de rehabilitación y no espacios de encierro sin objetivos ni resultados en cambiar a los internos. La dignidad humana se expresa también en el hecho de estar privado de libertad y tenemos que hacer todos los esfuerzos

² Alvarez Olazabal, E. (2007). Delitos contra la Libertad sexual y delitos contra la familia; Poder Judicial del Perú con el apoyo del Banco Mundial “proyecto de mejoramiento de los servicios de Justicia”; Lima agosto 2007; pag. 72.

³ INPE. 10 medidas de reforma del Sistema Penitenciario//disponible www.inpe.gob.pe/pdf/10_medidas.pdf.

⁴ Borja, E. (2001). Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal. San José de Costa Rica. editorial Continental.

posibles para lograr que la finalidad de la pena tenga el efecto renovador y que con ello la sociedad se vea restaurada.

El Estado Peruano, con la decisión adoptada por la Sala Penal de la Corte Suprema se ve afectado económicamente, por cuanto, significaría que posteriormente a la Revocatoria, se emitan las requisitorias, generando que la PNP proceda a su ubicación y captura, cuando su principal objetivo sea la seguridad ciudadana; posteriormente es capturado ingrese al PODER JUDICIAL, para la emisión de la papeleta de ingreso al centro penitenciario, luego el personal del INPE efectúe el trámite penitenciario respectivo; posteriormente el sentenciado reo en cárcel, requiere de un DEFENSOR PÚBLICO, para solicitar beneficio penitenciario, requiriendo que el FISCAL emite su Dictamen, y al final el Poder Judicial, previa audiencia con la participación del Juez, Fiscal, Defensor Público, agente penitenciario este último custodia al condenado, se realice la audiencia se emita resolución que va hacer materia de apelación; como se puede apreciar, revocar la pena a un condenado genera todo un movimiento del sistema Judicial Peruano, con lo cual ocasiona un fuerte gasto económico a nuestro País, el cual puede evitarse.

Nuestro propósito es que el sistema de justicia deba ser resolutorio, significa, que ha de actuar como eficaz instrumento de solución de conflictos, operando un impacto pacificador de las relaciones sociales y del clima social, no solo está llamado a mejorar las relaciones personales infractor-victima, sino las generales. Si el delito, como doloroso problema comunitario, abre una herida en el tejido social, la justicia penal debe restañar dicha herida, no infectarla: debe resolver el conflicto, no potenciarlo, ni agravarlo y, obviamente, el conflicto no se resuelve solo absolviendo o condenando, ni sometiendo al culpable y haciendo caer sobre él las iras de la ley. El paso del sistema legal no puede asemejarse al del Caballo de Atila.

La Justicia Penal, debe ser evaluada desde el punto de vista de la calidad; lo que no depende solo de la corrección lógica de su aparato normativo, de la capacidad y destreza de los operadores de dicho sistema o del volumen de criminalidad detectada por sus agencias de control social y castigado por la misma. Antes bien, una evaluación de la Justicia Penal parece obligada a ponderar como concibe el hecho criminal y que rol asigna a sus protagonistas y cuál es su coste social. “La Justicia Penal, para que recupere su faz humana,

tiene que orientarse más al hombre que a la misma ley, y resolver problemas en forma resolutive” (García, 2006, p. 106)⁵.

Existe consenso que el Derecho Penal debe ser un instrumento de ultima ratio para garantizar la pacífica convivencia de la sociedad, previa evaluación de su gravedad y de acuerdo a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado, de tal manera que en la legislación comparada se ha mencionado que: el Derecho Penal constituye uno de los medios de control social existente en las sociedades actuales. La familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, son también medios de control social, pero poseen un carácter informal que los distingue de un medio de control jurídico altamente formalizado como es el derecho Penal.

Como todo medio de control social, este tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de la imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen; Mir (2008), afirma “el Derecho Penal se caracteriza por prever sanciones en principios más graves, las penas y medidas de seguridad, como forma de evitar los comportamientos que juzga especialmente peligrosos, los delitos” (p. 40).⁶

Por ello el Derecho Penal interviene cuando por el carácter de la ofensividad o lesividad de la conducta resulte sumamente gravoso y de última ratio, por cuanto como afirma Villavicencio (2006), “el derecho penal debe actuar en forma subsidiaria en la protección de bienes jurídicos, de modo tal que solo se puede hacer intervenir; cuando no existe otros medios e soluciones social del problema” (p. 93)⁷.

En ese sentido, el Derecho Penal no puede arrogarse todo comportamiento socialmente indeseado su ámbito de aplicación es limitado, sino solo aquellos que revisten suma gravedad y que no son posibles de revertir con medios de control social menos severos.

En esa línea de ideas uno de los principios fundamentales del Derecho Penal es el carácter subsidiario del Derecho Penal, también denominado de *ultima ratio* que, al orientar la solución del conflicto a una sanción menos gravoso que la pena, delimita el campo de

⁵ García, A. (2006) “Criminología una introducción a sus fundamentos teóricos”; Lima: editorial San Marcos.

⁶ MIR, S. (2008) *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor, 8va edición.

⁷ VILLAVICENCIO T, Felipe (2006), *Derecho Penal, parte general*. Grijley. Lima.

acción de la intervención penal únicamente a aquello que sirva eficazmente a la prevención general positiva de la pena.

En la misma línea se encuentra el principio de lesividad por el cual “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley”, sin embargo, no cualquier lesión o puesta en peligro tiene aptitud para activar el sistema penal, sino solo aquellos comportamientos sumamente reprochables y no pasibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto; en ese sentido, para la materialización de un delito se requiere que el sujeto activo haya cometido un hecho lo suficientemente grave como para ser objeto de represión penal y no una simple omisión que fue cancelada.

CAPITULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1 Ubicación

La presente investigación se ubica en el ámbito de las ciencias penales, especialmente en la vinculación entre:

- a) **Derecho Penal y Derecho Procesal Penal**, por cuanto estamos evaluado la procedencia de la conversión de la Pena en los condenados por el delito de OAF, quienes posterior a la sentencia han cancelado la deuda alimentación y la reparación civil. Teniendo presente que la Pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora, conforme lo señala el artículo IX del título preliminar del código penal.

Asimismo, la finalidad última del proceso penal de ejecución está condicionada por la finalidad que la constitución y el código penal atribuyen a las consecuencias jurídicas del delito; esto es, por su orientación predominantemente preventiva⁸.

En ese sentido nuestra investigación, postulamos la procedencia de la conversión de la pena en los condenados por el delito de OAF, para tal efecto invocaremos el Derecho Constitucional y la Criminología.

- b) **Derecho Constitucional**, el cual pondera principalmente la libertad y seguridad personal, conforme lo establece nuestra constitución en el **artículo 2° inc. 24**

❖ **Literal b) no se permite forma alguna de restricciones de la libertad personal, salvo en los casos previsto por la ley**, la libertad personal constituye un derecho subjetivo inherente a la persona, reconocido y protegido por los Estados y por las organizaciones internacionales, de todas

⁸ Fundamento 10 segundo párrafo del Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116 de fecha 24-01-2013, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 04-01-2014.

las libertades, la que nos concierne para nuestra investigación es la libertad de tránsito, siendo tres las restricciones que la ley establece: detención, condena penal y sanidad. Por motivos de indagación, solo nos ocuparemos de la condena penal, por cuanto somos de la opinión que por delitos violentos y delitos complejos debe haber restricciones a la libertad. Pero en delitos de poca relevancia o peligrosidad social, debe ser más flexible.

❖ **Literal c) no hay prisión por deuda. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios,** este literal establece una declaración con evidentes repercusiones en el ámbito jurídico penal. En ese sentido. Reyna Alfaro, señala en forma categórica, que contiene un mandato que imposibilita al legislador y al operador de justicia penal recurrir al instrumento punitivo más intenso, la prisión, para satisfacer intereses particulares de carácter meramente patrimonial⁹. Una de las objeciones más comunes a la tipificación de la omisión a la asistencia familiar, es su consideración como una mera criminalización de deudas.

En el caso materia de investigación jurídica, el condenado ya cumplió con cancelar la deuda alimentaria la misma que fue posterior a la revocatoria, aun así, es procedente, por carecer de deuda por alimentos.

c) **Criminología,** nuestro objetivo es demostrar que los condenados por el delito de OAF, carecen de sub cultura criminal y de carrera criminal, ya que estas son características propias de los delincuentes violentos. asimismo analizaremos los efectos del encarcelamiento a los internos por dicho delito, todo ello desde el punto de vista de la Criminología, entidad que analiza el fenómeno delictivo y sus formas de aparición, describiendo, examinando y explicando este doloroso problema social y comunitario; teniendo presente que dicho delito ocupa el 1er lugar en carga procesal a nivel nacional, todo ello con la finalidad de aportar una

⁹ Reyna Alfaro, Luis Miguel; “La Constitución Comentada, analizada artículo por artículo”, Tomo I, Gaceta Jurídica, 1ra edición, diciembre 2005, p. 247.

valiosa información, empíricamente contrastada, en orden a fundamentar la procedencia de la conversión de la pena efectiva por otra menos gravosa.

1.2 Como surge el problema. Es una descripción del objeto de estudio, teniendo en cuenta su evolución histórica y las tendencias que presenta

El presente trabajo de investigación, surge cuando la Corte Suprema, argumenta que no existe la revocatoria de la revocatoria en sentenciados por el delito de OAF, emitiendo las siguientes casaciones y un acuerdo plenario, en las cuales niega la libertad a los sentenciados por dicho delito, pese haber cumplido con la obligación alimentaria:

- a) **Casaciones N° 189-2011-Huaura.** Fecha 16-10-2013, seguido contra el sentenciado Oswaldo Gonzales Mejía, delito Incumplimiento de Obligación Alimentaria, en la cual la Corte Suprema. declara fundada la CASACION, y actuando en sede de instancia confirma la resolución de primera instancia del 03-05-2011, que declara NO HA LUGAR la solicitud de libertad anticipada, negando la libertad al sentenciado, la misma que tiene carácter de doctrina jurisprudencial.
- b) **Casación N° 251-2012- La Libertad** de fecha 26-09-2013, sentenciado Faustino Asencio Moya, delito Omisión de Asistencia Familiar, en la cual la Corte Suprema declara Fundado la CASACION; Confirmaron la resolución de primera instancia de fecha 22-03-2012, que declara infundada la solicitud de libertad anticipada y ordena la recaptura del sentenciado.
- c) **Casación N° 382-2012- La Libertad**, de fecha 17-10-2013, sentenciado Carlos Raúl Arroyo Guevara, delito Omisión de Asistencia Familiar, declara Fundado la CASACION: Confirmaron la resolución de primera instancia de fecha 22-03-2012, que declaró improcedente el pedido de revocación de la conversión ordenaron su recaptura.

d) Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116, correspondiente al VIII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y transitorias, de fecha 24-01-2013, la misma que tuvo como antecedente las tres casaciones antes descritas, dicho pleno tiene como asunto: Función y operatividad de la libertad anticipada.

e) Casación N° 131-2014 Arequipa, de fecha 20-01-2016, sentenciado Dany Javier Supo Amanqui, delito Omisión de Asistencia Familiar, declara fundado el recurso de casación por la causal excepcional de desarrollo de la doctrina jurisprudencial, interpuesto por el representante del Ministerio Público.

Con dichas casaciones y el acuerdo plenario, se niega la libertad a los condenados que se les revocaron la pena suspendida por efectiva, pese a que posteriormente cumplieron con cancelar la deuda alimentaria y la reparación civil. Nuestro objeto de estudio, consiste en determinar que, si se puede justificar jurídicamente el cese anticipado de la prisión en los condenados por el delito de OAF, cuando posteriormente cumplieron con cancelar la obligación alimentaria, pese a no estar regulado legalmente.

Anteriormente el incumplimiento de los deberes de familia no era sancionado penalmente y las demandas de alimentos, solo se limitaban al campo civil. Fue recién en 1924 en Francia, en donde se penalizó por primera vez esta conducta calificada como “abandono de familia”, mediante la Ley del siete de febrero. Anteriormente solo se sancionaban las conductas familiares desordenadas¹⁰.

En nuestro Sistema Penal Peruano, el delito de OAF, es sistematizado con la Ley N° 13906 del 24-03-1962, bajo la denominación de “Ley de Abandono de Familia”, es a partir de dicha ley, que se introdujo al código penal de 1924, requiriendo el pago bajo apercibimiento de detención, por lo tanto, se entendía resucitado el instituto de prisión por deudas, propio del Derecho Romano. Dicha normatividad estuvo vigente

¹⁰ Domínguez, E. “Las figuras de abandono de familia en sentido estricto” 5ta edición, Ed. Dykinson, Buenos Aires – 2005. pag 17.

varios lustros, como afirma Francisco Chirinos Soto¹¹, sirvió para reprimir, al principio con severidad, el delito denominado de abandono de familia, cuya incidencia principal consistía en la omisión de prestar los alimentos fijados en una resolución judicial; y predominó por un espacio de poco más de treinta años¹².

Dicho código, se encontraba dividido en cuatro libros, conforme lo señala Felipe Villavicencio¹³, el primero trataba de las disposiciones generales, el segundo se encargaba de los delitos en especial, el tercero señalaba las faltas y el cuarto comprendía la vigencia y aplicación del código penal.

El actual código penal, fue promulgado a través del Decreto Legislativo N° 635 del 03-04-1991, el cual ha estimado pertinente mantener la incriminación en el Libro II del Título III del Capítulo IV denominado “Omisión a la Asistencia Familiar”, el cual comprende dos tipos penales, el primer dedicado al incumplimiento de obligaciones alimentarias y el segundo al abandono de mujer en estado de gestación.

Los delitos contra la familia, agrupa una serie de injustos penales, cuya peculiar naturaleza ha dado lugar a la formación de capitulaciones diversas. En este caso, se pone de relieve un acápite de especial importancia: los alimentos, como elemento sustancial de la existencia humana.

De la lectura del primer párrafo del tipo base, se advierte que el ilícito penal más conocido como "omisión de asistencia familiar" se configura cuando el agente dolosamente omite cumplir su obligación de prestar alimentos, establecido previamente en una resolución judicial como pensión alimenticia después de agotado un proceso sumarísimo sobre alimentos. Esto es, realiza el hecho típico aquella persona que teniendo conocimiento que por resolución judicial consentida tiene la obligación de pasar una pensión alimenticia a favor de otra, omite hacerlo.

¹¹ Chirinos Soto, Francisco; “Código Penal”, editorial Rodhas, Lima 1991, pag. 542.

¹² Campana Valderrama, Manuel, “El Delito de Omisión a la Asistencia Familiar”. UIGV – Fondo Editorial. 2002

¹³ Villavicencio Terreros, Felipe, “Derecho Penal parte general”, Grijley, Lima – primera reimpresión julio 2006, p 158.

La razón por la que este hecho pasa a regularse por el derecho penal se debe, fundamentalmente, a que el incumplimiento de los deberes alimentarios pone, en la mayoría de casos, en peligro la vida y la salud de algunas personas. En nuestro tiempo, la familia se convierte en el núcleo de la sociedad en que vivimos; esto se hace patente en el mismo artículo cuarto de la Constitución actual, donde se señala que la comunidad y el Estado protegen a la familia, reconociéndola como una institución natural y fundamental de la sociedad.

Nelson Reyes, señala al respecto que, si bien es cierto que la norma procesal para reclamar la pensión de alimentos es breve, no se ha tomado en cuenta que la ejecución de dicha obligación se rige bajo las normas establecidas en el código procesal civil, como si se tratara de cualquier obligación, teniendo que recurrir a las medidas cautelares como es el embargo de los bienes muebles o inmuebles del obligado, si los tuviera, y después proceder al remate en caso necesario. Esto implica que los modos para ejecutar la obligación alimentaria deben hacerse más viables, tomando en cuenta el interés superior del niño y adolescente¹⁴.

Analizando este tema con mayor profundidad, encontramos que la omisión a la asistencia familiar, forma parte de uno de los problemas estructurales que afronta la sociedad, y este seguirá constituyendo un problema social, y de peligro permanente no solo contra la familia sino también contra la sociedad en general, como advertimos en la práctica la existencia solo de la norma no permite cumplir a cabalidad el objeto para la cual fue dictada, puesto que las normas jurídicas son medios para alcanzar la justicia, la paz, y de no ser así deben ser modificadas o derogadas.

El tema se vuelve espinoso, cuando en el marco del proceso penal se decreta la prisión preventiva del sujeto obligado, al perder su libertad, pierde también su capacidad productiva-laboral, con ello, los menores hijos terminan siendo perjudicados; al no poder percibir la pensión alimenticia, que la Ley debía procurar su

¹⁴ Reyes Ríos, Nelson. "Derecho alimentario en el Perú propuesta para desformalizar el proceso. En: Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diciembre 1998 abril 1999. Pag. 789.

tutela. Por consiguiente, debemos ser muy cautelosos, en cuanto a los niveles de incidencia del Derecho Penal, para que los efectos gravosos, no recaigan en personas no delincuentes, que se supone deben ser a quienes la ley penal debe proteger.

Es necesario distinguir entre el encierro propio de la sociedad primitiva y la prisión como pena impuesta por el Estado a través de los órganos jurisdiccionales, Vicenta Cervello¹⁵, destaca dos etapas en la historia de la prisión:

- ❖ Antecedentes de la pena de prisión: lo constituye el encierro como custodia, periodo que se extiende hasta el siglo XVII.
- ❖ Aparición de la pena privativa de libertad propiamente dicha, a partir del siglo XVIII.

Durante la edad media se mantuvo la prisión con fines de custodia, creándose dos clases: la prisión eclesiástica (para los miembros del clero) y la prisión del Estado (de orden publica) cumplían funciones de custodia previa a la sanción definitiva, que en muchos casos era la muerte o también como privación de libertad por tiempo determinado o cadena perpetua¹⁶. Carlos Mir Puig, nos señala, que a partir de la revolución francesa se inventa la prisión como verdadera “pena”, más humana que la pena de muerte y las corporales, y además permite obtener una utilidad económica con el trabajo de los penados¹⁷.

En la edad moderna donde recién surgen los primeros estudios y aportes científicos precursores del penitenciarismo contemporáneo. Se atendió sobre todo a la humanización de la prisión y la búsqueda de la readaptación.

¹⁵ Cervello Donderis, Vicenta. Derecho Penitenciario; 3ra edición, editorial tirant lo Blanch, valencia, 2012. Pag. 95

¹⁶ Vizcardo, Silfredo Hugo, Derecho Penitenciario Peruano; Instituto de Investigaciones Jurídica, 2005. Pag 96

¹⁷ Mir Puig, Carlos, Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad, 2da edición, Atalier, Barcelona 2012, pag. 25.

En los años que precedieron a la 2da guerra mundial, se ha acentuado la vieja corriente de protesta contra las penas cortas de prisión que, como es sabido, abundan con exceso en los sistemas penales de todos los países.

Objetase contra ella que causan impresión muy desigual según la condición de los penados, pues mientras constituyan una dolorosa tortura para el padre de familia arrancado al efecto de los suyos, no produce aflicción alguna al habituado a la vida carcelaria y hasta constituye un deseado reposo para el reincidente acostumbrado a una existencia de privaciones y miserias. Se les reprocha igualmente su enorme costo, especialmente para los delincuentes habituales a ella.

Su efecto es muy diverso mientras agrian y excitan a unos, calman o abaten a otros según su temperamento y su naturaleza. Son perjudiciales, añaden otros, a los individuos aun dotados de sentimientos de moralidad, porque la cárcel los degrada ante los ojos de su familia y de la sociedad y debilita en ellos el sentimiento de su dignidad personal y además, en muchos casos, hacen perder al condenado su ocupación o su clientela. A estos males debe agregarse otro no menor, cual es la mutua corrupción proveniente del contacto de los penados entre sí.

1.3 Como se manifiesta y qué características tiene, se describe la realización empírica del objeto de estudio.

Teniendo en cuenta lo afirmado en el apartado anterior, cuestiono la interpretación que hace la Corte Suprema, en relación a la revocatoria de pena en los sentenciados por el delito de OAF que pese haber cumplido con cancelar la deuda alimentaria y la reparación civil, se les Revoco la Pena suspendida por efectiva ingresado a un establecimiento penitenciario, negándole su libertad.

Nuestra investigación se manifiesta cuando el Juez Penal niega la libertad anticipada o la revocación de pena, solicitado por el sentenciado quien previamente ha cumplido con cancelar la deuda alimenticia y la reparación civil.

La indagación tiene como característica, que solo se produce en el delito de omisión a la asistencia familiar, esta particularidad ha generado que la Corte Suprema a través de la Sala Penal y la Sala Plena, emita doctrina jurisprudencial vinculante con la emisión de cuatro casaciones y un acuerdo plenario, en las cuales señala que no existe la revocatoria de la revocatoria de la Pena en condenados por el delito de OAF, debiendo el sentenciado cumplir con la pena revocada, ingresado a un establecimiento penitenciario.

Apartándonos de las Casaciones y del Pleno Jurisdiccional, considero que es procedente la conversión de pena a los condenados con prisión efectiva por el delito de OAF, que han cumplido con cancelar la deuda alimentación y la reparación civil, considero que al cumplir con dicho pago, procede la Libertad del sentenciado, por cuanto se debe restringir el derecho a la libertad solo a los delitos penales más intolerables y no a los delitos de poca relevancia o peligrosidad social, como en el presente caso ocurre; con dicha decisión judicial se vulnera los principios del interés superior del niño y el principio de humanidad de las penas; asimismo los condenados por OAF carecen de sub cultura criminal y carrera criminal, esto en razón de no ser delincuentes violentos, el ingreso de estos condenados por OAF a establecimiento penitenciario genera victimización terciaria, sobre costos económicos al sistema judicial y en un futuro hacinamiento carcelario.

La presente investigación, tiene por finalidad, dar a conocer a la comunidad jurídica y a la sociedad en general, la justicia penal impartida por los integrantes de la Corte Suprema, quienes no aplican los principios y derechos de la función jurisdiccional, negando la conversión de pena al sentenciado por el delito de OAF, pese haber cumplido con cancelar su obligación alimentaria. La variar la pena, se descongestionaría la carga procesal en beneficio del Sistema Judicial Peruano, disminuyendo los gastos públicos. Asimismo, es tendencia político-criminal moderno procurar por todos los medios, remplazar la pena privativa de libertad por otra alternativa.

A través de este trabajo pretendo exponer a mi modo de ver, cuales son las razones jurídicas, por las cuales, los internos de los establecimientos penitenciario, con pena revocadas por el delito de OAF, puedan obtener su libertad, por cuanto estando en prisión se contagiaría de la sub cultura carcelaria, que todo condenado lo recibe por su estancia corta o prolongada. El Estado Peruano, tiene la obligación de garantizar a las personas su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar personal y familiar, lo cual no se cumple para este condenado.

1.4 Formulación del Problema

¿Puede justificarse jurídicamente el cese anticipado de la prisión de los condenados por el delito de OAF, cuando posteriormente cumplieron con pagar su obligación alimentaria, pese a no estar regulado legalmente?

1.5 Metodología empleada

1.5.1 Tipo de Investigación. - El tipo de investigación es no experimental, por cuanto no hay manipulación de variables.

1.5.2 Diseño de investigación. - El diseño de investigación es descriptiva, por cuanto se explica y detalla diferentes factores que nos permiten demostrar que tan factible resulta la conversión de la Pena efectiva por otra menos gravosa en los sentenciados por el delito de OAF.

1.5.3 Población y muestra.

- ❖ **Población.** - La población o universo de la investigación está constituida por todos los procesos resueltos en los Órganos Jurisdiccionales de la Provincia de Chachapoyas, cuyas sentencias les revocaron la Pena suspendida por prisión efectiva por el Delito de OAF durante los años 2014 – 2017, cabe indicar que los procesos materia del presente estudio asciende a seis expedientes.
- ❖ **Muestra.**- Dado que la población objeto de estudio es menor a treinta, no se realizara ningún tipo de muestreo probabilístico ni tampoco no

probabilístico, trabajaremos entonces con los 6 procesos cuyos sentenciados (reos en cárcel), les revocaron la Pena suspendida por prisión efectiva por el delito de OAF durante el año 2014 – 2017, precisando que para el análisis jurídico se trabajara con las 6 sentencias de los 30 procesos; y, para la aplicación de la encuesta se trabajara con ocho sentenciados de los indicados procesos, más un interno proveniente de otra provincia, en total fueron nueve reos en cárcel que en el año 2016 se encontraban recluidos en el establecimiento penitenciario de Chachapoyas – Huancas.

1.5.4 Muestreo. Expedientes judiciales de los Juzgados de Investigación Preparatoria, Juzgados Unipersonales y Sala Penal de apelaciones de la Provincia de Chachapoyas del Distrito Judicial de Amazonas; y, los internos recluidos en el establecimiento penitenciario de Chachapoyas ubicados en el Distrito de Huancas con sentencia revocada por el Delito de Omisión de Asistencia Familiar.

1.5.5 Fuentes de información.- Los expedientes judiciales archivados de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, específicamente las sentencias y revocatoria de penas por los delitos de OAF obrantes en el 1er y 2do Juzgado de Investigación Preparatoria de Chachapoyas; 1er y 2do Juzgado Unipersonal de Chachapoyas; y vía recurso de apelación ante la Sala Penal de apelaciones de Chachapoyas; y, las entrevistas vía cuestionario a los internos cuyas penas fueron revocadas por delito de OAF recluidos en el Establecimiento Penitenciario de Chachapoyas ubicado en el Distrito de Huancas.

1.5.6 Métodos.

- ❖ **Método inductivo – deductivo.** - Serán utilizados para obtener las conclusiones del presente trabajo de investigación, que viene a ser la generalización de los datos obtenidos.

- ❖ **Método hermenéutico jurídico.** - Sera usado en la interpretación de los textos legales con la finalidad de esclarecer el significado de las normas jurídicas.
- ❖ **Método analítico sintético.** - Sera aplicado en la ejecución de la presente investigación de manera general, ya que nos permitirá analizar la bibliografía necesaria y posteriormente sintetizar el tema materia del presente trabajo de investigación.

1.5.7 Técnicas de investigación.

- ❖ **Técnicas de acopio documental.** - se aplicará la obtención de información doctrinal y legislativa.
- ❖ **Técnica de fichaje.** - será utilizada en la recolección de la información necesaria para culminar el presente trabajo.
- ❖ **Técnica de interpretación normativa.** - se aplicará en el análisis e interpretación de las normas jurídicas, principios y garantías relativo al tema materia de investigación.
- ❖ **Análisis estadístico de datos.**- se aplicara a la información brindada por el archivo central de la Corte Superior de Justicia de Amazonas (Juzgados de investigación Preparatoria, Juzgados Unipersonales y Sala Penal de Apelaciones de la Provincia de Chachapoyas) y la información proporcionada por el Establecimiento Penitenciario de Chachapoyas – Huancas, los cuales se organizaran, resumirán y se tabulara la información a partir de los datos obtenidos, haciendo uso del programa de computación SPSS (Statistical Package for Social Sciences). Versión 20. Para el análisis de los resultados, se utilizará gráficos, tablas e indicadores estadísticos tales como media y desviación estándar.

- ❖ **Encuesta.** - se aplicará cuestionarios estructurados a un grupo de internos del establecimiento penitenciario de Chachapoyas – Huancas, a quienes se le revoco la pena suspendida por efectiva por el Delito de OAF, para determinar las consecuencias del encarcelamiento.

1.5.8 Instrumentos: Documentos judiciales, encuesta tipo cuestionario, fichas bibliográficas, fichas textuales y tabla de recopilación de datos.

1.5.9 Procedimientos utilizados. - Se seleccionaron resoluciones judiciales, jurisprudencia, plenos jurisdiccionales, libros y revistas especializadas en el campo del derecho nacional, los mismos que se consignaron en Fichas Bibliográficas y Textuales. Asimismo, mediante el uso del Cuestionario se encuestó a la muestra de la población de nueve internos contra quienes se les revoco la Pena suspendida por efectiva por el delito de OAF, recluidos en el establecimiento penitenciario de Chachapoyas – Huancas.

1.5.10 Metodología utilizada.- Para la realización del proyecto de investigación se ha procedido a la búsqueda y estudio de Resoluciones Judiciales emitidos en los órganos jurisdiccionales Penales de la Provincia de Chachapoyas del Distrito Judicial de Amazonas con sentencia revocada con prisión efectiva en condenados por el Delito de OAF, recluidos en el establecimiento penitenciario de Chachapoyas – Huancas, teniendo presente cuatro Jurisprudencia: Casación N° 189-2011-Huaura, Casación N° 251-2012 La Libertad, Casación N° 382-2012 La Libertad, y Casación N° 131-2014 Arequipa y el Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116.

1.6 Objetivos

Determinar que, si se puede justificar jurídicamente el cese anticipado de la prisión en los condenados por el delito de OAF, cuando posteriormente cumplieron con pagar su obligación alimentaria, pese a no estar regulado legalmente.

1.6.1 Objetivos Generales

Demostrar la procedencia de la conversión de la pena en los sentenciados por delito de OAF, por cuanto el condenado ha cumplido con cancelar los daños causados (deuda alimentaria y reparación civil), no es un delincuente por carecer de subcultura criminal y carrera criminal.

1.6.2 Objetivos Específicos

- a) Analizar los argumentos jurídicos de la Sala Penal permanente de la Corte Suprema, para negar la conversión de la Pena en los sentenciados por delito de omisión de asistencia familiar.
- b) Colisionan el interés superior del niño con la conversión de la pena.
- c) Puede el sentenciado reo en cárcel seguir pagando la pensión alimenticia, desde un centro penitenciario, cuáles serían las consecuencias para el menor alimentista.
- d) Cuáles son los efectos perniciosos de la prisión en los condenados por delito de omisión a la asistencia familiar.

1.7 Hipótesis

Si se realiza una interpretación del artículo 2° inciso 24 literal c) de la Constitución, referido no hay prisión por deudas alimentarias, cesa la prisión de los condenados por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar.

1.8 Variables

- 1.8.1** variable independiente : La Constitución Política art. 2° inc. 24 c)
- 1.8.2** variable dependiente : El cese de la prisión de los condenados por el delito de OAF

1.9 Tipo de investigación

La investigación propuesta se define como descriptiva, analítica y cualitativa, sobre la base del análisis jurídico de las cuatro casaciones emitidas por la Sala Penal permanente de la Corte Suprema, que niega la revocatoria de la pena en los condenados por el Delito de OAF.

CAPITULO II

LA PENA

2.1 LA PENA

Uno de los más grandes penalistas de los últimos tiempos, el maestro Klaus Roxin, escribió “un estado de derecho debe proteger al individuo no solo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal¹⁸...”. A través de esta sencilla, pero sin duda, contundente frase se pone de manifiesto la doble faceta que puede jugar el Derecho Penal en su relación con el individuo. Por un lado, constituir el sector del ordenamiento jurídico al cual le hemos otorgado la función de protección de aquellos bienes jurídicos de mayor relevancia, tanto para el desarrollo de la persona individualmente considerada, como en su interrelación con la colectividad en la que se desenvuelve, lo que da contenido al principio de protección de bienes jurídicos; estando no obstante limitada su intervención respecto de las conductas de mayor gravedad, de allí que el Derecho Penal se conciba como ultima ratio.

Pero, por otro lado, no puede olvidarse que en el ejercicio de este papel protector, el principal instrumento con el que cuenta el Derecho Penal viene constituido por la PENA, en tanto que esta es la consecuencia jurídica natural producto de la realización de un delito, la misma que, con independencia de los fines que la justifiquen, representa con relación al ciudadano la más extrema intervención estatal en el ámbito de sus derechos fundamentales más básicos, como lo es la libertad, e incluso, en los casos más extremos, su propia vida, lo que convierte a este sector del ordenamiento jurídico en un instrumento muy peligroso en manos del poder estatal; no podemos olvidar a este ejercicio que la historia de la humanidad nos ha dejado terribles ejemplos de lo que a través de un ejercicio despiadado del *Ius Puniendi* puede llegar a conseguir.

La pena tiene una finalidad de tutela sobre los bienes jurídicos que exige que sea proporcional, necesaria y adecuada, por ello cuanto más importante es el bien dañado,

¹⁸ Roxin, C.; “Derecho Penal parte genera Tomo I Fundamentos: La estructura de la teoría del Delito”; Editorial Civitas s.a 1997; 1ra edición Madrid; pagina 137.

más grave ha de ser la pena que le corresponda. El carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal exige castigar solo lo más importante, y solo cuando no baste con otro tipo de reacción jurídica, ya que la finalidad es evitar la utilización de la sanción penal como solución para cualquier tipo de conflicto jurídico.

Por todo ello la pena ha de hacer proporcionada a la gravedad del delito, el reproche culpabilístico y la finalidad de tutela, de manera que si cabe imponer una pena menor hay que hacerlo, evitando penas innecesarias, al no coincidir exactamente con la retribución, la proporcionalidad opera como límite máximo, pero no como límite mínimo, permitiendo al Juez solicitar el indulto cuando la pena prevista sea injusto o contraproducente, con el fin de evitar una pena indebida.

La pena es la característica más tradicional e importante del Derecho Penal. Su origen se encuentra vinculado con la del propio ordenamiento punitivo y constituye, por la gravedad de su contenido, el medio de mayor severidad que puede utilizar el Estado para asegurar la convivencia en la sociedad. La forma de control social formal, hasta su actual desarrollo, supone la aplicación de una pena.

Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁹, señala que toda concepción de la pena es, necesariamente, una concepción del derecho penal, de su función y del modo de cumplir esa función. Por ello cualquier rol que señale el Estado para la pena, lo señala también para el derecho penal. Existe una estrecha relación entre las funciones del derecho penal y la teoría de la pena. Enrique Bacigalupo, nos indica toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal²⁰, pero cada una de las teorías responde a una determinada concepción de Estado; y, consecuentemente, cada teoría origina una determinada definición de derecho penal, la historia de las teorías penales es una historia universal del derecho penal.

¹⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte general; T. I, Ediar, Buenos Aires, 1980. Pag. 23

²⁰ Bacigalupo, Enrique. Principios de Derecho Penal Parte General, 5ta edición, Akal. 1998. Madrid. Pag 7

La pena está relacionada con conductas socialmente desvaloradas de las personas, siendo, por consiguiente, una consecuencia jurídica asignada a cualquier individuo que haya realizado un hecho punible contrario a la norma. Sin embargo como nos indica Bustos Ramírez la pena es ajena a la norma²¹.

La Pena, es un mal e implica sufrimiento, dolor y aflicción a la persona humana, como nos indica Felipe Villavicencio²². La pena es la consecuencia que la ley señala cuando se ha producido el quebrantamiento de la norma. Intrínsecamente, es una pérdida o menoscabo de derechos personales que sufre el autor de la transgresión. Sin embargo, su aceptación o negación categórica dependerá si es posible comprobar su utilidad en el caso específico. Es la teoría de la pena la que busca identificar dicha utilidad o fin limitado al poder penal (prevención general y especial), pero sin embargo faltaría comprobar si en la realidad se cumple o se hace efectiva dicha utilidad. Si el Estado asume el cumplimiento de la utilidad de la pena y con ello lograr sus efectos, el poder penal habrá sido ejercido satisfactoriamente, pues se habrá sujetado a los límites preventivos. Si, por el contrario, el cumplimiento de la utilidad es solo un discurso no realizado, el poder penal no lo ejerce o no surte efectos, entonces la pena se estará utilizando sin lograr dichos fines, y fuera de los límites preventivos. Así la utilidad está limitada a través del Derecho Penal (teoría de la pena), pues de lo contrario la aplicación de la pena en el marco del ejercicio del poder penal sería completamente ilegítima. Además, para evitar un Derecho Penal desbordado y politizado será necesario coordinar la perspectiva de protección de bienes jurídicos con la pena.

Para establecer los límites a la aplicación de la pena por parte del poder penal, el Derecho Penal ha desarrollado diferentes teorías.

2.1.1 Teoría de la Pena.

Las teorías de las penas son formulaciones jurídico-penales que intentan explicar para qué sirve la pena y si su imposición por la comisión de un delito o falta se encuentra

²¹ Bustos Ramírez, Juan. Obras completas, T I (Derecho Penal parte general) Ara editores, Lima. 2004. Pag.523

²² Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho Penal parte general; Grijley, primera reimpresión 2006, pag. 46

legitimada por las teorías del derecho penal. Debemos indicar que el sistema que sirve de base a las teorías de la pena se construye tradicionalmente por la doctrina distinguiéndola a partir de tres concepciones básicas:

- a) las teorías retributivas o absolutas;
- b) las teorías de prevención o relativas; y,
- c) las teorías de la unión o mixtas.

Las formulaciones teóricas enunciadas contienen en sí mismas diversas características que a continuación pasamos a desarrollar:

2.1.1.1 Teorías Retributivas o Absolutas.

Las teorías retributivas o absolutas deben su paternidad a Kant y Hegel, quienes son considerados forjadores del idealismo alemán del siglo XVIII y XIX. Para los que defienden esta teoría el que ha cometido un delito merece una sanción. Pues aquel que a través de un comportamiento delictivo afecta bienes jurídicos de otros, debe recibir un castigo por razones de justicia, época en la cual trataban de dar prioridad a deberes religiosos, éticos y jurídicos de retribución con el objeto de restablecer el orden social perturbado por el delito.

Las teorías de la retribución de Kant y Hegel asignan a la pena la función metafísica de la realización de ideales “absolutos” (no relativos, circunstanciales) como las exigencias de la justicia o del derecho, con ausencia de un fin socialmente útil²³. La pena es la consecuencia justa y necesaria del delito cometido, entendida bien como una necesidad ética (como un imperativo categórico, al modo que la entendió Kant) bien como una necesidad lógica (negación del delito y afirmación del derecho como lo concibió Hegel²⁴). No obstante, en el marco de las teorías de la retribución. La doctrina incluye a teoría de la expiación que tiene su fundamento en caracteres

²³ Zugaldia Espinar, José Miguel. “*Fundamentos de derecho penal parte general*” Tirant lo Blanch, Valencia. 2010, pag. 52

²⁴ Schmidhauser, citado por Muños Conde, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Julio Cesar Faira (ed). Montevideo-Buenos Aires. 2003, pag. 71.

religiosos o morales. En efecto, las teorías absolutas, denominadas también no utilitarias, se dividen a su vez en teorías subjetivas de la retribución (Kant y teoría de la expiación) y teorías objetivas de la retribución (Hegel).

Esta teoría parte de la existencia de verdades o valores absolutos, considerando así que el sentido y el fundamento de la pena es solo justicia, la afirmación de la vigencia del derecho o la necesidad moral. El Derecho Penal se legitimará como instrumento eficaz para el logro de tales valores, rechaza de plano la búsqueda de fines fuera de la propia pena y consideran que aquella se agota en sí misma en cuanto mal que se impone por la comisión de un hecho delictivo, como también, el hombre es considerado un fin en sí mismo. La pena, para los retribucionistas, debe existir para que la justicia domine la tierra.

Estas teorías se basan en el reconocimiento del Estado como un guardián de la justicia y las nociones morales, en la capacidad de la persona para auto determinarse, y en la limitación de la función estatal a la protección de la libertad individual. La pena se legitima si es justa; pero no, si es útil. Una pena útil, pero no justa, carecerá de legitimidad, una pena justa implica la retribución de una lesión cometida culpablemente.

a) Teoría subjetiva de la retribución.

Para esta teoría, la pena es la retribución por el delito cometido: producirle un mal a un individuo que compense el mal que ha causado libremente, equilibrándose así la culpabilidad del autor por el ilícito cometido. Es por ello, que se concibe a la pena como aquella que atiende o mira al pasado, al hecho que se sometió, el mexicano Serafín Ortiz Ortiz, señala “al que actuó mal se le devuelve otro mal²⁵”. Se considera a la retribución como el presupuesto esencial para la imposición de la pena. Así, el hecho delictivo cometido opera como fundamento y medida de la pena, y se debe adecuar el grado del injusto con la culpabilidad del autor (equivalencia).

²⁵ Ortiz Ortiz, Serafín. Citado por Felipe Villavicencio. Derecho Penal parte general Grijley, Lima 2006. Pag. 48

Por eso cuando se habla de retribución no se refiere al concepto de venganza sino al de medida.

Esta idea de retribución descansa sobre tres presupuestos esenciales: Primero la potestad estatal para castigar al responsable mediante la pena. Segundo, la necesaria existencia de una culpabilidad que puede ser medida según la gravedad del injusto cometido. Por eso, la culpabilidad viene a ser su elemento referencial. Tercero, la necesidad de armonizar el grado de culpabilidad y la gravedad de la pena, de manera que la pena, dictada en la sentencia, sea considerada justa por el autor y por la colectividad. Es por ello, que el principio “no hay pena sin culpabilidad” puede constituir una garantía propia del Derecho Penal liberal.

b) Teoría de la expiación.

El concepto de expiación, es diferente a la retribución, pues consiste en una actividad anímica personal, de contenido moral, del autor en aceptar interiormente a través del arrepentimiento, la necesidad de la pena y así poder recuperar su libertad moral.

Esta teoría entendida como arrepentimiento del autor se encuentra estrechamente vinculada a la tradición cristiana de la expiación del pecado o de la redención de la culpa mediante la penitencia; desde una perspectiva estrictamente jurídica, esta teoría ha sufrido críticas insuperables por parte de la doctrina más cualificada. Según sus partidarios la pena no buscaría el restablecimiento de la justicia o el derecho como otras teorías retributivas, sino de la propia personalidad. La expiación es entendida como una disposición moral o personal del culpable. Para esta teoría, el reo reconocería la pena que sufre como una consecuencia justa y necesaria del delito (de su mala acción). La pena tendría un sentido catártico para despertar sentimientos de culpabilidad y consiguiente arrepentimiento del delito. La pena sería así no solo padecer, sino un actuar.

Como es obvio entender, con la teoría de la expiación prevalecen los sentimientos espirituales, morales y religiosos como características de la pena. Bajo esta concepción la pena toma sentido sobre la base del arrepentimiento del autor y se impone no como un imperativo categórico al estilo de Kant, tampoco como una fundamentación jurídica Hegel, sino como un merecido castigo por el penado cometido. García Pablo de Molina²⁶, sobre el particular considera, por ser la expiación un elemento subjetivo, era impropio para el derecho. Y de mas era un instrumento que no compatibilizada con la Pena, pues no buscada que sea una coacción proveniente del Estado sino del propio autor que asume su responsabilidad y voluntariamente responde por las consecuencias que haya producido su conducta.

c) Aporte de las teorías retributivas.

Los aportes de estos dos puntos de vista se pueden resumir en lo siguiente: 1ro.- al afirmar que la pena debe ser proporcional a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, se garantiza al ciudadano frente a los límites del poder punitivo estatal²⁷. Así, impiden cualquier tipo de abuso por parte del Estado, y además, fijan la medida que la pena debe tener en el momento de su aplicación: un límite mínimo, donde se aplica la pena solo en el caso que se haya cometido el hecho ilícito con todos sus elementos; y un límite máximo, cuando se obliga al Estado a no sobrepasar los márgenes de duración de la pena que se haya señalada en la ley con respecto a un determinado hecho ilícito. 2do.- en contraposición a las ideas preventivas generales considera inadecuado la instrumentalización del hombre para fines preventivos a favor de la comunidad dando mayor consideración a la dignidad humana.

d) Críticas a las teorías retributivas.

Estas teorías se les formula las siguientes críticas: en primer lugar, en cuanto a la imposición de un mal ante otro mal, se objeta lo siguiente: 1.- no constituye un medio

²⁶ García Pablos de Molina, Antonio. Derecho Penal, introducción; servicios de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 2000. Página. 135.

²⁷ Roxin, Claus “Derecho Penal parte general” Tomo I Fundamentos: La estructura de la teoría del Delito; Editorial Civitas s.a 1997; 1ra edición Madrid; pagina 84.

adecuado para la lucha contra el delito y la delincuencia. Se desinteresa de todo tipo de utilidad para la reparación de los daños en la socialización, que a menudo constituye la causa de la comisión de delitos. En otras palabras, no hace nada para que el autor tenga una vida futura en libertad alejado de toda influencia delictiva. 2.- en la realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito. Con la retribución no es espirado al mal del delito, y al contrario, a la postre se torna en un mal que se suma a otro mal. Además, se reitera que estas teorías no han buscado tratar el problema de la realidad de la Pena, y, solo pretenden con la pena un orden racional y absoluto que son inalcanzables.

Segundo lugar estas teorías confieren un auténtico cheque en blanco al legislador, ya que solo precisan como se debe castigar, pero no señalan que tipos de conductas y cuando se les debe aplicar las penas. Tercera, se sustenta en que ella se basa en un presupuesto filosófico indemostrable (para la imposición de la pena como retribución a la culpabilidad del sujeto). Como lo es el libre albedrío. Cuarto las llamadas teorías absolutas son deductivas que no representan justificación a la pena y están al servicio de otra cosa que es la defensa social, aunque se denomine de otra forma.

Hay que entender que estas teorías responden a determinados momentos históricos-políticos. Por ello, la ideología retribucionista tiene su mejor momento en el estado liberal que ya ha declinado, abriendo paso a un estado moderno. No son compatibles con el estado social democrático de derecho donde se mantiene diferenciados los espacios del derecho y la moral, ya que su función no se adecua generalmente en la realización de la justicia absoluta. En tal sentido, podemos considerar que la teorización política y jurídica filosófica del papel de la pena a superado históricamente la teoría retribucionista. En la actualidad, la impracticabilidad de las teorías preventivas hace resurgir estas ideas a través del denominado Neoretribucionismo.

Todavía es dable encontrar penalistas modernos que defienden el sentido retributivo de la pena, sucede que la experiencia de otras soluciones ha podido incluso llegar a la convicción de que el retribucionismo es, cuando menos una solución segura y

respetuosa por ser la que más estrictamente puede amoldarse a las exigencias del principio de legalidad.

2.1.1.2 Teoría de Prevención o Relativa

Estas teorías atienden solo al fin de la pena y le asignan utilidad social (prevención). Reciben el nombre de teorías relativas, pues a diferencia de la justicia, que es absoluta las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales. Mientras que las teorías absolutas buscan solo el sentido de la pena en la imposición de la justicia, sin tomar en cuenta los fines de la utilidad social, estas teorías de la prevención asignan a la pena el objetivo de prevenir delitos como un medio para proteger determinados intereses sociales, son teorías utilitarias de la pena, y por ello, podemos considerar que siempre tiene en cuenta la realidad, mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro.

Estas teorías fundamentan su posición en el sentido que corresponde a la pena la misión de prevenir los delitos futuros. Mientras que la retribución mira el pasado, la prevención mira al futuro²⁸. Se tratan de teorías consecuencialista vinculadas al utilitarismo que buscan justificar y legitimar la necesidad social de la pena para la prevención de la tendencia criminógena y para evitación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Las teorías de prevención o relativas se clasifican en teorías de prevención general negativas y positivas de prevención especial negativas y positivas.

a) Prevención General

En la Doctrina jurídico penal, aparecen dos clases de teorías de la prevención general: la negativa y la positiva. La primera vinculada a la utilización de un insumo básico intimidatorio o coacción psicológica a través de la norma, y la segunda que legitima la imposición de la pena por el quebrantamiento de la vigencia de la norma. La evolución de ambas teorías sirve como orden de análisis a este párrafo el cual se ha desarrollado a partir de la clásica prevención general

²⁸ Feijoo Sánchez, Bernardo. Citado por Tasayco, Gilberto Félix. Las Teorías de la Pena; en Actualidad Penal N° 6 diciembre 2014, pag. 68.

negativa para marchar luego hacia nuevas perspectivas de la prevención general que ha dado lugar a modelos modernos y liberales como es el de la prevención general positiva.

a.1 Prevención General Negativa nace para dar respuesta a las insuficiencias de la coacción física de las teorías retributivas. Su fundamento estriba en el carácter intimidatorio de la pena y se expresa en el momento de la conminación penal abstracta. En esa línea, esta teoría se desvincula de las formulaciones éticas orientando el desarrollo del derecho penal sobre la base de una teoría de la pena con una clara finalidad disuasiva a través de la coacción psicológica. Se debe la paternidad de la teoría de la prevención general negativa a los aportes de Paul Johann Anselm Von Feuerbach. Como anota Mapelli Caffarena, se trata de una teoría que nos ayuda a entender el sentido de la amenaza que recoge implícitamente la norma penal. De manera que cuando esta obliga a los jueces a imponer una determinada pena a quien realiza una conducta tipificada como delito, esta también lanzando un mensaje de advertencia coactiva a los potenciales autores de infracciones para que se abstengan de cometer esos mismos hechos²⁹.

Es decir, se une para que el castigo del delincuente sirva de escarmiento a los demás ciudadanos, para que se abstenga de delinquir en el futuro. En la actualidad, en la ciencia alemana, la prevención general “negativa” ha sido ampliamente desplazada por la prevención “positiva”. Ciertamente, la prevención general negativa que se caracteriza por la intimidación de la generalidad con la finalidad de que los ciudadanos no delincan, no ha logrado el éxito esperado pues, entre otras razones, el utilitarismo que lleva consigo atenta contra la dignidad humana al utilizar al hombre como objeto y no como sujeto de derecho.

²⁹ Mapelli Caffarena, Borja. Las consecuencias jurídicas del delito. 5ta ed. Civitas, Thomson Reuters Pamplona, 2001, pag 68.

a.2 Prevención general positiva. - busca la afirmación del derecho en un Estado social y democrático. Para limitar la tendencia a caer en un terror penal por medio de una progresiva agravación de la amenaza penal³⁰; propia de la prevención general negativa, algunos autores toman el camino de la afirmación positiva del Derecho (Mir Puig), de la conciencia social de la norma (Hassemer), o de una actitud de respeto hacia el Derecho (Armin Kaufmann)³¹. Cuando se habla de prevención general positiva, se entiende que se dirige a la colectividad y busca producir en ella la fidelidad y el interés hacia la fuerza y la eficacia de la pena halladas en las sentencias. Con ello, se busca que la ciudadanía crea en sus instituciones y lleve a la integración de la misma con las actividades judiciales.

En este sentido, la criminalización tendría su base en un efecto positivo sobre los sujetos no criminalizados, pero no para disuadirlos por medio de la intimidación, sino como un valor simbólico que origine consenso y, consecuentemente, refuerce su confianza en el sistema social en general y sistema penal, en particular.

Esta forma de prevención cumple con una función comunicativa de los valores motivando a la ciudadanía; no a través del miedo, sino a través del derecho, contribuyendo así al aprendizaje social, mientras que la amenaza penal solo buscaría la estabilización de esa conciencia que se adquiere a través del aprendizaje social.

En la prevención general positiva se distingue tres efectos: primero, el efecto del aprendizaje o información, motivado social-pedagógicamente mediante la advertencia que se le hace a la población de lo que está o no prohibido. Segundo, el efecto de confianza que se origina cuando la población aprecia la actividad y el cumplimiento de la justicia penal. Tercero, el efecto de

³⁰ Mir Puig, Santiago; Derecho Penal. Parte general. Reppertor, 8va edición, Barcelona 2008. Pag. 92.

³¹ Idem. Pag. 40

pacificación, cuando se produce tranquilidad en la conciencia jurídica general, mediante la sanción sobre el quebrantamiento de la ley, y considera solucionada el conflicto con el autor.

La prevención general positiva tiene una versión ética en Welzel que busca verificar el derecho como orden ético y, solo en forma secundaria se le considera como intimidación³². Se trata de reforzar simbólicamente la internalización de valores ético-sociales a los que no han delinquidos para así conservar, mantener y fortalecerlos; para ellos, pretende que el poder estatal refuerce tales valores mediante el castigo ante sus correspondientes violaciones. Lo que busca Welzel es conectar a la pena con la conciencia ético-social del individuo³³.

b) Prevención Especial.

Sostiene que la finalidad de la Pena es evitar la comisión de nuevos delitos por parte del que ya ha delinquido. Esto se logra mediante su **reeducación** y **readaptación**, y si ello no es posible, mediante su eliminación. Se destacan entre los sostenedores de estas teorías, a Grollman. El extremo punto de vista en este grupo es el sustentado por la teoría **correcionalista**, desarrollada por Roeder y sobre todo por Dorado Montero. El delincuente es considerado un enfermo; la pena, un bien, y la imposición de la misma, un derecho del delincuente. Los delitos son exclusiva creación legislativa, y la pena sólo enseña al delincuente a gobernar sus actos de conformidad con la voluntad legislativa³⁴.

Considera que la finalidad de la pena está dirigida a influir directamente sobre el agente de manera individual. Tiende a evitar consecuencias ilícitas futuras mediante la actuación sobre una persona determinada. No se dirige al hecho delictivo cometido sino al individuo mismo y no a la generalidad como postula la

³² Obra citada por Villavicencio T. Felipe. “Derecho Penal parte general” Grijley, Lima julio 2006.pag 60

³³ García Pablos de Molina, Antonio. Derecho Penal, introducción; servicios de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 2000. Página. 148.

³⁴ Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal parte general; Tomo I, 3ra edición abril 1999, editorial Jurídica de Chile. Pag. 31-32.

prevención general pero este individuo no es cualquiera, sino es autor del hecho ilícito. Por eso se dirigen a individuos ya delincuentes; de ahí radica también su denominación de prevención individual. La prevención especial, a diferencia de la general, actúa no en el momento de la conminación legal, sino se centra en la imposición y ejecución de las penas.

Su objeto principal radica en que la pena busca evitar que el delincuente vuelva a cometer nuevos delitos. Esto lo lograra por diferentes vías, tomando en cuenta los diferentes tipos de delincuentes. La idea de prevención se halla ligada a la idea de peligrosidad del sujeto, donde se asigna a la pena la función de ser un mecanismo que evita la comisión de futuros delitos teniendo como limite a su actuación la evaluación del autor en virtud a su grado de peligrosidad, buscando la neutralización, corrección o reeducación del delincuente.

Por medio de la intimidación o la advertencia, la pena cumple una función recordatoria, donde se le disuade, recuerda o advierte al delincuente de los efectos que puede producir la pena ante la comisión de futuros delitos. Así, está dirigida a los **delincuentes ocasionales** que no necesitan de corrección conforme lo indica Liszt citado por Villavicencio Terreros³⁵. Por medio de la corrección o la educación, la pena tiene una función pedagógica, correctiva o resocializadora, es decir, mediante su ejecución, el delincuente debe ser preparado para un comportamiento socialmente adecuado en el futuro. Se dirige a los **delincuentes habituales** que la necesitan y son capaces de corrección. Por medio de la inoquización o el aseguramiento, la ejecución de la pena sobre un determinado delincuente busca su aislamiento, protegiendo así permanente o temporalmente a la sociedad a la que pertenece este delincuente. Liszt, pensaba que a los irreuperables se les aplicara la Pena privativa de libertad perpetua³⁶.

Gilberto Félix Tasayco, señala que sobre la base de esta teoría, Von Liszt señala que debería establecerse la función de la pena preventivo-especial según las

³⁵ Obra citada por Villavicencio T. Felipe. "Derecho Penal parte general" Grijley, Lima julio 2006.pag 63

³⁶ Ídem.

siguientes categorías de delincuentes: ocasionales (necesitados de corrección) no ocasionales o de estado (corregibles) y habituales (incorregibles)³⁷.

En el trasfondo teórico de instituciones penitenciarias se le da gran importancia a la idea de resocialización del delincuente. En principio todo ello parece efectivamente pensado para conseguir la resocialización del delincuente condenado a una pena de prisión más o menos larga, procurando que el tiempo que tenga que estar privado de su libertad no sea un tiempo vacío, sino productivo para el mismo y para la sociedad. Contra ello no hay nada que objetar³⁸. Pues bien, es en el plano práctico y en los resultados negativos de la criminalidad y su control en donde se presentan los cuestionamientos que explican el fracaso resocializador. Eso nos lleva a asumir que son dos los factores esenciales que explican el descredito de la teoría de la prevención especial: la falta de políticas integradoras de resocialización y la creencia de que la resocialización es solo fijación exclusiva de la pena privativa de libertad. Con todo, la falta de presupuesto, el hacinamiento, la promiscuidad, el trato abusivo y degradante a los internos, la pena de cadena perpetua y de larga duración, las limitaciones burocráticas para acogerse a los beneficios penitenciarios, etc., hace que califiquemos aquella inadecuada decisión estatal en una “falsa política resocializadora”.

El sistema penal no requiere de normas declarativas ni de populismos, el sistema penal requiere de normas que prevean penas con eficacia preventiva y que se cumplan en la práctica.

De acuerdo a la ley, el Estado tiene el deber constitucional y convencional de emprender todas las acciones necesarias para resocializar al condenado y devolverlo a la sociedad. Si esa finalidad no es alcanzada, por el motivo que fuere, el fracaso resocializador no puede ser soportado por el recluso al precio de

³⁷ Tasayco, Gilberto Félix. “Las Teorías de la Pena” Actualidad Penal diciembre 2014 N° 6, pag 70-71.

³⁸ Hassemer, Winfried/Muñoz Conde, Francisco. “Introducción a la Criminología y a la Política Criminal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; pag. 173.

su libertad, ya que no es una persona que la ley encomienda el cumplimiento de dicha finalidad. De tal modo que, en ningún momento determinado, el recluso, indefectiblemente, debe recuperar su libertad³⁹. Cuando se invoca la necesidad de utilizar la pena de prisión como solución político-criminal casi infalible, se olvida que los presos algún día acaban saliendo de la cárcel. Es en este punto donde radica una idea central; el paso por la cárcel desestructura y discapacita a los presos, y lo hace en mayor medida, lógicamente, si la pena de cárcel que ha cumplirse es de larga duración⁴⁰.

En lo práctico, se tiene que introducir alternativas a las penas privativas de libertad y otras medidas sociales promotoras de una resocialización o que, por lo menos, no perjudiquen a esta. Si a un autor que ha respondido con éxito en el periodo de suspensión condicional de la condena, se le otorgará como premio de resocialización una remisión retroactiva de la pena, de manera que no tenga antecedentes penales, esto promoverá extraordinariamente motivación del autor para trabajar en su resocialización en el periodo de prueba. Si el trabajo carcelario se retribuyera de una manera más o menos correspondiente con el valor del trabajo, esto podría tener efectos preventivo-especiales muy favorables, para muchos delincuentes menores que nunca han aprendido en su vida algo socialmente útil, se podría pensar también en imponerles primero, como sanción, solamente el cumplimiento de una formación profesional bajo vigilancia estatal.

La prevención especial ha merecido diferentes críticas: Primero.- una idea exagerada de la prevención especial puede hacer del delincuente un objeto, una especie de conejillo de indias, aplicándole medidas o tratamientos que vayan contra su voluntad o contra su dignidad como persona, como por ejemplo: trabajos forzados, tratamiento esterilizador o mediatizando la concesión de determinados beneficios como la libertad condicional con criterios muy

³⁹ Juliano, Mario Alberto/Avila, Fernando. “Contra la Prisión perpetua. Una visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad” del Puerto, Buenos Aires, 2012. Pag. 77.

⁴⁰ Pozuelo Pérez, Laura. “La Política Criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes; Marcial Pons, Madrid 2013. Pag. 148.

especiales⁴¹. Así, la prevención especial puede constituirse como instrumento de graves violaciones de los derechos humanos. Segundo.- es absolutamente indemostrable el presupuesto de la peligrosidad del delincuente que utilizan estas teorías, además conducen a sancionar a la persona delincuente no por el delito sino por especiales características de su personalidad, destruyendo así el principio de proporcionalidad entre delito y pena⁴². Tercera. - es evidente que tampoco la prevención especial logra legitimar la función punitiva estatal. Así la pena, entendida en su sentido preventivo especial no siempre será necesario (delincuentes del tráfico), ni posible (delincuentes habituales que a veces no pueden ser resocializados), y puede no resultar lícita. Cuarto.- en un estado democrático, la resocialización nunca debe ser obtenida contra la voluntad del penado⁴³. Quinta. - en la práctica penitenciaria, el cumplimiento de los fines preventivo-especiales requiere considerables recursos para el tratamiento del delincuente, problema que es difícil aun en países de gran desarrollo.

2.1.1.3 Teoría Mixta

Las teorías mixtas reúnen en la pena las características que las teorías anteriores consideraban primordiales, identifican a la pena como justa y útil. Consideran que la pena debe reprimir tomando en cuenta la culpabilidad y la proporcionalidad con respecto al hecho delictivo (llegando a la justicia) y a la vez prevenir la comisión de nuevos delitos (llegando a la utilidad). En la legislación comparada la influencia de esta teoría es dominante.

En la doctrina, se distingue dos versiones de teorías mixtas: las teorías retributivas de la unión y las teorías preventivas de la unión. Merkel en el siglo XIX desarrollo la teoría retributiva de la unión basándose en que la contradicción entre retribución y finalidad es imaginaria. Señalo que la prevención que prescinde de la retribución no es una pena, y toda retribución encierra una tendencia preventiva, por lo que la contraposición general de

⁴¹ Muñoz Conde, Francisco. "Introducción al Derecho Penal", Bosch, Barcelona 1975, pag. 38

⁴² Reyes Echandia, Alfonso. Derecho Penal, parte general. Reimpresión 11 ed, Temis Bogotá 1989, pag. 250

⁴³ Mir Puig, Santiago; Derecho Penal. Parte general. Reppertor, 8va edición, Barcelona 2008. Pag. 39.

ideas retributivas y preventivas carece de sentido. En el retribucionismo realista de este autor, se manifiesta de forma clara la idea de que no es posible prescindir ni de las perspectivas de justicia ni de las perspectivas teleológicas o utilitarias para comprender el sentido de la pena⁴⁴.

A partir de ahí aparecen las críticas. En efecto. En la doctrina, se exponen algunos cuestionamientos a las teorías de la unión en el sentido de que no es posible fusionar teorías que se contraponen y que son irreconciliables entre sí. Como ha señalado Callies, las teorías de la unión “forman un guiso en el que todo se mezcla y se declara lo incompatible como compatible”⁴⁵

Claus Roxin, dentro del marco de las teorías preventivas de la unión, propone por la década de los sesenta, la teoría dialéctica de la unión. Esta propuesta pluridimensional consiste en la combinación o integración de los momentos de la vida de la pena en tres fases: legislativa (prevención general), judicial (prevención general y prevención especial) y de ejecución (prevención especial). Como se puede apreciar, Roxin apuesta por una teoría con predominancia preventiva excluyendo, en principio, la idea de retribución.

Villavicencio Terrero⁴⁶, señala que en la actualidad, las críticas a las teorías mixtas se dirigen a afirmar que se tratan solo de combinaciones entre la represión y la prevención y que en la práctica resulta difícil su integración debido a que manejan diferentes filosofías y políticas, y que llevan al Derecho Penal a la arbitrariedad y a la incoherencia.

Pese a las críticas que existen contra la teoría dialéctica de la unión por propugnar un sistema abierto que otorga predominancia político criminal a la

⁴⁴ Feijoo Sánchez, Bernardo. *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho*. Ed. Fairs; Montevideo - Buenos Aires 2007; pag. 239.

⁴⁵ Idem, pag. 234.

⁴⁶ Villavicencio Terrero, Felipe; *Derecho Penal parte general*, Grijley, Lima 1ra edición marzo 2006. Pag 66

resocialización, que en la práctica ha sido una teoría nada óptima y que no incluye a la víctima en su construcción, debemos reconocer que es la teoría que al lado de la teoría de la prevención general positiva han ganado terreno en la dogmática penal actual. Así el profesor Abanto Vásquez⁴⁷ anota que la teoría preventiva de la unión es prácticamente la dominante en la actualidad o, por lo menos, se puede decir que tiene igual grado de difusión que la teoría de la prevención general positiva en la versión defendida por Hassemer. En el fondo, apenas si se alcanza a ver alguna diferencia entre la primera y la segunda, pues también esta última reconoce la vigencia del principio de resocializador, así como los efectos limitadores (hacia arriba) de la culpabilidad del sujeto (derecho penal de culpabilidad), aunque como principio constitucional externo.

2.1.2 Clase de Pena

El artículo 28° del código penal establece las diversas clases de penas, que pueden imponerse a los delitos de la parte especial del código penal; y, por aplicación supletoria (artículo X del título preliminar del código penal), a los delitos tipificados en las leyes especiales. Estas penas se agrupan en:

- ❖ **Privativa de libertad** (temporal y cadena perpetua)
- ❖ **Restrictiva de libertad** (expatriación y expulsión)
- ❖ **Limitativas de derechos** (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación) y
- ❖ **Multas.**

2.1.2.1 Pena Privativa de Libertad. - se trata de la restricción del derecho a la libertad de desplazamiento de la persona que ha sido encontrada judicialmente responsable de la realización de un comportamiento criminal mediante su

⁴⁷ Abanto Vásquez, Manuel; Dogmática, delitos económicos y contra la administración pública. Grijley. Lima 2014, pag. 114.

internamiento en un establecimiento penitenciario que es impuesta en calidad de castigo por un órgano jurisdiccional competente en razón de una resolución firme.

En contra de lo que le pudiera parecer al ciudadano medio, la pena de privativa de libertad posee un origen relativamente joven nos señala Avalos Rodríguez⁴⁸.

Es posible encontrar excepciones, pero de manera general, hasta fines del siglo XVII a la prisión únicamente se le reconocía funciones de aseguramiento de los sujetos durante el tiempo necesario para la realización del proceso o funciones instrumentales respecto del cumplimiento de aquellas restricciones de los derechos de las personas que eran consideradas como penas (mantener al imputado a disposición de las autoridades para la ejecución de las penas corporales).

Es recién en el siglo XIX que esta sanción llega a convertirse en la principal de las consecuencias jurídicas del delito, desplazando progresivamente a todas las demás sanciones criminales.

No obstante, su posición privilegiada dentro del catálogo de las sanciones, la pena privativa de libertad se encuentra sometida a duras y en buena parte, fundadas críticas, llegando los autores más radicales incluso a solicitar su abolición.

El principal cuestionamiento que se le ha dirigido es su falta de idoneidad para alcanzar el fin que legitima su existencia (la prevención del delito) en un grado que pueda calificarse de satisfactorio; por el contrario, los especialistas han demostrado que la cárcel opera como un importante factor criminógeno.

Creemos que se debe reconocer la trascendencia e importancia de los cuestionamientos que se dirige a la pena privativa de libertad, pero también se debe de reconocer que en el actual estadio de desarrollo de las sociedades occidentales es esta sanción la única a la que se puede recurrir para la lucha contra la criminalidad

⁴⁸ Avalos Rodríguez, Constante Carlos. Determinación Judicial de la Pena; Gaceta Jurídica; 1ra edición Junio 2015, pag. 82.

de alta gravedad y un importante instrumento para la lucha contra la criminalidad de gravedad media.

Frente a este panorama, una de las principales tareas del Estado es configurar la ejecución de las penas privativas de libertad de la manera que resulte menos lesiva para la dignidad de las personas humanas y más idónea para el logro de los fines que las sanciones criminales deben perseguir; lo que importa fundamentalmente en nuestro ordenamiento jurídico, configurar su ejecución de la manera que resulten menos desocializadora.

Pero, además, se requiere de una segunda tarea, de igual o quizás mayor importancia (en razón de las pocas posibilidades que tiene un estado tercermundista para organizar debidamente el cumplimiento de las sanciones en establecimientos penitenciarios que cuenten con las condiciones adecuadas), cual es restringir el uso de la cárcel, reservándola para los casos en que “no haya otra solución” (la pena privativa de libertad como ultima ratio).

En nuestro ordenamiento jurídico penal actualmente vigente se pueden distinguir dos clases de penas privativas de libertad: pena privativa de libertad temporal y cadena perpetua.

a) **Cadena perpetua.**- constituye una pena inhumana porque suprime para siempre la libertad de una persona negando radicalmente la humanidad⁴⁹. Privándole al hombre de un presupuesto ontológico-normativo de su calidad de persona humana.

Pero no solo eso, sino que además, como en la totalidad de las penas privativas de libertad de duración elevada, pasado un cierto tiempo de encierro (fijado generalmente por los criminólogos en quince años), se produce un deterioro

⁴⁹ Ferrajoli, Luigi; Ergastolo y derecho fundamental; pag. 299.

considerable en la personalidad del condenado, lesionándose de esta manera la intangibilidad de la persona humana⁵⁰.

De otro lado, se trata de una sanción que no puede compatibilizar con el principio de proporcionalidad, pues de inicio hace nulo cualquier intento por graduar la pena en función de la magnitud del hecho y la responsabilidad del sujeto. Del mismo modo, no puede compatibilizar con el principio de igualdad, que no solo exige tratar de igual manera los casos iguales, sino también de diferente manera los casos que son desiguales.

Pretende que se le imponga la misma sanción penal a todas las personas que hayan realizado el delito que la tiene como pena conminada, desatendiendo el hecho de que no todos los comportamientos poseen la misma gravedad ni toda culpabilidad por el hecho es del mismo grado.

En favor de la pena de encierro perpetuo se ha señalado que resulta necesaria, tras la abolición de la pena capital, para mantener en la población la conciencia del Derecho y el sentimiento de seguridad jurídica. Mediante su previsión en la ley, su imposición y su ejecución penitenciaria, queda patente a los ojos de todos que existen bienes jurídicos del más alto rango cuya vulneración dolosa representa un delito especialmente grave, que la comunidad jurídica reacciona con la exclusión permanente de la colectividad de las personas libres, y que en caso de extraordinario contenido del injusto y de la culpabilidad de un delito las consideraciones humanitarias ceden el paso a la prevención general⁵¹.

Sosteniéndose también en la doctrina que una renuncia plena a su empleo resulta imposible, pues los efectos psicológico-sociales den un paso en este sentido son difícilmente previsibles.

⁵⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte general Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1980. P. 115

⁵¹ Jescheck, Hans-Heinrich; Tratado de Derecho Penal. Parte general; trad. José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares – Granada 1993; pág. 696.

Que no se trata de una pena necesaria (en el sentido de irremplazable por una sanción de menor gravedad) para mantener en la población la consciencia del Derecho y el sentimiento de seguridad jurídica, y que no es cierto que resulte imposible una renuncia plena a su empleo, queda demostrado cuando se repara en que existen países que han prescindido de su inclusión en sus catálogos de consecuencias jurídicas del delito, sin que por ello se hayan visto afectadas de manera trascendentes las finalidades preventivas del sistema penal.

De otro lado, se ha señalado que no cabe impugnar la constitucionalidad de la prisión perpetua con base en que su ejecución atenta contra la dignidad humana, pues bien, si la prisión durante años produce en no pocos reclusos graves trastornos de la personalidad, esto sucede igualmente con las penas privativas de libertad de larga duración, tratándose por ello de un problema de todas las penas largas de privación de libertad.

Este argumento es falaz, nos indica Avalos Rodríguez, por cuanto la privación de libertad de por vida no puede dejar de representar un atentando contra la dignidad de la persona solo porque además de ella existen otras penas que importan una agresión a este valor fundamental, como las penas privativas de libertad de duración prolongada. En este caso, ambas penas representan un atentando a la dignidad humana y, por tanto, ambas resultan afectadas de inconstitucionalidad⁵².

El Tribunal Constitucional declaro en la Sentencia recaída en el Exp. N° 010-2002-AI/TC – Caso: Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos (dirigidos a cuestionar la legitimidad de la legislación nacional anti-terrorista), la inconstitucionalidad de la sanción de cadena perpetua como pena absoluta; lo que motivo que el Estado Peruano, mediante Decreto Legislativo N° 921 18-01-2003; incorporara el artículo 59°-A al código de ejecución penal, el cual

⁵² Avalos Rodríguez, Constante Carlos. Determinación Judicial de la Pena; Gaceta Jurídica; 1ra edición junio 2015, pág. 85.

prescribe que la pena de cadena perpetuo será revisada de oficio o a petición de parte cuando el condenado haya cumplido 35 años de pena privativa de libertad por el órgano jurisdiccional que impuso la condena.

En nuestro ordenamiento jurídico la cadena perpetua es una sanción que resulta claramente ilegítima. Entre las razones más importantes para llegar a esta conclusión se debe mencionar su contradicción con el principio de humanidad de las penas (que encuentra su fundamento en la dignidad de la persona humana), cuyo respeto se erige, por imperativo del artículo I de la Constitución en el fin supremo de la sociedad y el Estado.

- b) Pena Privativa de libertad temporal.** - El artículo 29º del código penal, señala que la Pena Privativa de Libertad temporal tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años.

Esta prescripción no es importante en calidad de cláusula que fija los topes dentro de los cuales el legislador ordinario debe ejercer el poder punitivo estatal en el momento de establecer la conminación legal de las penas privativas de libertad (función que cumplirá si se concluyese que el legislador no puede conminar penas superiores o menores a las máximas o mínimas habilitadas por el mencionado art. 29º), pues, en tanto se trata de una norma legal ordinaria, no existe el menor problema para que su contenido pueda ser contradicho en algún caso concreto (de acuerdo al principio de especialidad) o modificado, de manera general, por una norma de igual jerarquía.

La real función que cumple esta fijación de límites temporales es la de complementar el marco penal legal en los delitos en lo que el legislador únicamente ha fijado uno de los límites de la sanción conminada para cada delito particular. En estos casos resulta necesario recurrir a la cláusula general contemplada en el artículo 29º para determinar el máximo de sanción privativa de libertad que se podría imponer.

En la doctrina se han cuestionado los dos márgenes de temporalidad que se establece para la pena privativa de libertad; por un lado, se dice que treinticinco años es un tiempo demasiado prolongado y, por ello, nocivo para el logro de los fines de las sanciones penales; por otro lado, que dos días es un tiempo demasiado corto y, con ello, también y a su modo, nocivo para el logro de los fines de las sanciones penales.

Es así que se ha señalado como de singular importancia evitar las penas privativas de libertad de duración demasiado prolongada; no solo porque se trata de sanciones que se han comprobado como nocivas para los fines preventivos especiales de la pena, sino, sobre todo, porque comportan un ataque muy grave a la dignidad de la persona humana.

No pocas investigaciones criminológicas han demostrado que pasado un cierto tiempo de encierro se produce un deterioro considerable en la personalidad del condenado, lesionándose de esta manera la intangibilidad de la persona humana; razón por la cual sugieren deberían proscribirse las sanciones que signifiquen privación de libertad superior a los quince años.

En contra de las orientaciones científicas en referencia, la actitud del legislador nacional en los últimos años ha sido incrementar ostensiblemente el monto de las sanciones, quedando incluso cualquier tipo de relación de proporcionalidad entre el hecho y la sanción. Un sector de la doctrina también considera trascendental la lucha contra las penas privativas de libertad de corta duración (denominándose así a las sanciones que no superan los seis meses).

Habiendo llegado incluso a decir de Bramont Arias / Bramont-Arias Torres con exageración y clara inexactitud, que: “hoy nadie discute que las penas cortas no

desempeñan función alguna, ni de prevención general, ni de prevención especial y, muchas veces, ni siquiera llegan a ejecutarse”⁵³.

Entre los cuestionamientos a las penas cortas se señala que producen el desarraigo de la persona, al separarle de su entorno social más directo, de su familia, de su círculo de amistades y de su trabajo; que estigmatizan socialmente; que no permiten llevar a cabo un labor eficaz en relación a la prevención especial, es decir, en cuanto a la reeducación y reinserción social; que, más bien, si el delincuente es ocasional, pierde el temor a la pena; que con su ejecución, el sujeto queda expuesto a la influencia corrupta de los demás delincuentes; así como que representa una carga económica demasiado onerosa para el Estado⁵⁴.

En nuestro concepto, las penas privativas de libertad de duración inferior a seis meses no deben desecharse de plano, pues, en tanto se respete el principio de proporcionalidad, pueden ser útiles para la lucha contra ciertos sectores de la criminalidad, dada su fuerte eficacia intimidatoria sobre las personas socialmente integradas, frente a las cuales, por lo general, no tienen el temido efecto desocializador; así como, porque el efecto de shock que les es inherente puede generar positivos efectos preventivos-especiales⁵⁵.

Las penas privativas de libertad de corta duración no resultan como en el caso de las penas privativas de libertad excesivamente largas ilegítimas de por sí, pues las críticas que se le han dirigido cuando no son infundadas pueden superarse con una inteligente regulación legal de su imposición y ejecución. Lo trascendental es el uso que se haga de estas sanciones.

⁵³ Bramont Arias, Luis/Bramont-Arias Torres, Luis; Código Penal anotado, 4ta ed. Editorial San Marcos; pag. 269

⁵⁴ Boldova Pasamar, M. Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español, pág. 94-95.

⁵⁵ Jescheck, Hans-Heinrich; Tratado de Derecho Penal. Parte general; trad. José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares – Granada 1993; pág. 696.

En favor de nuestra posición anotaremos que no se puede esgrimir en su contra el desarraigo que produce en tanto este no es un factor que por sí mismo comporte ilegitimidad y, además, es un efecto de todas las penas privativas de libertad; que en su mayor medida la estigmatización social no se produce por el ingreso de la persona al establecimiento penitenciario en son de ejecución de una pena, dentro de ello, principalmente, por el proceso y la condena pública.

Avalos Rodríguez, indica que estudios científicos han demostrado que, en general, las penas privativas de libertad resultan inidóneas para lograr finalidades preventivo-especiales de reeducación o reinserción social, razón por la cual la doctrina señala como mínimo exigible que las penas no disminuyan el grado de sociabilidad que el sujeto tenía al momento de ingresar al centro penitenciario, lo que precisamente se encuentra garantizado cuando las penas cortas se aplican a personas que no tienen problemas de integración social y se ejecutan en condiciones que eviten cualquier posibilidad de contagio criminal⁵⁶.

Del mismo modo, que no resulta sostenible la afirmación de que si el delincuente es ocasional con una pena de prisión corta pierde el temor a la pena, esto sería cierto en cuanto se trate de sujetos socialmente marginados o que pretenden una carrera criminal, pero no frente a sujetos que se encuentran integrados en la vida social; que, si bien representa una carga económica onerosa para el Estado, la prevención de algunas de las formas de criminalidad que importan lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos más trascendentales (como, por ejemplo, la lesión o puesta en peligro de la integridad de la persona en el delito de conducción en estado de ebriedad) bien puede justificar dichos gastos.

2.1.2.2 Pena restrictiva de libertad. - Son aquellas que se encuentran regulado en el artículo 30º del código penal, que sin privar totalmente al condenado de su

⁵⁶ Avalos Rodríguez, Constante Carlos. Determinación Judicial de la Pena; Gaceta Jurídica; 1ra edición Junio 2015, pág. 91.

libertad de movimiento y permanencia en el territorio nacional, les imponen algunas limitaciones. Así tenemos que son:

- a) La expatriación, tratándose de nacionales.
- b) La expulsión del país, tratándose de extranjeros.

Ambas penas se ejecutan luego de que el condenado haya cumplido la pena privativa de libertad que también le fue impuesta en la sentencia. Se trata, por tanto, de penas conjuntas y de cumplimiento diferido.

Ahora bien, es de precisar que solamente la pena de expatriación tiene un límite de extensión y que es de 10 años, lo cual permite inferir que la pena de expulsión del país puede tener la condición de permanente y definitiva, aunque también puede quedar sujeta a un plazo de cumplimiento determinado.

2.1.2.3 Limitativas de derecho. - Están consideradas normativamente entre los artículos 31° a 40° del Código Penal. Estas sanciones punitivas limitan el ejercicio de determinados derechos económicos, políticos y civiles, así como el disfrute total del tiempo libre. Son de tres clases:

- ❖ **Prestación de servicios a la comunidad.** - Es una pena que tiene escasos precedentes en nuestro país, pues ni el Código Penal de 1863 ni el de 1924 la incluyeron como sanción y únicamente se le aplicaba como una medida sustitutiva de la prisión que se imponía al condenado que no cumplía con la pena de multa. Corresponde a las llamadas formas de trabajo correccional en libertad, y puede ser aplicada de modo directo o también de modo sustitutivo. En este último caso, ella reemplazará a una pena privativa de libertad no superior a cuatro años, evitando así que el condenado sea recluido en un establecimiento penitenciario.

La pena de prestación de servicios a la comunidad es una forma de trabajo correccional en libertad y está dirigida a formas de delincuencia de escasa peligrosidad.

El condenado queda obligado a prestar gratuitamente, los fines de semana, servicios y labores a favor de la comunidad. ellos pueden ser manuales, intelectuales o incluso artísticos.

La pena puede extenderse desde 10 a 156 jornadas semanales (alrededor de 3 años de ejecución).

La pena en sí consiste en la realización por el penado de trabajos manuales, intelectuales o artísticos, los cuales debe cumplir gratuitamente y en sectores o servicios de apoyo social o comunitario como centros de salud, obras comunales o parroquiales, orfanatos, etc. En todo caso, el trabajo debe ser adecuado a la capacidad personal y aptitud física del condenado.

La prestación de servicios a la comunidad se cumple los días sábados y domingos, en jornadas de diez horas semanales. De modo excepcional la jornada de prestación de servicios puede cumplirse en días útiles, por ejemplo, si el sentenciado desea descontar su pena durante su período de vacaciones.

El Código Penal considera la aplicación de este tipo de penas para infracciones penales de escasa gravedad como el delito de injuria (Artículo 130°) o para las faltas contra el patrimonio (Artículo 445°).

- ❖ **limitación de días libres.** - Es una pena que carece de antecedentes en nuestro sistema legal. Consiste en la obligación que se impone al condenado de asistir los días sábados, domingos y feriados a un establecimiento

especial, cuyas características deben ser distintas de las de un centro penitenciario y que debe organizarse en función de fines educativos.

El sentenciado a este tipo de sanción deberá permanecer en el establecimiento señalado un total de 10 a 16 horas por semana. La extensión de la pena comprende un mínimo de 10 y un máximo de 156 jornadas de limitación semanales.

Durante su estancia semanal, el condenado deberá participar en sesiones y dinámicas de carácter educacional o psicológico, y que resulten idóneos para su rehabilitación personal. Al igual que la pena de prestación de servicios a la comunidad, la de limitación de días libres puede aplicarse también como pena sustitutiva de penas privativas de libertad no mayor de cuatro años.

- ❖ **inhabilitación.** - La pena que ahora comentamos puede ser impuesta como pena principal o accesoria. Esto es, se le puede aplicar de modo exclusivo al autor de un delito, o también como una pena complementaria a una pena privativa de libertad. Ahora bien, se aplica una inhabilitación accesoria si el autor del delito ha infraccionado un deber especial derivado de su posición funcional, familiar, profesional o laboral; o, también, si él ha cometido un delito culposo de tránsito (Artículos 39° y 40° C.P.).

Fuera de tales supuestos la inhabilitación se aplica como pena principal, aunque en varios delitos como los cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública (Artículos 376° a 426° C.P.), ella puede aplicarse conjuntamente con una pena privativa de libertad.

El condenado a una pena de inhabilitación no puede ejercer los derechos o los cargos y facultades que el Juez le precise en la sentencia. El artículo 36° del Código Penal detalla las distintas limitaciones que genera la inhabilitación, y entre las que destacan la incapacidad para desempeñar

funciones públicas o determinadas profesiones u ocupaciones, así como la suspensión para portar o hacer uso de arma de fuego.

La inhabilitación como pena principal puede extenderse hasta por cinco años, mientras que en el caso de una inhabilitación accesoria su duración será igual a la que corresponda a la pena principal.

2.1.2.4 Pena de multas. -

Su base legal se encuentra entre los artículos 41° a 44° del Código Penal. Es la pena pecuniaria y afecta al patrimonio económico del condenado. La multa implica el pago de una cantidad de dinero que el condenado debe realizar a favor del Estado, por haber sido autor o partícipe de un hecho punible. Es importante distinguir que la multa es una pena de condición patrimonial y no una indemnización para la víctima del delito como lo es la reparación civil.

La pena de multa se extiende entre 10 y 365 días-multa como mínimo y máximo genéricos, respectivamente. El importe total de la multa debe ser pagado dentro de 10 días de pronunciada la sentencia. La ley autoriza que, a solicitud del condenado, el monto total de la multa sea abonado mediante un pago fraccionado. El juzgador podrá ordenar que el monto de la multa sea descontado directamente de la remuneración del condenado, sin afectar los recursos indispensables para su sustento y el de su familia.

En el Perú la multa se cuantifica a partir de una unidad de referencia abstracta que se conoce como día-multa, y además en atención al volumen personal de rentas que percibe el condenado diariamente.

Ahora bien, la definición específica del monto de dinero que deberá pagarse como importe de la multa, se obtiene a través de un procedimiento especial que analizaremos en una próxima unidad lectiva.

De momento sólo es de mencionar para cada delito en particular se fija un determinado número de días-multa, el cual será mayor o menor según la gravedad del hecho punible. En todo caso, el mínimo de esta pena es de diez días-multa y el máximo de 365 días-multa.

Cabe anotar que la ley establece un plazo de 10 días para que el condenado pague la multa, aunque se prevé la posibilidad de que el importe se abone de modo fraccionado a través de cuotas mensuales o también con un descuento directo sobre la remuneración del sentenciado (Artículo 44°).

La pena de multa se aplica a delitos de escasa o mediana gravedad como la calumnia (artículo 131°), la publicidad engañosa (artículo 238°), o la receptación patrimonial (artículo 194°).

2.1.3 Principios Jurídicos de la Pena

Un estado de derecho debe proteger al individuo no solo de las conductas prohibidas por el derecho penal, sino también del propio derecho penal. En este sentido no deja de tener razón Silva Sánchez, al señalar que la finalidad del derecho penal, es reducir tres tipos de violencia: la delictiva, la informar y la estatal⁵⁷.

Para limitar el uso de la violencia estatal, resulta necesario que la actividad sancionadora del Estado se someta a ciertos controles que evitan su ejercicio arbitrario. El desarrollo científico del Derecho Penal de los últimos doscientos años, ha estado dirigido precisamente a dar forma jurídica a estos controles. En efecto, la doctrina penal se ha ocupado de traducir el *jus puniendi* del Estado en el concepto dogmático de Derecho Penal subjetivo, para someterlo así a una serie de intereses infranqueables.

Esta labor doctrinal ha encontrado la debida respuesta en el plano legislativo, en donde se han reconocido expresamente un conjunto de límites al poder punitivo del

⁵⁷ Obra cita por García Caveró, Percy. Las clases de penas en el código penal; Gaceta penal, T. 5, Nº 7 2009.

Estado, agrupados en las llamadas garantías jurídico-penales. El Perú, no ha sido ajeno a esta línea de desarrollo y puede apreciarse que tanto en la constitución como en el Código Penal se ha producido un reconocimiento expreso de los principios informadores de la actividad punitiva del Estado.

Dentro de las garantías jurídico-penales que deben observarse en la configuración del Derecho Penal sustantivo, nos interesa destacar aquí aquellas que se refieren a la sanción penal. El legislador y, en su momento, el Juez no pueden reaccionar frente a la realización de un hecho delictivo de cualquier manera. Existe un conjunto de principios jurídicos-penales que afectan la previsión legal de las penas.

En lo que sigue, nos ocuparemos de precisar cuáles son esos principios, así como las consecuencias que su reconocimiento legal tiene en el sistema de penas, reconocidos por nuestro código penal.

2.1.3.1 Principio de legalidad.

Conforme al principio de legalidad en el área penal, el sistema declara que conocerá y tramitará de igual manera todos los delitos que se cometan. Obviamente, esto no es más que una mera declaración. Todos sabemos que hay casos y casos, aquellos que se investigan acuciosamente y que generalmente terminan por ser resueltos y aquellos que simplemente duermen en un anaquel y que se hace como que se investigan.

El Principio de legalidad se encuentra reconocido por la Constitución Política en su artículo 2º inciso 24 literal d); y, por el artículo II del título preliminar del código penal. En virtud de este principio, nadie puede ser sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de la comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella.

De esta forma, la previsión legal del delito y la pena garantiza al ciudadano la imparcialidad del Estado, evitando que la actividad punitiva de este último pueda estar cargado de subjetividades o de intereses políticos o estratégicos. En un Estado de derecho, el ordenamiento jurídico no solo debe ser observado por los ciudadanos, sino también por el propio Estado.

Una de las principales manifestaciones del principio de legalidad, es el llamado mandato de certeza o determinación, según el cual la ley penal debe fijar de manera clara la conducta constitutiva del delito y la pena a imponerse en caso de realización del hecho delictivo. En cuanto a la pena, el mandato de certeza exige la previsión legal de las penas, de manera tal que no se puede imponer pena distinta a la prevista por ley.

El artículo 28 del código penal hace, en esta línea, una primera delimitación legal, en la medida que establece las diversas clases de penas que el legislador puede prever para los delitos de la parte especial. Se trata, por lo tanto, de una norma que asume un sistema de *numerus clausus* de las clases de penas, de manera que un delito no puede castigarse con una clase de pena distinta a las previstas en el artículo 28° del código penal.

En este sentido, este artículo del código penal no constituye una norma superficial de carácter puramente declarativo, sino, más bien, expresión del mandato de certeza derivado del principio de legalidad. La previsión de pena hecha por el legislador para cada delito de la parte especial, así como la posterior determinación judicial de la pena, no pueden rebasar el límite general impuesto por el artículo 28° del código penal.

2.1.3.2 Principio de proporcionalidad.

También se le conoce como principio de prohibición de exceso o de la pena justa. Esta política penal de origen retribucionista, y muy ligada a la noción

clásica de culpabilidad, demanda que la pena debe guardar relación con el grado de responsabilidad del agente, con la magnitud del daño ocasionado y con la trascendencia del bien jurídico lesionado.

Por consiguiente, la definición y aplicación de sanciones penales debe guardar una equivalencia razonable, en sus dimensiones cualitativas o cuantitativas, con el tipo de delito cometido, con las circunstancias de su realización y con la intensidad del reproche que cabe formular a su autor

La previsión legal de la pena, debe atender también al principio de proporcionalidad, según el cual entre el hecho punible y la pena debe existir una relación valorativa de proporcionalidad. Si bien este principio no se encuentra reconocido de manera expresa en nuestra constitución, el Tribunal Constitucional ha derivado de la idea del debido proceso material, reconocido en el artículo 139° inciso 3 de la constitución, la necesidad de una razonabilidad y proporcionalidad entre el hecho y la sanción⁵⁸.

Esta conclusión ha dado pie para poder afirmar que el principio de proporcionalidad encuentra perfecto asidero en los valores que informa la constitución⁵⁹. Tal parecer resultaría confirmar por el artículo VIII del título preliminar del código penal, que recoge este principio como elemento informador en la imposición de la sanción penal.

Percy García Caveró, señala en la doctrina penal se distingue una proporcionalidad abstracta de una proporcionalidad concreta. La proporcionalidad abstracta tiene lugar en la creación de las leyes penales y

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 061-2002-AA/TC del 21 de octubre de 2002.

⁵⁹ Bramont Arias. "Los principios rectores del nuevo código penal. Título Preliminar". En Derecho N° 46 (1996), pag 26, deriva del reconocimiento constitucional de este principio de la prohibición de torturas y tratos inhumanos o degradantes. Una fundamentación completa defiende Aguado Correa. "El Principio de proporcionalidad en el Derecho Penal. Madrid 1999, pag 134; Castillo Alva. "Principios de Derecho Penal. Parte general, Lima 2002, pag 295 y s; apelando a la protección constitucional de la dignidad humana y la idea del Estado de Derecho.

exige que el castigo penal se haga con un tipo de pena y en una cantidad tal que resulten proporcionales al hecho lesivo previsto en el tipo penal⁶⁰.

Por su parte, la proporcionalidad concreta de las penas se presenta en el nivel judicial, en donde el Juez Penal debe determinar la concreta sanción penal que debe imponer al autor del hecho, moviéndose para ello dentro del marco dado por la ley penal.

El respeto de estas dos manifestaciones de la proporcionalidad requiere que tanto en la actuación legislativa como en la judicial se tenga a disposición criterios adecuados para determinar la proporcionalidad entre el hecho delictivo y la pena.

Es en el contexto de las ideas arriba mencionadas que el artículo 28° del código penal adquiere significación. Este artículo proporciona un marco de valoración para el juicio de proporcionalidad abstracta. De las diversas clases de pena previstas en el mencionado dispositivo penal, parece indiscutible que la pena privativa de libertad constituye la clase de pena más grave, de manera tal que el legislador penal deberá reservar para los casos más graves.

En ese sentido, el juicio de gravedad para determinar la proporcionalidad de la Pena deberá enmarcarse necesariamente en este marco, no pudiendo el legislador o el juez recurrir a penas más onerosas, aunque la gravedad del hecho sea extrema. Los parámetros de la gravedad de la pena deben ajustarse necesariamente a las clases de penas contempladas en el artículo 28° del código penal.

2.1.3.3 Principio de Resocialización.

El título IX del título preliminar del código penal, establece que una de las funciones de la pena es la resocialización. A pesar de la claridad de la

⁶⁰ García Caveró, Percy. Las clases de penas en el código penal; Gaceta penal, Tomo 5, Nº 7 año 2009.

formulación legal, resulta difícil considerar que la resocialización sea el fin legitimante del derecho penal. La pena, por si misma, no puede generar efectos resocializadores, como lo ha demostrado suficientemente la experiencia de las tendencias resocializadoras en Estados Unidos y en países escandinavos⁶¹. Por esta razón, resulta más adecuado entender que la resocialización o readaptación del delincuente es solo una garantía, es decir, una posibilidad que se le ofrece al condenado, pero no lo que legitima la existencia del Derecho Penal.

En ese sentido, la pena debe prestar las condiciones para la readaptación del condenado, o favorecer su no de-socialización, pero no sustenta su legitimidad en la consecución de este fin. Hay que recordar que las normas penales no pueden legitimar la incidencia en la personalidad del ser humano, obligándolo a pensar y actuar de una manera determinada, por más que se apunte con ello solamente a su resocialización⁶².

Siendo la resocialización de la pena una garantía de la actividad punitiva, resulta lógico que el legislador penal no puede recurrir a penas que nieguen esta posibilidad. En este sentido, se encuentra plenamente justificado que el artículo 28° del código penal, no considere a la pena de muerte como una clase de pena, ya que la pena capital niega toda posibilidad de resocialización del delincuente.

Esta misma crítica podría formularse también a la cadena perpetua con la cadena perpetua con la que, por el contrario, si se castiga ciertos delitos graves en nuestra legislación penal. Una pena intemporal no se condeciría con la finalidad resocializadora de la pena. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional, no ha considerado que la cadena perpetua sea por si misma

⁶¹ Villa Stein, Javier. "Revista de derecho y ciencias políticas", Nº 51 y 52 (1994-1995) pag. 118

⁶² Bustos Ramírez, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte general", 3ra edición, Barcelona, 1989, pag 29. En la sentencia del Tribunal Constitucional Exp. Nº 010-2002-AI/TC, del 03-01-2003; "el carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponer una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores, a lo mejor, puede no compartir."

inconstitucional, sino que solamente lo será cuando niegue toda posibilidad de liberación del condenado⁶³.

En este sentido, la cadena perpetua podrá considerarse una clase de pena acorde con el principio de resocialización de las penas, siempre que se prevean mecanismo temporal de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal. El artículo 59°-A del código de ejecución penal, va precisamente en esta línea, al recoger la revisión de la pena de cadena perpetua cuando el condenado haya cumplido 35 años de pena privativa de libertad.

2.1.3.4 Principio de Humanidad de las Penas.

El artículo 1 de la constitución política, establece el respeto a la dignidad humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado. A partir de esta norma constitucional se ha desarrollado el llamado principio de humanidad de las penas en el derecho penal, según el cual se deben excluir del espectro de reacciones penales, aquellas especialmente denigrantes o desintegradoras, como sería el caso de las torturas o los trabajos forzados.

Nuestro código penal se adhiere a esta tendencia humanizadora de las penas, como puede inferirse de la lectura del artículo 28° del código penal, en donde las clases de penas previstas no se muestran, por si mismas, como especialmente desintegradoras. Si bien la admisión de la cadena perpetua ha sido cuestionada desde el punto de vista de la dignidad de las penas, debe reconocerse que en la medida que deje abierta la posibilidad de una reinserción social, no existiría asidero para este tipo de cuestionamiento.

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. Nº 010-2001-AI/TC, del 13-01-2003: “sin embargo, el tribunal constitucional no considera que la inconstitucionalidad de la cadena perpetua lo autorice a declarar la invalidez de la disposición que la autoriza, pues ciertamente tal incompatibilidad podría perfectamente remediarse si es que el legislador introdujese una serie de medidas que permitan que la cadena perpetua deje de ser una pena sin plazo de culminación

Este principio sostiene que el Estado no puede diseñar, aplicar ni ejecutar sanciones penales que afecten la dignidad de la persona, ni que dañen la constitución psicofísica de los condenados. Por tanto, mucho menos se pueden incluir penas que destruyan la vida de las personas. En ese sentido afirma Castillo Alva: “El principal cometido del Principio de Humanidad es reducir la violencia estatal, conduciendo la configuración y aplicación de las penas, según criterios razonables. No solo se busca, con ellos, reducir el quantum o marco penal de las sanciones, sino, además, determinar la clase de pena a crear e imponer, adecuándola a la humanidad del hombre. En base al principio de humanidad es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias, como las que comprometen la vida del sujeto”.⁶⁴

Asimismo, este principio demanda que los centros de reclusión y detención, así como el procesamiento penal no constituyan riesgos de deterioro o de lesión para el interno o detenido. Materialmente el Principio de Humanidad es pues, un límite a las penas crueles o a las penas de muerte y de prisión indeterminada o perpetua, además impone al Estado la obligación de esforzarse por dotar a su infraestructura carcelaria de los medios y recursos mínimos que impidan que el interno sufra vejámenes o que se desocialice paulatinamente.

El Principio de Humanidad se encuentra reconocido formalmente en los literales g) y h) del inciso 24 del artículo 2º; inciso 21 y 22 del artículo 139º de la Constitución de 1993.

2.1.4 Fines de la Pena en Nuestro Sistema Penal.

La Pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora, conforme al artículo IX del Título Preliminar del Código Penal⁶⁵.

⁶⁴ Castillo Alva, José Luis “Principios del Derecho Penal” Ed. Gaceta Penal, 2002, pag. 348

⁶⁵ R.N Nº 432-2002-Tacna 06-01-2003.

Es claro que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el “régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”, en armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

Se trata, naturalmente, de un principio constitucional-penitenciario, que no por su condición de tal, carece de eficacia. Comporta, por el contrario, un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la Pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones como se ejecutaron las penas o, por lo que ahora importa rescatar, al establecer el quantum de ellas y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos.

Desde esa perspectiva, el inciso 22 del artículo 139° de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el quantum de la pena; en efecto, cualquiera sea la regulación de ese quantum o las condiciones en la que esta sea de cumplir, ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencia “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación”, del penado a la sociedad.⁶⁶

El Tribunal Constitucional considera que estos principios (de rehabilitación, reeducación e reincorporación) suponen, intrínsecamente, la posibilidad de que el legislador pueda autorizar que los penados, antes de la culminación de las penas que le fueron impuestas puedan recodar su libertad si los propósitos de la pena hubieran sido atendidos. La justificación de las penas privativas de libertad, en definitiva, proteger a la sociedad contra el delito. Tal protección solo puede tener sentido, “si se aprovecha de privación de libertad para lograr, en lo posible que el delincuente

⁶⁶ STC N° 0010-2002-AI.

una vez liberado solo queda respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo”.

El artículo IX del Título Preliminar, es una norma rectora destinada a poner de manifiesto el sentido de la sanción que tiene por finalidad, resocializar al delincuente, y tratar de rehabilitarlo⁶⁷.

Se debe ser coherente con la finalidad teológica, ya que la pena sirve para la reinserción social del encausado que es en definitiva lo que se pretende en concordancia con lo dispuesto en el artículo 139° inciso 22 de la Constitución Política del Estado, que establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

2.2 La Conversión de la Pena

El código vigente establece la conversión como medida de reemplazo, en función de intercambiar la pena privativa de libertad por una pena de multa o por una pena de prestación de servicios a la comunidad, o por una pena de limitación de días libres; es decir, hay tres opciones para intercambiar, vía la conversión, la pena privativa de libertad impuesta en una sentencia condenatoria con carácter efectivo.

La conversión de penas privativa de libertad se rige por lo dispuesto en los artículos 52° a 54° del código penal.

2.2.1 Regulación Legal

La institución jurídica de conversión de la pena se encuentra regulada en el artículo 52° del código penal, que establece “En los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el juez podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, o la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad, o limitación de días libres, a razón de un día de privación de libertad por un día de

⁶⁷ RN N° 1688-92, 04-12-1992.

multa, siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres.

Al igual que la sustitución de las penas, la conversión de estas es una medida que corresponde a las de reemplazo o conmutación. Consiste en conmutar la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia por una sanción de distinta naturaleza⁶⁸. La conversión de la pena, permite reemplazar la pena privativa de libertad por una de otra clase⁶⁹. En buena cuenta constituye una forma de conmutación de sanciones.

El artículo 52° del código penal, fluye que el momento jurídico adecuado para efectuar la conversión de la pena sería al expedir sentencia. La interpretación antes indicada es la adoptada en el V Pleno Jurisdiccional Penal Nacional realizada en la ciudad de Chiclayo, realizado en el año 2000, donde se indica cómo Acuerdo Primero del Tema 3: Conversión y sustitución de penas: “por consenso, ratifica el punto sexto del acuerdo plenario N° 4/99, en el sentido de que la conversión de una pena privativa de libertad en otra de multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres solo puede hacerse en la sentencia y no en ejecución de la misma. En el fallo debe fijarse la pena impuesta y a continuación debe acordarse la conversión....”⁷⁰.

Cuál es la razón de esta norma, su explicación reside en prescindir de la pena privativa de libertad debido a su carácter innecesario y en evitar sus efectos perniciosos para el penado, tal como expresa Peña Cabrera Freyre: “... mediante el sistema de conversión de penas el código adopta una posición en consonancia con el fin de prevención especial, de evitar la aplicación de una corta pena de privación de la libertad, que implicaría el desarraigo social y la desvinculación de la familia, sustituyéndola por una pena de menor contenido aflictivo”⁷¹.

⁶⁸ Hurtado Pozo, José – Prado Saldarriaga, Víctor. Manual de Derecho Penal, parte general; Tomo II, 4ta edición, Idemsa, Lima, 2011, pag. 360.

⁶⁹ Prado Saldarriaga, Víctor, citado por García Caveró, Percy. Derecho Penal, parte general, 2da edición, Juristas, Lima, 2012, pag. 863.

⁷⁰ www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7ea30700 “centro de investigaciones judiciales del Poder Judicial”.

⁷¹ Peña Cabrera Freyre, Alonso. Derecho Penal, parte general. Rodhas, Lima – 2007, pag. 1036.

Del texto se puede extraer sin problemas que el momento jurídico adecuado para efectuar la conversión de la pena, es al expedir sentencia. Pero, ¿es jurídicamente posible ordenarse la conversión de la pena en la fase de ejecución de la sentencia? En las líneas siguientes se desarrollará si puede admitirse o no dicha posibilidad.

2.2.2 El momento de aplicación de la conversión de la Pena

Es necesario conocer los motivos que inspiraron a la elaboración del artículo 52° del código penal, los cuales se encuentran en la propia exposición de motivos de dicho cuerpo normativo de 1991, que al respecto expresa:

“La Comisión Revisora, a pesar de reconocer la potencia criminógena de la prisión, considera que la pena privativa de libertad mantiene todavía su actualidad como respuesta para los delitos que son incuestionablemente graves. De esta premisa se desprende la urgencia de buscar otras medidas sancionadoras para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad, o que han cometido hechos delictuosos que no revisten mayor gravedad. Por otro lado, los elevados gastos que demandan la construcción y sostenimiento de un centro penitenciario, obligan a imaginar nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectivas.

La comisión revisora permite que la pena sea sustituida, en los casos expresamente indicados, por otras formas de sanciones que no importen recortar la libertad ambulatoria.

Así también, considera la densa población carcelaria, los efectos perniciosos de la prisión y la escasez de recursos públicos para cubrir las elementales necesidades que exige el respecto de la condición humana.

El II Pleno Jurisdiccional de Sullana, establece la secuencia lógica de la construcción teórica que sirve de sustento a la institución procesal de conversión de la pena, parte

del reconocimiento de la potencia criminógena de la pena privativa de libertad para los delitos que son incuestionablemente graves, en tanto que para los delincuentes de poco peligrosidad, o que han cometido hechos delictuosos que no revisten mayor gravedad, deberían ser aplicables otras formas de sanciones que no signifiquen el internamiento del condenado en un establecimiento penitenciario en sintonía con el principio de proporcionalidad de las sanciones penales reconocidos en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal⁷², amén de ser una realidad nacional constante en el tiempo, la densa población carcelaria, los efectos perniciosos de la prisión y la escasez de recursos públicos para cubrir las más elementales necesidades que exige al respecto la condición humana⁷³.

Entonces, teniendo en cuenta los efectos negativos de la prisión, la sobrepoblación de los centros penitenciarios y la escasez de los recursos públicos para cubrir las necesidades de los internos, y en atención también al concreto comportamiento del condenado tendiente a su rehabilitación, se permite que la pena en ejecución sea sustituida por una menos lesiva⁷⁴, en situaciones expresamente previstas en la ley, tal es el caso de los beneficios penitenciarios que permiten la libertad anticipada.

2.2.3 Revocación de la suspensión de la Pena.

Usualmente, en toda audiencia donde se discute la revocación de la suspensión de la pena, se esgrime como argumento lo dispuesto en la Constitución en su artículo 2.24.c), que prescribe: *“No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios”*.

⁷² Art. VIII Título Preliminar del Código Penal “La Pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rígue en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente del delito. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominante”.

⁷³ II Acuerdo Jurisdiccional Distrital en Materia Penal de la Corte Superior de Justicia de Sullana, suscrito el 19-11-2012.

⁷⁴ De la interpretación de los artículos 52º del CP y 491.1 del CPP, se puede extraer que la conversión procede en dos momentos, al expedir sentencia y al momento de ejecutarse la sentencia. Esta opinión es compartida por Sánchez Velarde, que sobre las características importantes de la ejecución, estima: “todos los incidentes que se formulen sobre la modificación de la Pena (conversión, revocación de la conversión de penas, revocación de la condena condicional, de la reserva del fallo condenatorio y la extinción o vencimiento de la Pena) serán resueltos por el Juez previa audiencia de las partes y en el término de 5 días”; Sánchez Velarde, Pablo, Introducción al nuevo Proceso Penal; Idemsa, Lima 2005, pag. 154.

Efectivamente, no existe prisión por deudas al estar proscrita esa práctica en nuestro sistema legal, a excepción, claro está, de las deudas generadas por obligaciones alimentarias.

Sin embargo, cuando se revoca la suspensión de la pena, esta se produce por el desdén, menosprecio, indiferencia o desinterés del sentenciado ante el mandato ordenado por el juez mediante sentencia. La cuestión de la deuda alimentaria propiamente queda resuelta por la sentencia impuesta por el juez de juzgamiento obsérvese que una alternativa posible es denunciar al sentenciado por el tipo penal de desobediencia a la autoridad, pero el sistema ha preferido la existencia de la revocación de la suspensión de la pena en aplicación de los principios de economía y concentración procesal.

Siendo así, se le retira la confianza al condenado que el juez le concedió con la esperanza de que muestre su resocialización mediante el cumplimiento de las reglas impuestas. No se trata del pago de los montos, se trata de la falta de intención de cumplir. El sentenciado sin empleo o insolvente deberá acreditar esa condición en audiencia, y si la única regla de conducta no cumplida es el pago de la reparación civil, seguramente no será revocada su suspensión de pena.

Cuando se acepta la interpretación de que el pago de la reparación civil o los alimentos devengados es la condición fundamental para la libertad del sentenciado, cuya suspensión de pena se revocó, no se hace otra cosa que institucionalizar de manera perversa la vedada práctica de usar la revocación de la pena como una medida de presión para que el sentenciado pague lo adeudado.

En la práctica, la comunidad percibe el hecho de la siguiente manera. Si hay dudas por parte de los justiciables de que la revocación se haya producido por el no pago de los alimentos y la reparación civil, al conceder la libertad con la única constatación del pago pendiente, se confirma lo que la colectividad venía sospechando: el

sentenciado fue preso por la deuda (por el no pago de lo señalado como regla de conducta) y la prisión se usó como medio de presión para conseguir este pago.

Esta práctica atenta definitivamente contra las normas más básicas de protección de los derechos fundamentales y, por tanto, debería ser definitivamente proscrita, puesto que la revocación de la suspensión de la pena privativa de libertad se produce, por el menosprecio a lo dispuesto por el juez mediante sentencia firme expedida en un proceso oral, público y contradictorio. Esto debería desalentar la mala praxis de esperar hasta el último momento (la reclusión inclusive) para recién cumplir con las obligaciones impuestas por la sentencia.

Se sabe que en los distritos donde se aplica la libertad anticipada (como institución autónoma) se argumenta que esta solo sería posible para los casos de omisión de asistencia familiar, sin embargo, se olvida que cuando el juez de ejecución resuelve la revocación de la suspensión de la pena, se limita a aplicar y hacer efectivos los apercibimientos del juez del juzgamiento.

Fue el juez de juzgamiento el que en una resolución debidamente motivada determino el grado de responsabilidad del sentenciado y la sanción aplicable. Entonces, ¿cuál sería el presupuesto para establecer una diferenciación entre los sentenciados por omisión de asistencia familiar y los sentenciados por otros delitos? No existe norma alguna que autorice este proceder, no se puede hacer distinción donde la ley no la ha impuesto. Además, la finalidad primigenia del proceso de omisión a la asistencia familiar se agota con el dictado de la sentencia.

En ejecución, y en aplicación del artículo 59° del código penal, lo que se discute ya no es la finalidad especial de este proceso en particular, sino el fin general de todo proceso: Que los términos de la sentencia se cumplan conforme a lo estipulado expresamente en ella.

De otro lado, no existe garantía alguna de que dispuesta la “libertad anticipada”, el sentenciado cumpla con pagar las pensiones de alimentos ordenadas en el proceso civil. De hecho, sucede a menudo que los sentenciados no pagaron sino hasta que se dispuso la revocación o fueron internados en el penal, pese a los constantes requerimientos, es decir, su situación resulta de su propio incumplimiento, si es que no de su capricho.

Puestas así las cosas, persiste la idea de que la libertad concedida no garantiza el cumplimiento de las pensiones pendientes ordenadas por el juez civil en el proceso correspondiente y que hace alusión el sentenciado como argumento para ser favorecido con la libertad.

En los casos de omisión de asistencia familiar, y sin perjuicio de lo desarrollado previamente, es necesario que quien pretenden la aplicación de la libertad anticipada realicen una debida ponderación del interés superior del niño, sea como institución autónoma o como consecuencia de la conversión de penas.

Buena parte de las personas que conforman la población penitenciaria tiene hijos que mantener. Formular el criterio de ponderación de que el interés superior de los menores alimentistas per se genera un presupuesto de libertad de un sentenciado, vulnera en primer lugar el principio de inmutabilidad de cosa juzgada y lo que no es menos importante permitiría que por los mismos fundamentos los sentenciados por otros delitos también formulen la misma pretensión de libertad anticipada bajo las mismas reglas: el interés de las personas que de él dependen. Finalmente el juez no puede distinguir donde la norma no hace distinciones.

2.2.4 La Cosa Juzgada

La garantía de la cosa juzgada, como parte integrante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, comprende el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. En el mismo sentido, Cubas (2009), afirma “es el principio de cosa

juzgada en virtud del cual una resolución judicial firme, sentencia o auto de archivo, es inalterable”⁷⁵.

De lo afirmado se puede colegir que la existencia del delito, la responsabilidad penal del condenado y la declaración de la sentencia quedan intactas e inmodificables, esta es la garantía de la cosa juzgada. Sin embargo, por razones de política criminal, el legislador a través de la institución de la conversión de la pena, permite que el condenado pueda obtener su libertad anticipada antes del plazo ordinario de la pena privativa de libertad.

Esto se debe a lo que busca esta institución es precisamente afirmar el fin de la pena, que es la resocialización y reincorporación del penado a la sociedad, previa satisfacción de la reparación civil y el pago de los devengados a favor de la víctima fijada en la sentencia.

Esta misma opinión es compartida por los jueces de la corte superior de justicia de La Libertad, al considerar: “solo debe mantenerse tal pena en la medida que permanezca inalterada la situación que constituyo el soporte respecto del cual se adoptó pero si los presupuestos varían en la ejecución de la pena por concretos comportamiento del condenado pendiente a su rehabilitación y solución del conflicto jurídico que dio origen a su condena, resulta hasta imperativo que disponga su cese y libertad inmediata (...)”⁷⁶.

Y concluye manifestando que: “(...) independientemente que se reemplace con otra pena que sirva de reforzamiento a la interiorización de la negatividad de su conducta criminal pasada y la reconducción de su comportamiento futuro con respecto a los derechos individuales y colectivos, lo que puede lograrse con la conversión de la pena en cárcel a otras que favorezcan su cumplimiento en libertad como las penas alternas de multa, prestación de servicio a la comunidad o de limitación de días libres”.

⁷⁵ Cubas, V. (2009), *El nuevo proceso penal. Teoría y práctica en su implementación*. Lima, Palestra editores.

⁷⁶ Exp. Nº 984-2008; Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, Corte Superior de Justicia de La Libertad

No le falta razón al magistrado supremo provisional Morales Parraguez, quien manifiesta en su voto discordante lo siguiente: “(...) se cuestiona que al conceder dicha libertad se estaría vulnerando la “cosa juzgada”, siguiendo dicho argumento tendríamos que al concederse algún tipo de beneficio penitenciario también se vulneraría la cosa juzgada, afirmación que carece de asidero legal en virtud del principio pro homine”.⁷⁷

Según lo dicho, al aplicarse la conversión de la pena, no se está vulnerando la garantía de la cosa juzgada. La sentencia queda inalterada, pero, al igual que los beneficios penitenciarios, el condenado puede salir en libertad antes de que se cumpla la pena, esto por fines constitucionales como legales previstos en nuestro ordenamiento.

2.2.5 Libertad Anticipada

Como ya se ha hecho referencia, la institución de la “conversión de la pena” consiste en la sustitución de una pena privativa de libertad por la aplicación de otras sanciones que se estimen idóneas para alcanzar el fin de prevención especial de la pena; sanciones que pueden ser penas de multa, de prestación de servicio a la comunidad o de limitación de días libres.

En este tenor, lo que la norma busca es recurrir a la pena privativa de libertad como ultima ratio, es decir, limitar la aplicación o ejecución de penas privativas de libertad de corta o mediana duración.

La libertad anticipada es una consecuencia de la conversión o reconversión de penas. Si bien es cierto que el artículo 491°.3 del código procesal penal del 2004, genera una serie de interpretaciones sobre el incidente relativo a la libertad anticipada diferente a los beneficios penitenciarios de semi libertad y liberación condicional, tendríamos

⁷⁷ Casación N° 382-2012-La Libertad, voto en discrepante del magistrado Segundo Morales Parraguez (fundamento jurídico 10)

que escoger la norma que más favorezca al reo, tal como se establece en el código procesal penal y la constitución.

En el artículo VII.4 del título preliminar del código procesal penal, establece que: en caso de duda insalvable sobre la ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo”. Ello en concordancia con el artículo 139°.11 de la constitución que establece como principio: “la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto entre leyes penales”.

En esta línea, el artículo 491°.3 CPP, que regula supuesto de libertad anticipada diferente de los beneficios penitenciarios de semi libertad y liberación condicional, permite generar la posibilidad de una libertad anticipada por un supuesto de conversión o reconversión de penas cortas a nivel de su ejecución (posición a favor del reo).

Y es que la libertad anticipada, busca a través de los beneficios penitenciarios, reducir la permanencia de prisión de un interno dentro de un establecimiento penal, objeto del instituto de conversión de la pena si es que se cumplen algunos requisitos ya mencionados anteriormente.

Tal como se sostiene en el manual de beneficios penitenciarios y de lineamientos del modelo procesal acusatorio: “son beneficios que posibilitan el cumplimiento de una parte de la condena en libertad, y constituyen una expresión avanzada en la progresión del tratamiento penitenciario. Es el caso de la semi libertad o liberación condicional, que también se denomina beneficios extramuros, por cuanto permite la libertad del beneficiado, su concesión es potestad de la autoridad judicial. En este grupo de beneficios penitenciarios se incluye la rendición de pena por trabajo o educación, pues también permite una libertad anticipada, aunque propiamente no constituye beneficios “extramuros”. En reconocimiento del tiempo de redención de penas por trabajo o educación corresponde a la autoridad penitenciaria”.

Así como Burgos Mariños ha precisado que la libertad anticipada es una institución jurídica de competencia del juez de investigación preparatoria en fase de ejecución que se puede aplicar en supuestos distintos a los beneficios de semi libertad y liberación condicional.⁷⁸

Por su parte Taboada Pilco, indica que la libertad anticipada es la consecuencia jurídica de que el Juez (de juicio o de la investigación preparatoria, según su ámbito de competencia) hayan amparado una institución jurídica reconocida previamente en la ley que permite la excarcelación antes del vencimiento natural de la pena privativa de libertad contenida en la sentencia condenatoria firme.⁷⁹

Según esta postura, la libertad anticipada puede producirse por causas intraprocesadas e extraprocesales. Dentro de las causales intraprocesales están comprendidos los supuestos de conversión o pena o revocación de la conversión de pena o revocación de la conversión de pena (art. 491°.1 CPP), declaración de la extinción o el vencimiento de pena (art. 491°.1 CPP) o concesión de beneficios penitenciarios (art. 28°.5 a CPP); mientras que, dentro de las causales extraprocesales se convierten los casos de indultos o conmutación de penas decretadas por el Presidente de la Republica (art. 118°.21 de la constitución) o, en su caso, la amnistía que eventualmente apruebe el congreso (art. 102°.6 de la constitución).

⁷⁸ Burgos Mariños, Víctor. La libertad anticipada en el artículo 491 del NCPP. Disponible en: <http://www.lozanos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=1700>

⁷⁹ Taboada Pilco, Giammpol. Breve apuntes sobre la libertad anticipada prevista en el art. 491.3 NCPP (inérito).

CAPITULO III

OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

3.1 Omisión de Asistencia Familia

3.1.1 Tipo Penal

Los delitos contra la Familia, agrupa una serie de injustos penales, cuya peculiar naturaleza ha dado lugar a la formación de capitulaciones diversas. En este caso, se pone de relieve un acápite de especial importancia: los alimentos, como elemento sustancial de la existencia humana.

Entre las obligaciones más delicadas, está la de encargarse de la manutención de los menores hijos y de todos aquellos que no están en condiciones de poder auto-satisfacer sus necesidades más elementales; el derecho natural lo concibió así y, el derecho positivo lo que hizo fue regularlo en una normatividad específica, de dotarle del revestimiento imperativo que dicha materia requería.

La propia condición humana, los lazos parentales que unen unas personas con otras, determina por su propia esencia que se dé la obligación, de que los padres asistan a sus menores hijos. No debería ser necesario que una ley, prescriba lo que la propia naturaleza lo hace de forma espontánea, pues nace de la misma filiación el deber de solventar el desarrollo de los impúberes. Lastimosamente, la misma imperfección de la condición humana, genera reacciones insensibles y/o egoístas en el hombre, perdiendo los lazos de solidaridad con quienes se supone existe las vinculaciones más preciada; no sólo con respecto de los padres hacia sus menores hijos, sino también a la inversa, pues llegada cierta edad, los progenitores pueden necesitar la ayuda de sus hijos. El ordenamiento jurídico, ha de procurar entonces, tutelar el bienestar de todos aquellos individuos, que por Ley, tienen el derecho de recibir una manutención lo suficientemente digna, como para poder desarrollarse en sociedad; por lo que la misma legislación sanciona con pena, aquellas conductas antijurídicas que se dirigen a desobedecer los mandatos jurisdiccionales que establecen montos determinados de pensiones por alimentos.

El no prestar alimentos, no sólo importa la infracción de los deberes familiares, sino también generar verdaderos focos de peligro, para con los bienes jurídicos fundamentales, de quienes tienen derecho a percibirla, v.gr., la vida, el cuerpo y la salud; por lo que el Derecho penal, debe intervenir precisamente, para evitar que se ocasionen consecuencias perjudiciales, según su rol preventivo que se ejerce a partir de la norma de sanción. No se puede esperar, que se produzca un daño concreto a la vida y/o salud del impúber, para que actúe el derecho punitivo y, cuando ello sucede, los tipos penales aplicables son los de homicidio y/o lesiones, por lo que el adelantamiento es en sí justificable.

El tema se vuelve espinoso, cuando en el marco del proceso penal se decreta la prisión preventiva del sujeto obligado, al perder su libertad, pierde también su capacidad productiva-laboral, con ello, los menores hijos terminan siendo perjudicados; al no poder percibir la pensión alimenticia, que la Ley debía procurar su tutela. Por consiguiente, debemos ser muy cautelosos, en cuanto a los niveles de incidencia del Derecho penal, para que los efectos gravosos, no recaigan en la actual familia del procesado o condenado, que se supone deben ser a quienes la ley penal debe proteger.

Por otro lado, resulta incontrovertible, que la sanción penal al incumplimiento alimenticio, proviene del Derecho privado, en tanto la infracción penal se origina en mérito a una resolución de la jurisdicción de familia, que podría contravenir la denominada proscripción de “prisión por deudas”; aunque nuestra Ley Fundamental, dispone en el párrafo c), inciso 24 del artículo 2o, que este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios; es decir de cierta forma reconoce que la coacción punitiva se deriva de una acreencia, pero es relativizada, en vista de los bienes jurídicos tutelados.

La arcaica institución de la prisión por deudas, en buena hora denostada en los códigos penales liberales y democráticos, reaparece de improviso bajo la cobertura

de la configuración del impago de prestación económica familiar, de esta suerte, la incriminación del impago de prestación económica familiar implicaba una incidencia del Ordenamiento privado en el marco del Derecho penal.

¿Qué es lo que verdaderamente penaliza el Derecho penal? De ninguna forma, el mero incumplimiento de una obligación jurídico-civil, más bien, el desacato de una resolución jurisdiccional en cuanto a la naturaleza jurídica de su contenido.

En nuestro país. El delito de omisión de asistencia familiar, está tipificado en el artículo 149° del código penal “el que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicios comunitario de veinte a cincuentidos jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial (...).

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

3.1.2 Elementos de tipicidad objetiva

3.1.2.1 Sujeto activo

Siendo un delito especial propio, puesto que dicha cualidad no la tiene cualquier persona, por cuanto será sujeto activo toda persona natural que se encuentre obligada mediante una resolución judicial a prestar alimentos a un miembro de su familia es decir a su cónyuge, los ascendientes y descendientes y, los hermanos. La resolución judicial puede provenir de una acción de alimentos, de mutuo disenso o de divorcio por causal.

Entre los ascendientes, primero lo serán los padres con respecto a sus hijos (naturales y/o adoptivos), pero también podrán ser los abuelos en relación a sus nietos (menores de edad). En cuanto a los descendientes, simplemente la lectura de la obligación será a la inversa.

En lo que respecta a los cónyuges, el sujeto obligado podrá ser cualquiera de ellos, sin que haya de evidenciarse un estado de necesidad. No se puede dejar de lado, a todos aquellos que sin ser directamente los padres (tutor), al haber asumido la patria potestad, será también “sujeto obligado”.

En ese sentido, quien comete este ilícito penal no puede ser cualquier persona como sucede en los delitos comunes, sino, aquella que por un lado tenga un vínculo familiar con el sujeto pasivo, siempre que este último sea su cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano, sobrino para el caso de niños y adolescente, parientes colaterales hasta el tercer grado; y, por otro lado, siempre que este obligada mediante resolución judicial (sentencia) donde se haya fijado una pensión alimenticia a favor de uno de los mencionados familiares.

3.1.2.2 Sujeto pasivo

Podrá recalar en esta cualidad, cualquiera de los antes mencionados; en el caso de los menores hasta los 18 años, a menos que no se encuentre en aptitud de atender a su propia subsistencia (incapaz); en el caso de los ascendientes, cuando se encuentran en estado de necesidad y, cuando se trata de los cónyuges, el alimentista será el cónyuge perjudicado por la separación de hecho.

Siendo esto así, el sujeto pasivo tampoco puede ser cualquier persona natural. Para este delito el agraviado solo podrá ser aquella persona que cuente con una resolución judicial que establezca su calidad de alimentista

sobre el alimentante, pero siempre que este último sea su cónyuge, ascendiente, descendiente.

3.1.2.3 Aspecto objetivo básico

El delito de incumplimiento de obligación alimentaria se configura cuando el agente dolosamente omite cumplir su obligación de prestar alimentos, establecidos previamente en una resolución judicial como pensión alimenticia, después de agotado un proceso sumarísimo sobre alimentos.

Esto es, realizan el hecho típico aquellas personas que teniendo conocimiento que por resolución judicial consentida tiene la obligación de pasar una pensión alimenticia a favor de otra, omite hacerlo.

El legislador, al elaborar el tipo penal ha utilizado el término “resolución” para dar a entender que comprende tanto una sentencia como un auto de asignación provisional de alimentos que se fija en el inicio del proceso o inmediatamente de iniciado, en favor del beneficiario.

La figura delictiva de omisión de prestación de alimentos, es un delito de omisión propia, pues el agente contraviene un mandato imperativo como es el incumplimiento del contenido de una resolución jurisdiccional en cuanto a la pensión alimenticia. Que, si bien es cierto, atenta contra la obligación de asistir alimentos a uno o más miembros de una familia (cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos).

No es menos cierto, que solo se configurara como tal cuando el sujeto activo, en su calidad de alimentante, omita dolosamente en cumplir dicha obligación impuesta mediante una resolución judicial, la misma que debe o deberá ser siempre una sentencia consentida y/o ejecutoriada, a favor del sujeto activo, quien cumple la calidad de alimentista y quien podría ser cualquiera de los citados miembros de la familia, gran parte de ella o incluso todos.

No obstante, ello se trata de un delito de omisión propia debido a que la consumación de dicho ilícito es la propia omisión del agente, esto es, la abstención intencional que tiene el sujeto activo de cumplir con una resolución judicial que ordena prestar o asignar alimentos al sujeto pasivo.

Bramont y García (1997), precisan que “*la omisión de prestación de alimentos es un delito de omisión propia, donde la norma de mandato consiste en la obligación que pesa sobre el sujeto activo de cumplir con sus deberes legales de asistencia...*” (p. 176.)⁸⁰

Asimismo, se desprende la existencia de un delito cuyo verbo rector es la palabra omitir, que en este caso, es la abstención que realiza el ser humano de cumplir con la prestación de alimentos impuesta mediante una resolución judicial de alimentos para cualquiera de los citados miembros de su familia; razón por la cual este verbo rector se conjuga con las palabras del referido tipo penal, quedando dispuesto de la siguiente forma: *el que omite cumplir*.

En tal sentido, no se manifiesta una conducta de acción para la configuración de este delito, sino muy por el contrario, se aprecia una conducta de omisión, esto es, una conducta de no hacer o de no actuar, o simplemente de abstención intencional como factor criminógeno por parte de quien será el agente contra quien será la víctima, el cual se configurará al incumplir o prescindir voluntariamente de una orden impuesta por resolución judicial.

La omisión de prestación de alimentos, además, de un delito de peligro, dado que para su consumación no se requiere de ningún resultado lesivo al bien jurídico protegido, esto es el deber de asistencia familiar, ni al agraviado, sino la puesta en peligro de ambos, ya que basta para ello que el agente

⁸⁰ Bramont, L.A y García, M.C (1997), *Manual de derecho penal. Parte especial*; 3ra edición, editorial San Marcos, Lima.

omita cumplir la prestación de alimentos impuesta mediante resolución judicial.

En esta línea, es indispensable precisar que estamos ante un delito de peligro abstracto, pues del contexto del tipo penal no se especifica expresamente en una situación de peligro, como si lo hacen, por ejemplo, los artículos 125° y 128° del código penal que tipifican los delitos de peligro concreto de *abandono peligroso y exposición a peligro de persona dependiente* respectivamente con las siguientes palabras: “(...) el que expone a peligro (...)”⁸¹; de este modo, la omisión de prestación de alimentos en un delito de peligro abstracto, toda vez que no solo es innecesaria la existencia de un resultado lesivo para su consumación, sino porque a diferencia de los ilícitos penales antes mencionados, la omisión de prestar alimentos implica el peligro de un resultado lesivo no inminente en su mayoría lo que no debe ser una posibilidad que pueda acontecer.

Quilla (2015) señala que “*En la actualidad la doctrina jurisprudencial penal nacional ha establecido que este delito es de naturaleza instantánea ...*(p. 283)”⁸², dejando atrás las posiciones referentes a un delito permanente como la anotada la jurisprudencia nacional.

En consecuencia, se deduce que siempre estuvimos ante un delito de naturaleza instantánea, razón por la cual nunca existió la tentativa, ya que, de conformidad al contexto o interpretación literal del tipo penal, la sola omisión de cumplir con la prestación de alimentos ordenada mediante una resolución judicial ya implicaba la consumación del crimen.

3.1.2.4 Aspectos objetivos agravantes

⁸¹ Código penal vigente.

⁸² Quilla Tipula, D. (2015) “*La omisión de prestación de alimentos ¿un delito que no debemos olvidar!*” Actualidad Jurídica, Lima año 02, Volumen 15; setiembre 2015.

Sin perjuicio de la omisión realizada descrita en el supuesto de hecho base, en el mundo real, se advierte muchas veces prácticas deplorables para no cumplir con su obligación tan importante como la prestación de alimentos, por tal motivo, el tipo penal materia de estudio ha tipificado algunas circunstancias agravantes luego de que el crimen se haya consumado.

La primera circunstancia agravante que se advierte es cuando el sujeto activo haya simulado o simule otra obligación de alimentos en convivencia con otra persona; a nuestro entender, debido a que ello implica el acto de fingir o inventar tal situación para evitar o intentar evadir el cumplimiento de su responsabilidad legal impuesta mediante resolución judicial, el cual es asignar una pensión alimenticia a favor del sujeto pasivo.

La segunda circunstancia agravante se configura cuando el sujeto activo renuncie o haya renunciado, abandone o haya abandonado maliciosamente su trabajo; lo que en nuestra opinión constituye un acto deplorable, pues se desprende una conducta dispuesta a llevar a cabo solo para no cumplir su responsabilidad legal impuesta mediante resolución judicial, el cual es asignar una pensión alimenticia a favor del sujeto pasivo, quien necesariamente deberá ser uno de sus miembros familiares.

La tercera y última circunstancia agravante es el resultado ejemplificado en una lesión grave o muerte de alguno o más alimentistas a consecuencia del incumplimiento respecto a lo dispuesto por la resolución judicial, ya que el agente, aunque pudo haber previsto dichos resultados, prefirió seguir omitiendo la prestación de alimentos sin importarle la salud del alimentista, lo que en nuestra opinión constituye una conducta execrable.

3.1.2.5 Elementos de tipicidad subjetiva

La omisión de prestación de alimentos solo existirá como delito si la misma se llevó a cabo con dolo.

En otras palabras, es preciso señalar que el dolo nace en aquel ámbito subjetivo en la que el agente concretiza consciente y voluntariamente omitir cumplir con la obligación alimentaria impuesta por una resolución judicial, el cual de ser una sentencia. Precisamente, una forma de probar la omisión dolosa del agente es el hecho de haber seguido omitiendo en cumplir con la prestación alimentaria a pesar de ya haber sido notificado válidamente, incluso, con el apercibimiento de remisión de actuados al Ministerio Público, ya que de dicha forma se ratifica la intención de parte del agente en no prestar alimentos al sujeto pasivo.

3.1.2.6 Consumación del delito

La consumación del delito, es la finalidad que busca los actos ejecutivos; es la realización efectiva e integral del verbo rector del tipo penal, ya sea de un delito de resultado o de peligro; aquí es cuando el individuo, ya convertido en agente o sujeto activo desde los actos ejecutivos, logra cometer el crimen ideado, deliberado y decidido en su fase interna.

Al ser un delito de omisión propia, de peligro abstracto o instantáneo, la omisión de prestación de alimentos se consumara al momento en que el agente haya omitido cumplir con la prestación alimentaria a favor del sujeto pasivo, impuesta mediante una resolución judicial, la cual debe ser una sentencia consentida, toda vez que basta la sola omisión de dicha obligación para que el delito sea consumado, debiéndose notificar válida y legalmente dicha resolución judicial para conocimiento del sujeto activo y para el computo del plazo de prescripción del delito.

3.2 El Derecho Penal en las relaciones familiares

Los delitos familiares son todas aquellas acciones u omisiones cometidas voluntaria o imprudentemente en el ámbito familiar y que están penadas por la ley Penal, en nuestro ordenamiento Penal lo ubicamos en el Título III, Delito contra la Familia;

Capítulo IV, Omisión de Asistencia Familiar, específicamente artículo 149° del código penal. Se puede comprender que este tipo de delito son más reprobables, dado que atentan contra la familia y el hogar que son el núcleo más íntimo de la persona y el lugar de refugio y de defensa para sus miembros, su espacio de protección.

En doctrina, no pocos entendidos han señalado que la intervención en las relaciones familiares del Estado vía derecho punitivo, en lugar de resultar beneficioso, puede ser contraproducente, cuando no dañina. No contribuye de manera alguna a mejorar la situación económica de la familia ni lograr su unidad.

Se afirma que el Estado debe abstenerse de intervenir por aquel medio. Sin embargo, pensamos que tal intervención se justifica por el hecho concreto de garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones familiares, cuando los ciudadanos dolosamente pretenden substraerse. El incumplimiento de los deberes alimenticios pone, la mayor de las veces, en forma grave y seria en peligro la salud y la vida de los agraviados. No obstante, ello no significa caer en cierto dramatismo, sino más bien proteger con realismo deberes imperativos cuando dolosamente algunas personas se pretenden sustraer.

La intromisión del derecho penal en las relaciones familiares trae como positiva consecuencia que los ciudadanos internalicen y afirmen la convicción: los deberes impuestos por la naturaleza y la ley son de cumplimiento imperativo e ineludible.

3.3 El incumplimiento de las pensiones alimenticias como delito

La familia supone una comunidad de personas vinculadas por lazos de consanguinidad, como elemento objetivo proveniente de las leyes de la herencia biológica y, a la vez, por vínculos de afectividad, como elemento subjetivo que se fundamenta en la consanguinidad y se retroalimenta de la convivencia continua.

De allí que sea posible indicar que la familia no solo abarca a aquella que se denomina “nuclear”, en la que la pareja vive junta en unión de sus hijos, sino también a aquellas otras familias nominadas “extensas” en las que, además de la pareja casada o en convivencia y sus hijos, viven otros parientes, bien en el mismo hogar, bien en contacto íntimo y continuo.

En tal sentido, como afirma Carbonell (2008) la familia, más que una definición jurídica, es un concepto sociológico que se regula jurídicamente en atención a la trascendencia social que supone⁸³. Y si bien la constitución reconoce tanto al matrimonio como a la familia, la regulación específica de tales como instituciones socio jurídica viene dada por el Derecho Civil, que señala los derechos y deberes de cada uno de sus miembros, poniendo énfasis en aquellos que merecen mayor protección: los hijos.

El amparo legal del hijo se extiende más allá de la protección que se le permite a la institución natural que lo posibilita, puesto que, aun ante la no existencia o desaparición de la instancia familiar, los padres siguen obligados a ofrecer protección a los hijos y, antes la ausencia o desatención de aquellos, es el Estado quien subsidiariamente asume tal función. Tal atención suplementaria se extiende a favor de la mujer, el anciano y la persona con discapacidad, conforme lo señala el artículo 4º de la constitución política.

A los efectos de las obligaciones parentales de protección filial, no se exige, en consecuencia, la necesidad de una familia, basta el lazo de consanguinidad o en algunos casos la presunción de su existencia. El Derecho Internacional de los derechos humanos desea que los hijos crezcan en un ambiente de afecto y seguridad moral, pero la realidad no siempre coincide con los anhelos del Derecho; por ello, la Constitución impone como exigencia mínima el deber de los padres de alimentar,

⁸³ CARBONELL, Miguel; “Familia, Constitución y Derechos Fundamentales”. *En Panorama internacional del Derecho de Familia. Culturales y sistemas jurídicos comparados*. Tomo I, Universidad Autónoma de México, México D.F, 2008, en <http://www.bibliojuridica.org/libro/5/2287/7.pdf>.

educar y dar seguridad a sus hijos, que no es más que la expresión jurídica de una obligación impuesta por la propia naturaleza de las cosas.

Desde esta perspectiva, la intervención punitiva del Estado tiene como objeto, antes que proteger a la familia como institución jurídica, ofrecer tutela a los sujetos inmersos en las relaciones familiares. En tal sentido Peña (2008) señala “son las diversas relaciones jurídicas que se entablan al interior de la familia”⁸⁴, o que se funda en la presunción de su existencia, las que alcanzan relevancia jurídico penal, para garantizar los derechos subjetivos que se derivan de los vínculos consanguíneos, específicamente los derechos alimenticios de los hijos menores de edad o en incapacidad de auto sostenerse: los ancianos y las personas con discapacidad.

De este modo, una disposición penal que tipifica el incumplimiento, como bien dice Salinas, más que proteger a la familia, como normalmente se cree, pretende tutelar “el cumplimiento del deber de asistencia, auxilio o socorro que tiene los componentes de una familia entre sí” (p. 408)⁸⁵, en especial, aquellos que suponen los requerimientos económicos que sirven para satisfacer las necesidades básicas de supervivencia de determinados miembros de la familia.

En realidad, desde nuestra perspectiva, lo que se pretende con el tipo penal es tutelar a los individuos más vulnerables que conforman o pretenden conformar una familia, respecto del incumplimiento de las obligaciones básicas que suponen su existencia; con lo que, en cierto modo, es también el ofrecimiento de protección indirecta de la familia. Es preferible hablar de protección indirecta puesto que la materialización del injusto penal se realiza, en el mayor número de casos, cuando la familia se ha extinguido, sea porque el obligado abandono al seno familiar o porque nunca se atrevió a conformarla luego de la procreación de la prole.

⁸⁴ PEÑA, Alonso; “Derecho Penal. Parte especial. Tomo I, Idemsa, Lima, 2008, p 373.

⁸⁵ SALINAS, S. Ramiro; “*Derecho Penal. Parte especial*”. 3ra edición, Grijley, Lima, 2008, p. 408.

No obstante, lo expresado, hay quienes sostienen que el bien jurídico protegido con el tipo contenido en el artículo 149° del código penal, va más allá de las obligaciones paterno filiales de naturaleza patrimonial, incluyendo dentro del supuesto factico el incumplimiento de los deberes propios del auxilio mutuo, educación y cuidado de la prole. De este modo, el bien jurídico protegido se hace genérico dado que se pretende la protección como bien lo indica Reyna (2004) “eficaz cumplimiento de los deberes familiares establecidos por la legislación judicial” (p. 144)⁸⁶, comprendidos en una resolución judicial. Así, según Peña (2008), “deberá entenderse que se pretende, además, la protección al respecto del principio de autoridad, vulnerando con el incumplimiento de una resolución judicial” (p. 373)⁸⁷.

Preferimos la posición restringida, y nos adherimos a los enfoques que señalan como bien jurídico protegido el cumplimiento de los deberes de tipo asistencial como imperativo del obligado respecto del beneficiario de la pensión de alimentos determinados por el Juez.

Insistimos, en que lo que pretende protegerse son los individuos titulares del derecho a los alimentos, independientemente de la existencia de una familia, real o presunta. De hecho, lo común en las denuncias por este tipo de delito es que suponen una conducta previa: normalmente el padre cumple con sus deberes asistenciales mientras convive con su esposa y sus hijos; sin embargo, resquebrajada la convivencia de pareja, se rompe también sin quererlo, el código de conducta moral de asistencia a los hijos, fundado muchas veces en la no advertencia inmediata de sus necesidades y en el desconocimiento de las privaciones que genera el incumplimiento de los deberes parentales.

Sin perjuicio de lo hasta ahora expresado, sería injusto no reseñar que algún sector doctrinario expone que el delito de incumplimiento de obligaciones alimentaria

⁸⁶ REYNA, L.; “*Delitos contra la Familia*”. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 144.

⁸⁷ PEÑA, Alonso; “*Derecho Penal. Parte especial*”. Tomo I, Idemsa, Lima, 2008, p. 373.

entraña una escondida forma de desatender el principio “no hay prisión por deuda”. Así, reconoce Canales (2005), cuando indica que las sanciones tienen por objeto “torcer la voluntad del Padre y lograr que este cumpla con el pago de la cuota” (p. 2)⁸⁸, hecho que origina el mantenimiento de su conducta dentro de lo socialmente esperado, a la vez que produce efectos positivos en la colectividad.

En consecuencia, deberá deducirse que la punición de esta conducta no es más que la criminalización de una deuda pecuniaria nacida al amparo del Derecho de Familia, lo que a su vez supone el incremento de la intervención punitiva estatal en el ámbito de las relaciones humanas, cuya regulación, por la naturaleza de aquellas, corresponde a otro sector del Derecho.

3.4 El Impacto del Delito de Omisión a la Asistencia Familiar en el Código Procesal Penal

El Ministerio de Justicia en el Boletín N° 003- agosto 2013, señala que la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación, con apoyo del Proyecto “Consolidación de la Reforma del Sistema Procesal Penal y del Sistema de Justicia en el Perú”⁸⁹, y la cooperación alemana GIZ, han analizado la problemática del Delito de omisión a la asistencia familiar (OAF) y su impacto en el nuevo procesal penal.

En razón a la sobre carga procesal en materia penal, fundamentalmente en investigación preparatoria, etapa intermedia, juzgamiento y ejecución, por la gran incidencia de delitos de OAF, como consecuencia del incumplimiento de las sentencias recaídas en procesos de alimentos, generando así que la carga procesal a nivel de fiscalía y poder judicial se haya incrementado abruptamente, siendo

⁸⁸ CANALES, P.; “*incumplimiento de la obligación de pagar alimentos a los hijos menores en la legislación de Argentina, España y Francia*” Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Santiago de Chile; obra citada por Chunga, L. “Un caso específico de incumplimiento de pago de alimentos: ¿ausencia de dolo o causa de justificación?”, Gaceta Penal, Tomo 13, Julio, 2010, p. 111.

⁸⁹ Ministerio de Justicia – Boletín N° 003 agosto 2013, publicado en www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/08/boletin-003-minjus.pdf

actualmente una de las razones del gran congestionamiento que atraviesa el nuevo sistema de justicia penal en diferentes etapas del proceso penal.

Desde la implementación del Nuevo Código Procesal Penal, en nuestro país, el cual viene siendo monitoreado por las instituciones del sistema judicial, estas han detectado algunos problemas como:

- ❖ Gran incidencia de demanda de alimentos.
- ❖ Incumplimiento de las pensiones alimenticias devengadas.
- ❖ Alta incidencia de procesos por delito de OAF.
- ❖ Alta incidencia de causas que culminan con conclusiones anticipadas del juicio oral y no con salidas alternativas.
- ❖ Congestión de causas y de audiencias por OAF en las etapas intermedias, juzgamiento y ejecución.
- ❖ Incumplimiento de acuerdos de principios de oportunidad.

Las cifras describen congestionamiento y retraso en la fluidez de las causas; por lo que es necesario analizar a profundidad, cuáles serían las causas de los problemas detectados, que estarían generando un impacto negativo en la implementación del Código Procesal Penal de 2004. De allí que, más allá de comparar estadísticas, es necesario analizar el problema a profundidad, en todas las aristas que sean necesarias para comprender sus causas y consecuencias teniendo en cuenta que solo con un análisis multidisciplinario estaremos en condiciones de proponer soluciones o alternativas al congestionamiento que genera la comisión de este delito y su ingreso al sistema penal.

3.5 El Proceso Inmediato en el Delito de Omisión de Asistencia Familiar.

Dentro del marco del fortalecimiento de la seguridad ciudadana, la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, en especial para combatir el sicariato, la extorsión, el tráfico ilícito de drogas e insumos químicos, la usurpación y tráfico de terrenos y la tala ilegal de madera. Dentro de este marco, se emitió el Decreto

Legislativo N° 1194⁹⁰, al amparo de la Ley N° 30336, nos preguntamos ¿qué vínculo fáctico o normativo tiene el delito de omisión a la asistencia familiar (**OAF**) con la seguridad ciudadana y la criminalidad organizada?

Ciertamente el trámite de los delitos de OAF presenta un problema de origen, pues no comprometen la **seguridad ciudadana** y, por tanto, no debió ser abarcada en la modificación del art. 446 del CPP, que impone la incoación del proceso inmediato para los delitos de omisión de asistencia familiar. Claro está que este extremo de la modificación no se encuentra dentro del marco de la delegación legislativa. Sin embargo, el **Acuerdo Plenario 2-2016/CIJ-116** (*apartado B del fundamento 14*) fuerza la razón que pretendiendo hacer aceptable que el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, está vinculado con la seguridad ciudadana, en el “*ámbito de protección de la “seguridad” de los propios integrantes de la familia, basadas en deberes asistenciales y cuya infracción es la base del reproche penal*”. Pero, solo por salvar la presunción de constitucionalidad del **Decreto Legislativo 1194**, no es correcto vincular este delito a los problemas de seguridad ciudadana.

Los comportamientos delictivos vinculados con la seguridad ciudadana son aquellos intrínsecamente **violentos** y están directamente vinculados a la afectación con intensidad de otros bienes jurídicos como la vida, la integridad física, la libertad, etc. Empero, el comportamiento del omiso alimentario no tiene esa entidad pluriofensiva.

Sin embargo, el problema se presenta cuando el proceso inmediato para los delitos de OAF se difunde como una medida eficaz contra la inseguridad ciudadana. Este es el punto de quiebre, entre una mirada realista de los efectos del proceso inmediato y otra, desde una perspectiva idealista especulativa. Se debe realizar un real dimensionamiento del impacto de los delitos de Omisión a la Asistencia Familiar en la seguridad ciudadana, para no atizar expectativas ilusas en el sentido que su procesamiento en el proceso inmediato sería una herramienta idónea para afrontar los problemas de seguridad ciudadana. En efecto, encerrando padres irresponsables en

⁹⁰ Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 30-08-2015.

sus obligaciones alimentarias, y otros delitos de similar tesitura, no se combate la inseguridad ciudadana, pues su realización no está vinculada a la criminalidad violenta.

La optimización del proceso inmediato en los delitos de OAF y en otros delitos de escasa relevancia y peligrosidad social, en su real alcance, corresponde a una adecuada política de descarga procesal. Estos son los reales alcances del aceleramiento procesal que promueve el proceso inmediato. En efecto, se ha presentado algunos nudos críticos de la sobrecarga por delitos de menor entidad. Era un hecho notorio la **excesiva** carga procesal en el trámite de estos delitos pues todos los procesos por OAF independientemente de ser un caso fácil o difícil, eran tramitados vía proceso común. En efecto, se recorría todas las etapas del proceso común, no obstante que desde un inicio estaba configurada una causa probable. Frente a esa falta de razonabilidad de un proceso lato innecesario, urgía una modificación y el proceso inmediato aparecía como una solución.

Programáticamente se proponía que: **i)** a juicio oral lleguen pocos casos que por su magnitud ameriten el despliegue pleno del plenario oral; y **ii)** que no lleguen casos de mínima entidad como la omisión a la asistencia familiar, empero, es constatable que una de las causas de la sobrecarga procesal se debía a la gran incidencia de delitos de OAF, y otros de similar entidad. Con ello se generó carga procesal en sede fiscal y judicial; su abrupto incremento devino en el congestionamiento del sistema de justicia penal.

Se difundía que las **salidas alternas** tenían que aplicarse de manera razonable para los delitos de entidad mínima como la OAF; sin embargo, se intensificó la aplicación de **mecanismos de simplificación** irrazonables como la *acusación directa*, que en nada contribuyó a la supresión de la etapa de juzgamiento, por lo contrario, esta etapa se vio saturada con juicios orales por OAF.

3.6 El Problema de los omisos a la asistencia familiar

La mayor carga de los Juzgados de Paz Letrado son los procesos de alimentos, dicho proceso es uno de los más largos que se puede imaginar; dura hasta que el titular del derecho cumpla la mayoría de edad o, incluso más; hasta que termine los estudios superiores si es que los cursa satisfactoriamente.

La definición judicial de alimentos puede dar lugar a otros procesos; aumentos o disminución de la pensión de alimentos, variación de modo de concederla, extinción del deber de cumplirla, etc. Aquí, los nombres son lo de menos, salvo para el difícil proceso de omisión de la asistencia familiar.

La omisión a la asistencia familiar es un delito. Nace de la desobediencia del obligado al cumplimiento de los alimentos y tiene pena de cárcel de hasta 3 años. Sin embargo, para que el simple conflicto de definir la cuantía de los alimentos se convierta en delito, requiere que el asunto se haya complicado más de lo necesario. Y entre que se define la cuantía de los alimentos y se dicta una sentencia condenatoria penal, el incumplidor ha tenido larga posibilidades de no agravar su situación.

El punto de partida es la sentencia del Juez de Paz Letrado; allí se le ha ordenado que debe cumplir con pagar una determinada cantidad de dinero en cada mes. Si el padre (o la madre demandada) cumple de modo fiel su obligación, el problema acaba. La lectura de la sentencia, o la remisión de la copia a su domicilio, es la primera notificación que se le hace de la obligación.

Lamentablemente, los que incurren en el delito descrito en el artículo 149º del código penal no son poco conforme nos señala las estadísticas judiciales, al incumplir con la sentencia, se procede emitir la propuesta de liquidación de pensiones alimenticias, en la cual se expone el número de meses impagos por el monto mensual a pagar. Tal proposición tiene como objeto que el moroso ofrezca alguna solución al atraso o advierta de algún error en la multiplicación o sumatoria. Si no hay observaciones, el Juez aprueba la liquidación, otorgándole tres o cinco días para que cumpla con cancelar, bajo apercibimiento de remitir copias al Ministerio Público, vencido el

plazo, el Juez cumple la advertencia, es cuando la deuda civil se convierte en Delito, ultima ratio.

El Fiscal, bajo la ficción de duda respecto de lo que ha realizado el Juez de Paz Letrado, cita al procesado, para ofrecerle otra oportunidad, a través de la suscripción de un acuerdo en el que se compromete a pagar la deuda en cómodas cuotas, bajo advertencia: *“si no pagas serás acusado por el delito de omisión de asistencia familiar”*.

El asunto es que en un par de meses el padre de los menores se olvida de su obligación. Al incumplimiento, el asunto va al Juez (penal) de investigación preparatoria, en el que de seguro volverá a solicitar otra oportunidad, pero esta vez puede que ese acuerdo quede plasmado en una sentencia, en la que la propuesta es “si no cumples con pagar, te vas a la cárcel”. El acusado, sabe bien que tiene derecho a un juicio contradictorio, imparcial y sabe que tiene tiempo adicional para cumplir con su obligación.

Así es que se juega la quinta oportunidad; que su caso pase al Juez de juzgamiento (Penal Unipersonal). Programada fecha para el juicio oral, el acusado fuerza una sexta oportunidad, no se presenta en juicio, con lo que no solo genera demora en la solución de su caso sino que motiva que la disposición de órdenes de conducción compulsiva y su juzgamiento queda condicionado a que se presente voluntariamente (supuesto que rara vez se presenta) o a que sea aprehendido por la autoridad Policial.

Lograda su captura, el Juez Penal, luego de oír a las partes debe sentenciar, corresponde mandarlo a la cárcel o es que debemos buscarle una salida alternativa dado que es un delito que supuestamente no genera conmoción social. Las penas que son menores a los cuatro años pueden ser reemplazadas por medidas alternativas: la suspensión de la ejecución de la pena y la reserva del fallo condenatorio.

Así el Juez tiene tres opciones: a) mandato al centro penitenciario de Chachapoyas; b) condenarlo a prisión, pero suspender el cumplimiento de la pena; y, c) Reservarle el dictado de la pena.

3.7 Intervención estatal pre-punitiva

El asunto de los padres que incumplen con pagar la pensión alimentaria de sus hijos, se convierte en problema penal, en el momento en que el Juez de Paz Letrado dispone que se remitan copias de la liquidación al Ministerio Público. Y esa remisión de copias puede repetirse, tantas veces como se efectúen liquidaciones de pensiones atrasadas. Es decir, que un padre irresponsable puede tener una, dos o más procesos de omisión a la asistencia familiar, que corren de modo paralelo y al mismo tiempo.

El estado no parece tener una política pública eficiente sobre la materia. El REDAM (Registro de Deudores Alimentarios Morosos) apenas tiene anotadas a 2506⁹¹; padres irresponsables y parece ser insuficiente. En un país de treinta millones de habitantes, el número antes indicado es bastante minúsculo. Casi pareciera que el problema no es tal. Si atendemos que, en el 1er y 2do Juzgado de Investigación Preparatoria de Chachapoyas, tenemos tres audiencias diarias para control de acusación y procesos inmediatos por el delito de omisión de asistencia familiar.

3.8 Costos del Proceso Penal en omisión de asistencia familiar.

En realidad, no hay estudios concretos que nos detallen lo que cuesta un proceso penal en el Perú; en, pero hay quienes dicen que una audiencia no realizada, una que dure tres minutos porque no se logra instalar cuesta más de dos mil soles. Ello es así por el número de personas que participan: Juez, Fiscal, abogado defensor, especialista judicial, especialista judicial de audio, notificadores, gestores de administración y si el interno se encuentra recluso en el centro penitenciario chofer y personal del INPE; e incluye costos materiales: luz, agua, infraestructura, etc. Una audiencia que no se instala, costaría esa cantidad de dinero.

⁹¹ Poder Judicial del Perú, Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM), información al 05-11-2015, 14:00 horas. Versión en línea <http://goo.gl/Rd12V>.

Una audiencia de juicio oral de omisión de asistencia familiar, dura aproximadamente una hora. Finalmente va ser condenado, porque se constata que ha incumplido con su obligación alimentaria.

Tranquilamente podríamos multiplicar, ese precio por tres: la audiencia de aplicación de principio de oportunidad, la audiencia de control de acusación, son otras dos que se han realizado para llegar hasta la sentencia final. Y podría ser más audiencias: si el acusado pese a sentencia, no cumple con alguno de los tres pagos concebidos, requeridos de una audiencia de revocación, de similar consto. En pocas palabras que el acusado pague la liquidación de alimentos cualquiera fuera el monto adeudado le exige al Estado una inversión o pérdida.

El acusado, por su parte hace la evaluación de costos: si lo que debe no lo paga ante el Juez de Paz Letrado ni tampoco lo hace ante la audiencia de aplicación de Principio de oportunidad, es porque ese consto le es ventajoso. Si se tiene en cuenta que la liquidación esa que llega a manos del Fiscal, es de un monto aproximado de dos mil soles; seis o siete meses después, que es lo que se demora para llegar al juez de juzgamiento, no aumentado ni siquiera el 10% de ese adeudo, entonces sigue siendo ventajoso.

La madre, por lo demás sufre los costos de ambas contrapartes. En primer término, porque si bien el Ministerio Público la representa en los hechos poco hace por resarcir los daños que esta padece. No tiene un abogado que acelere el proceso y ese es un costo no resarcible: el tiempo. En realidad, si lo es. La obligación del imputado en cancelar la deuda la misma que tiene un precio, si uno tiene una tarjeta y compra cualquier cosa en cuotas en cada oportunidad la empresa le cobra un interés.

Las personas que tenemos la posibilidad de acceder a créditos bancarios sabemos que la tasa de interés fluctúa en 9% y 13% anual. Depende de la entidad bancaria y de la fiabilidad del cliente; ¿Por qué el acusado no paga ese mismo interés?, es más, si el cliente se retrasa una o más cuotas en las subsiguientes advertirá que su adeudo ha

crecido latamente. Entonces. ¿Por qué el Ministerio Público, pide tan bajo interés por los adeudos alimentarios? Vamos más allá, si la madre de la alimentista desatendida, tiene necesidad de dinero y no tiene acceso al sistema crediticio acude al mercado paralelo.

Un préstamo en el sistema informal callejero supone el pago de interés mensual de hasta el 25%. Los mismos acusados cuando son aprehendidos, prefieren pagar esos costos antes que ir preso. ¿Por qué no imponer reparaciones civiles que incluyan un interés del 10% anual contabilizado desde el término de la liquidación? Quizás tendríamos que apreciarlo: al 0.8% al mes. ¿En alguna oportunidad el interés podrá superar el 50% del monto primigenio adeudado? Sí, pero la culpa es la del propio inculpado que no paga a tiempo.

Imaginemos un préstamo al banco y que durante un año no se paga, ¿de cuánto será la deuda al año siguiente? ¿Le pagas al banco pero no quieres pagar a favor de tus propios hijos? Sigamos en el tema: ¿en cuántas cuotas debe pagar el adeudo cuando se tiene una sentencia penal condenatoria?

La mayor de las veces, y me incluyo, consideramos que la reparación civil debe pagarse de acuerdo a las posibilidades del sentenciado. Lo cierto es que no debe ser así. Atiéndase en primer término, que mientras el acusado juega con los tiempos y logra que la liquidación entre a juicio oral con siete meses de diferencia. A la par ya está corriendo otros plazos en el proceso de alimentos que, de seguro motivaran otra liquidación, y así el proceso penal se convierte en una suerte de ruleta rusa, la puerta giratoria y el círculo vicioso en el que el Padre irresponsable juega a fin de tener medianamente satisfecha a la madre y a los órganos jurisdiccionales.

En segundo término, deba atenderse a la experiencia: si el acusado sabe, y conoce perfectamente si no paga el 75% del monto adeudado se va al centro penitenciario de Chachapoyas ubicado en el Distrito de Huancas; entonces está dispuesto a solicitar el aplazamiento de su juicio 24 horas más a fin de conseguir el dinero y pagar

efectivamente. Si la condición para la suspensión de la ejecución de la pena es el pago de ese porcentaje. ¿Antes el riesgo de no perder la libertad, no pagarían el 100%?. Si el acusado sabe que se le exigirá el pago del total en un solo chasquido de los dedos, ¿le quedaran ganas de seguir atrasándose?

Regresemos al asunto de los costos. ¿Por qué llegar hasta juicio oral un proceso que podría terminar con alguna de las salidas alternativas previas? El acusado sabe que no le cobrar costas. La justicia penal es gratuita mientras se efectuó el proceso, pero una vez que esta termine y hay un vencido como en todo proceso, corresponda que asuma los costos de la pretensión litigiosa.

El artículo 497° del código procesal penal, claramente señala: “las costas están a cargo del vencido”, y agrega que por excepción se le eximirá de dicho pago. Los tramites de la justicia deben ser soportados efectivamente por el acusado, cuando este sabe de ante mano que va a perder el juicio penal.

En el caso que nos ocupa; y, que es materia de investigación jurídica, la negativa de otorgar la Revocatoria de la Pena por otra medida menos gravosa, a los condenados con pena efectiva en delitos de Omisión de Asistencia Familiar, por parte de la Corte Suprema, está generando un sobre costo económico en el presupuesto institucional y en un futuro próximo el hacinamiento de las cárceles de nuestro país, teniendo conocimiento que respecto a los Procesos Penales que dicho delito ocupa el primer lugar en la estadística judicial.

El Ministerio de Justicia a través del Boletín I-2016⁹², informa que, hasta el mes de marzo de 2016, en sus 65 establecimientos penitenciarios que cuenta a nivel nacional se encontraban 1,690 internos por el delito de OAF, suma elevada desde nuestra modesta opinión; si hacemos un cálculo solo en alimentación, fijando en diez soles diarios sumarian 16,900 en un mes nos arrojaría la suma de s/. 507,000 soles, nos

⁹² Boletín I-2016, ¿Qué tanto sabes del Sistema Penitenciario en el Perú?, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, junio 2016. Pag. 14 a 15.

parece exagerado que el Estado Peruano, mes a mes gaste dicho monto aproximado, en internos que no reviste peligrosidad para la sociedad, demás está decir que con dicho dinero se podría hacer muchas obras sociales a favor de todos los peruanos.

Respecto a los sobre costos económicos, hacemos mención que al Revocar la pena a los condenados por el delito de omisión de asistencia familiar por pena de prisión, genera que el Poder Judicial emita las Requisitorios (ordenes de captura), la cual va ser ejecutada por la Policía Nacional del Perú, cuando su principal objetivo sea la seguridad ciudadana; posteriormente es capturado ingrese al PODER JUDICIAL, para la emisión de la papeleta de ingreso al centro penitenciario, luego el personal del INPE efectué el tramite penitenciario respectivo; con el transcurso del tiempo el sentenciado reo en cárcel, requiere de un DEFENSOR PÚBLICO, para solicitar beneficio penitenciario, requiriendo que el FISCAL emite su Dictamen, y al final el Poder Judicial, previa audiencia con la participación del Juez, especialista de audio, Fiscal, Defensor Público, agente penitenciario este último custodia al condenado, se realice la audiencia se emita resolución que va hacer materia de apelación; como se puede apreciar, revocar la pena a un condenado genera todo un movimiento del sistema Judicial Peruano, con lo cual ocasiona un fuerte gasto económico a nuestro País, cuando todo ello se puede evitar, simplemente variando la pena efectiva por otra Pena menos gravosas, y con ello ahorrarle el sobre costo a las instituciones que forma parte del sistema judicial de nuestro país.

Por otra parte, los centros de reclusión tienen que ser lugares de rehabilitación y no espacios de encierro sin objetivos ni resultados en cambiar a los internos. La dignidad humana se expresa también en el hecho de estar privado de libertad y tenemos que hacer todos los esfuerzos posibles para lograr que la finalidad de la pena tenga el efecto renovador y que con ello la sociedad se vea restaurada.

3.9 El Principio del Interés Superior del Niño.

3.9.1 Normatividad internacional

Este antiguo principio que aparece con la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños.

Se trata de una garantía de que las niñas y los niños tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Así se tratan de superar dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a los niños y niñas, por un lado, y el paternalismo de las autoridades por otro.

El interés superior del niño es concepto triple: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento.

Se trata del derecho del niño y la niña a que su interés superior sea una consideración que se prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta. Es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

Como norma de procedimiento, siempre que se deba tomar una decisión que afecte a niñas y/o niños, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión en las niñas y niños interesados. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá garantías procesales. Se debe, por ejemplo, dejar patente y explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión.

El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño.

3.9.2 Normatividad Nacional

Nuestra constitución, en su parte dogmática, reconoce la protección especial del niño y del adolescente en su artículo 4°. Asimismo en el artículo 6° establece como objetivo de la política nacional de población, la promoción de la paternidad y maternidad responsable, el deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como la igualdad de los hijos sin considerar el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación.

De la misma manera, el código de los niños y adolescente ha establecido en su artículo IX que: “en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, del ministerio público, los gobiernos regionales, gobiernos locales y sus demás instituciones, así como la acción de la sociedad, se considerara el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respecto a sus derechos”.

Lo mencionado nos permite argumentar que, en pro del principio de protección del interés superior del menor, resulta conveniente que una persona que es Padres de familia goce de libertad ambulatoria para cumplir con el pago de la pensión de alimentos a favor de su menor hijo.

En este sentido si un padre de familia, a quien se le ha privado de la libertad a causa de haber cometido el delito de omisión a la asistencia familiar (sentencia condenatoria efectiva), después paga los devengados en la etapa de ejecución de sentencia resulta razonable que solicite la conversión de la pena y obtenga su libertad a efecto que siga pagando la pensión alimentaria, lo cual en su centro penitenciario será difícil hacer.

3.9.3 El Interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional.

A pesar del esfuerzo realizado en el apartado anterior, con el que se pretendió encontrar una definición a partir del texto y el contexto de la Convención sobre los

Derechos del Niño, sigue vigente la pregunta ¿Qué es, ciertamente, el “interés superior del niño” ?, ¿en qué consiste y con arreglo a que criterios puede o debe determinarse?

Ello es así, por cuanto como ya se ha expuesto, “el interés superior del niño” constituye un concepto jurídico indeterminado. En efecto, en el artículo 3, primer párrafo, de la Convención, el “interés superior del niño” aparece tipificado, expresado legalmente como concepto jurídico indeterminado, por medio de una clausula general con la que se lo establece como principio y también como mandato o expresión concreta para supuestos de hecho específicos.

La Idea de Interés en el plano jurídico. - El termino (jurídico) y el concepto de interés son muy usados y conocidos, pero pocas veces se ha tratado de definirlo o concretarlo conceptual o normativamente.

El “interés”, como categoría jurídica, es uno de los conceptos fundamentales en la consideración instrumental del Derecho, como medio para la satisfacción de los fines esenciales de la persona. “El interés designa el sentimiento que se tiene de las condiciones de vida. Si me intereso por una persona, por un objeto, por una situación, es porque yo siento que dependo de ella, desde el punto de vista de mi existencia o mi bienestar, de mi satisfacción o de mi felicidad. Los intereses son, pues, las condiciones de vida en sentido lato”.

El Interés comprende, así, tanto a los bienes materiales, patrimoniales, como a los espirituales o ideales, todos aquellos a los que la persona considera (subjetivamente) valiosa; y afectan a la persona como una especie de energía en sus aspiraciones humanas, del tipo que fueren, materiales o ideales (éticas, religiosas, etc); afectan también a todos los sectores vitales, en todos los ámbitos individuales y sociales de la persona.

Coincidentemente el Tribunal Constitucional ha precisado que “el interés se expresa confluyentemente como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil”.

Lo que se deja expresado es una idea general del interés de cualquier persona y, como tal, vale también para la persona del niño, con la sola observación de que en el menor, por razón de sus pocos años y estructura de su personalidad en desarrollo, tiene particular importancia los bienes y valores no racionales (afectos, aspiraciones, impulsos inconsistentes) por cuanto conforman destacadamente su vida y llenan en mayor proporción sus necesidades, al tiempo que constituyen los resortes más fuertes de su comportamiento (activo y pasivo) a esa edad.

Los efectos de la indeterminación del interés superior del niño. - Como se ha expuesto, el interés superior del niño, es un concepto jurídico indeterminado, por medio del cual la Convención de los Derechos del Niño se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea apreciado luego en el momento de su aplicación.

Se trata, en este caso como en otros en que el legislador recurre a estos standards o conceptos indeterminados (la buena fe, la negligencia, la diligencia de un buen padre de familia) de conceptos de valor o de experiencia referidos a realidades que inicialmente no permiten una mayor precisión o concreción, pero que, trasladadas a situaciones específicas, a supuestos determinados, su aplicación conduce a una solución y no otras; así, el poseedor actúa de buena fe o no, la decisión tomada por un padre es la que más convenía al hijo o no. El hallazgo de esa solución, la única adecuada, solo es posible al trasladar el concepto indeterminado, en la aplicación de la ley, a la realidad y circunstancias concretas del caso.

El empleo de conceptos jurídicos indeterminados es frecuente en todos los ámbitos jurídicos. Pero la elección de esa técnica tiene importantes consecuencias, porque ella va a comportar y requerir una forma especial de aplicación de la norma que incorpora tales conceptos y sobre todo, va a dar relevancia inusitada a los datos y circunstancias del caso concreto, porque estos son los que van a permitir encontrar la solución dentro del ámbito de apreciación del concepto jurídico indeterminado. En ese mismo sentido el tribunal constitucional ha señalado que “los conceptos jurídicos poseen un contenido, en tanto este implica el conjunto de notas o señas esenciales y particulares que dicha representación intelectual encierra, y una extensión, que determina la cantidad de objetivos o situaciones adheridas al concepto.

De acuerdo con ello, la aplicación del interés superior del niño, exigirá una doble labor, precisar el significado y contenido (en que consiste el “interés superior del niño”), y luego, comprobar en qué situación y circunstancias concretas de las posibles se da el valor que ha pretendido captar la norma (lo que más conviene a un niño determinado).

3.10 Factor criminógeno de la prisión en condenados por delito OAF

Hemos titulado a la presente factores criminógenos, y para ponderar de la mejor manera el concepto, hay que saber que es un factor.

La palabra factor tiene un significado diferente acorde al contexto en el que estemos hablando, por lo que en una definición general sería: Elemento, circunstancia, influencia, que contribuye a producir un resultado. Ahora, enfilando este concepto a la Criminología nos daría un resultado así: **El factor criminógeno, son los elementos que contribuyen para facilitar la comisión u omisión de una conducta de resultado antisocial.**

El factor criminógeno está constituido por los factores endógenos y exógenos; Los primeros, también conocidos como factores somáticos, son aquellos de cualidad innata a la persona, como los factores psicológicos: trastornos de la personalidad, patologías

biológicas: ADN, enfermedades corporales, herencia genética- etc. donde existe relación entre la actividad del organismo con las conductas antisociales de la persona. Los factores exógenos, también como factores sociales, es decir los que están fuera del sujeto, así tenemos por ejemplo a la naturaleza como el día, si hace frío o calor, un ambiente lluvioso, si es de noche o de mañana o también factores que no vienen a formar parte de la naturaleza como lo es el medio social en el que nos desarrollamos, que viene a ser el lugar en donde vivimos, las personas con las que nos desenvolvemos y convivimos como la familia y amigos, la radio o la televisión que vienen a formar una parte importante en el desarrollo de nuestras actividades.

El presente capítulo tiene como objeto demostrar que los condenados por el delito de OAF, carecen de sub cultura criminal y de carrera criminal, ya que estas son características propias de los delincuentes violentos, asimismo analizaremos los efectos del encarcelamiento a los internos condenados por el Delito de omisión de asistencia familiar, todo ellos desde el punto de vista de la criminología, entidad que analiza el fenómeno delictivo y sus formas de aparición, describiendo, examinando y explicando este doloroso problema social y comunitario, teniendo presente que dicho delito ocupa el primer lugar en carga procesal a nivel nacional; todo ello con la finalidad de aportar una valiosa información, empíricamente contrastada, en orden a fundamentar la procedencia de la Revocatoria de la pena efectiva por otra menos gravosa.

Nuestro interés es examinar los aspectos criminológicos con el fin de analizar los datos empíricos que informan la realidad de las prisiones del Perú, ya que solo conociendo la situación de las personas privadas de libertad, podremos conocer el contexto situacional en el que se encuentran, los condenados por el Delito de Omisión de Asistencia Familiar, para esta forma completar nuestro estudio de la revocación de la pena privativa de libertad en los Delitos antes indicados, y de esta forma comprobar sus consecuencias, como son:

- ❖ Factores criminológicos de la Prisión (contagio criminal, prisionización, encarcelamiento prolongado, aislamiento).
- ❖ Crisis de la prisión y propuesta de abolicionismo.

- ❖ Victimización terciaria en los ex reclusos y el problema de integración social post penitenciaria (reinserción social).
- ❖ Control social formal desde la institución penitenciaria y subcultura de la prisión (códigos de conductas).

3.10.1 Subcultura criminal

Una de las características de la sociedad humana, la que más la distingue de la sociedad animal, es la cultura, es decir el conjunto de conocimientos, creencias, técnicas, artes, normas y otros factores que se han ido adquiriendo a través del aprendizaje y se utilizan por el hombre en sus relaciones con los demás.

Prácticamente, todo lo que la persona es, aparte de su individualidad biológica, es cultura, producto del aprendizaje social, incluso las habilidades más innatas, la inteligencia, la constitución física, el sentido artístico, la buena voz, el buen oído, etc., tiene distinta evolución según se desarrollen en un medio cultural favorable o desfavorable.

“El concepto de subcultura, proviene de la antropología, comenzó aplicarse en el estudio de la delincuencia juvenil a mediados de la década de 1950” (McLaughlin, 2011, p. 482)⁹³. Se la uso para explicar la desviación social en general, y la delincuencia juvenil en particular, mediante la indagación de los conjuntos de valores distintivos que apartan al menor delincuente de la cultura dominante. Buscaba conferir sentido a lo que en apariencia no lo tenía a partir del argumento de que la delincuencia juvenil era la solución estructural y cultural a los problemas que enfrentaban los grupos marginal.

Respecto a la Cultura, los sociólogos y antropólogos entienden la cultura como un conjunto de valores, ideas, costumbres y otros sistemas de expresión simbólica, así como los artefactos productos del quehacer humano dentro de una sociedad, y que en gran parte modelan el comportamiento de los individuos. Frente a esto, la subcultura es

⁹³ McLaughlin, Eugene y Muncie, John; Diccionario de Criminología; Gedisa editores; Barcelona, 2011.

una expresión particular, propia de un grupo determinado, que puede o no ser opuesta o encontrada con la cultura global.

En nuestra sociedad actual, ubicamos muchas subculturas urbanas y juveniles, con diferentes ideologías y con diversos estilos de vida, entre ellas tenemos: Hippies, Emo, Punk, Góticos, Rastafaris, Rude Boy, Hackers etc. Para el desarrollo de nuestro tema, vamos abordar, la subcultura criminal.

Villavicencio (2000), nos indica que el concepto de subcultura nace en la sociología criminal para explicar la conducta desviada de ciertas minorías: criminalidad de jóvenes y adolescentes de clases baja organizada en bandas⁹⁴. Así tenemos que la Subcultura criminal, tiene como característica de barrios donde la delincuencia adulta se encuentra integrada en el tejido social. En ella el joven encuentra oportunidades efectivas para delinquir, pero además puede aprender de modo altamente formalizado las pautas desviadas, los códigos, las técnicas concretas. El propio entorno sirve de mecanismo de control, impidiendo acciones o el uso de medios que pondrían en peligro la supervivencia de la propia cultura: riesgos innecesarios, uso irracional de la violencia, etc.

Pérez y Santillán (2009)⁹⁵, señalan que los sociólogos repiten insistentemente que la delincuencia no es simplemente un conglomerado de actos individuales, sino que, en gran parte, se aprende en la asociación con otros; igual que otros valores, las normas y pautas de conductas son adquiridas.

Esta ampliamente comprobado que los delincuentes habituales frecuentan casi exclusivamente la compañía de otros delincuentes y, de esta forma, comparten el mismo modo de ver las cosas. Es precisamente esta manera de ver las cosas lo que se ha convertido en tradición, a través del tiempo, entre bandas de delincuentes y lo que ha sido denominado por los sociólogos como la subcultura delincuente. Esta subcultura

⁹⁴ Villavicencio T. Felipe; “introducción a la criminología”, Ed. Grijley, 1ra reimpresión mayo 2000, Lima.

⁹⁵ Pérez López y Santillán López, “Criminología de la concepción positivista a la perspectiva crítica, Ed San Marcos, Lima 2009.

implica ciertas creencias, valores, normas y formas de comportamiento que son generalmente condenadas, aprobadas o incluso exigidas por los miembros. Que se distinguen de otros por tener un vocabulario especial, forma de vestir y actuar, tatuajes (ejm: los maras salvatruchas), códigos delincuencial, relaciones con otros delincuentes, etc.

Por todo ello, nosotros postulamos que los condenados por el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar, no son delincuentes ya que carecen de subcultura criminal, la cual tiene como característica el aprendizaje criminal, la formación de grupo colectivo de delincuentes habituales, la violencia, conducta desviada etc., algo que los condenados por OAF carecen, por cuanto el hecho de haber incumplido la resolución judicial que establece una obligación alimenticia a favor de sus menores hijos no los convierte en delincuentes, que si bien es cierto han infringido la ley penal no por ello merecen una pena de prisión la cual está destinado a los delitos más violentos, y la cárcel para los delincuentes de máxima peligrosidad.

3.10.2 Carrera Criminal

La edad es uno de los dos factores más sólidamente correlacionados con la comisión de hechos delictivos, se sabe que, desde los inicios, muchos jóvenes cometen algunos actos ilícitos en su adolescencia, pero son muy pocos los que persisten en la actividad delictiva en su edad adulta, Alfonso Serrano Maillo⁹⁶, afirma que los criminales adultos suelen haber cometido actos delictivos en su juventud.

La transformación de algunos sujetos en delincuentes crónicos va a depender, esencialmente del grado de motivación antisocial o delictiva que tenga a partir de un determinado número de factores que confluyen en ellos.

⁹⁶ Serrano Maillo, Alfonso, “Introducción a la Criminología”, 1ra edición para Latinoamérica, Ara editores, Lima 2004. pág. 423.

Desde los orígenes de la criminología, los investigadores han estado muy interesados en el patrón longitudinal de la actividad criminal. La base de estos conocimientos se ha incluido en el estudio de carrera delictiva, se ha centrado en la participación del individuo en el crimen, la frecuencia, la escalada, la longitud de carrera y el desistimiento.

El enfoque de las carreras criminales conforme lo señala Garrido Genoves⁹⁷, tiene un carácter marcadamente empírico, y es por lo tanto compatible con distintas perspectiva teóricas. Igual que una persona sigue una trayectoria a lo largo de su vida y en determinados aspectos de la misma, y a eso se le denomina una carrera, por ejemplo, profesional; también un delincuente puede seguir unas pautas y eso puede ser una carrera criminal.

Así se habla el número y ritmo de los delitos, su gravedad, sus modalidades, la edad de inicio, la duración, etc. También puede haber algunos delincuentes especialmente activos, o delincuentes de carrera. Las carreras criminales de diversos sujetos pueden ser distintas entre sí, pueden también depender del delito de que se trate, la propia relación entre delito y edad puede depender del tipo de delito.

Eugene McLaughlin y John Muncie⁹⁸, define a la carrera criminal como la secuencia ordenada de violaciones al derecho penal, Serrano Maillo⁹⁹, indica que es la secuencia de delitos cometidos por un individuo a lo largo de su vida. Una carrera criminal tiene un principio (inicio en la conducta delictiva) y un final (edad en que se abandona o el desistimiento). También se debe tener presente, la frecuencia con la que se incurre en violaciones de cada tipo de delito, y las probabilidades de cambiar de categoría de delitos. No es necesario que los delincuentes cometan delitos como medio de financiación o de trabajo, sino que lo importante es la continuidad en la comisión de delitos.

⁹⁷ Garrido Genovés, Vicente; “Delincuente y sociedad”, Madrid 1984, ed. Mezquita. Pág. 15 -24.

⁹⁸ Eugene McLaughlin y John Muncie; “Diccionario de Criminología”, Gedisa editores, 1ra edición febrero 2011, Barcelona.

⁹⁹ Ídem.

Nosotros postulamos en nuestra tesis, que el condenado por el delito de OAF, carece de carrera criminal, por cuanto solo ha cometido un delito OAF, lo cual no se puede catalogar como delincuente, ya que este tubo una conducta normal en su adolescencia en la cual nunca cometió actos ilícitos, podemos señalar que el inicio del delito fue cuando no cumplió con cancelar la deuda alimentaria y el fin será haber ingresado al establecimiento penitenciario; por el contrario, el delincuente violento en su etapa de juventud cometió actos ilícitos y en su adultez realizo varios delitos he aquí la diferencia frente al condenado por el delito de OAF.

3.10.3 La Prisionizacion

Hablar del problema del recluso en la vida cotidiana de las cárceles, supone tocar una variedad de conflictos que ocurren intramuros, sobre todo en una prisión cerrada tradicional. Algunos de estos temas son el fenómeno de la prisionizacion, el problema sexual de los reclusos debido a la abstinencia, las drogas en la prisión, los delitos diversos, las evasiones, motines y otros fenómenos que ocurren al interior de los establecimientos penitenciarios que han sido materia de estudios.

Al respecto Solís (1990), señala que “el fenómeno de la prisionizacion o prisionalizacion, fue estudiado inicialmente por el sociólogo Donald Clemmer y presentado en su libro *The Prision community*, en el año de 1940, entendiéndolo como el proceso de adaptación a una cultura particular de la cárcel” (p. 208)¹⁰⁰.

Vizcardo (2005), precisa que la prisionizacion determina el fenómeno por el cual el preso sufre un proceso de adaptación al sub mundo carcelario. (p. 177)¹⁰¹. En virtud de dicha afirmación, es posible apreciar como el ser humano, internaliza o adquiere los valores (desviación), uso y costumbres de la sub cultura carcelaria, y las asume, en un proceso que es una variable del aprendizaje social, así como una disminución general

¹⁰⁰ Solís Espinoza. A (1990), Ciencias Penitenciarias y Derecho de Ejecución Penal, 5ta edición, ByB, Lima.

¹⁰¹ Vizcardo, S.H. (2005) *Derecho Penitenciario Peruano*; pro derecho instituto de investigaciones jurídicas; Lima.

del repertorio de conducta de los mismos, por el efecto de su estancia corta o prolongada en centro penitenciario.

En la cárcel cada grupo posee una subcultura propia, y precisamente la comunidad de reclusos de cada centro penitenciario constituye un grupo especial, así por ejemplo tenemos el grupo de los secuestradores, estafadores, falsificadores, asaltantes (raqueteros, cogoteros, marcas etc.) traficantes de drogas, terroristas, etc. Cada uno adopta al sub mundo carcelario y a la vez este constituye un grupo especial.

Desde el punto de vista sociológico y antropológico, una prisión cerrada, da lugar a un sistema social, caracterizado por la vigencia de un conjunto de normas y valores que se denominan “subcultura carcelaria”, la misma que es diferente al de la vida extracarcelaria y a las reglas del régimen penal impuesto por la administración penitenciaria. Este conjunto normativo se designa muchas veces como “código del preso”, una de cuyas reglas es la prohibición de cooperar con las autoridades del establecimiento penitenciario, exigiendo la lealtad entre los internos, no denunciar ni perjudicar o dañar al compañero, entre otras normas.

Small (2006), afirma, que “como efecto del ambiente en la cárcel surge la prisionización, que es entendida como proceso de introyección o aceptación, con diverso grado de intensidad, de esta subcultura carcelaria, es decir, es la adopción por los internos de las costumbres, valores, tradiciones y reglas de la comunidad de los reclusos”. (p. 8)¹⁰². Dicho proceso se inicia con la pérdida repentina del estatus anterior en el establecimiento penitenciario, donde se empieza a adquirir las costumbres, valores, normas del penal, sobre todo subcultura no oficial, hasta alcanzar el punto decisivo de la prisionización.

Sin embargo, debemos señalar que no todos los internos aceptan la subcultura carcelaria, pero esto origina que los no conformes sean desaprobados, despreciados,

¹⁰² Small Arana, German. (2006). Situación carcelaria en el Perú y beneficios penitenciario, Grijley. Lima.

insultados, según el caso, dando lugar a que algunos acaten tales normas sin ningún sentimiento real de solidaridad o de aceptación.

La prisionización, entendida como el fenómeno por el cual el interno sufre un proceso de adaptación al submundo carcelario, se agrava en relación directamente proporcional al tiempo de duración del encierro. Se considera que una carcelería larga ocasiona mayor grado de prisionización, además, debemos tomar en cuenta las diferencias individuales de personalidad y la experiencia social afín o no a esta subcultura.

La prisión no es solo la privación de la libertad, sino un cambio radical en la vida del interno, se le priva del hogar familiar, trabajo, amigos, identidad de las relaciones sexuales, autonomía, seguridad, aire, del sol, etc. La pena de Prisión se diferencia de las penas corporales antiguas solo en que el sufrimiento irrogado no se concentra en el tiempo, sino que es dilatado en un espacio extenso.

Se dice que los efectos de una profunda prisionización hacen que un ex recluso sea a veces incapaz de vivir en sociedad libre, y que más bien se profundicen las tendencias antisociales y criminales, sobre todo en centros carcelarios promiscuos. Este es uno de los riesgos negativos a los que se ve sometido el interno en una prisión tradicional, por lo que se señala que debería quedar limitado para los casos de sentenciados que constituyen un real peligro para la sociedad.

La prisión también estigmatiza, así como en la antigüedad los criminales eran marcados con hierro candente para que sintieran vergüenza frente a sus semejantes, el haber estado procesado penalmente o más aun, encarcelado, deja una huella para llevar durante toda la vida. El procesado o condenado sigue estigmatizado frente a la sociedad y así mismo. Sigue siendo socialmente procesado, rechazado, excluido y el estigmatizado, se auto percibe como un desviado, de tal forma que es impulsado a vivir y a comportarse conforme a dicha imagen (adquiriendo, continuando o reforzando una perniciosa subcultura criminal).

La ejecución de la pena privativa de libertad, genera sufrimiento, dolor de tipo moral y físico en el condenado y su familia, no lo transforma, sino que lo destruye, lo aniquila, le produce efectos irreparables. Se puede hablar de dolor inútil, desperdiciado, que no resulta congruente con el grado de civilización del que jacta haber llegado el hombre; en los libros de texto y en las comunicaciones usuales y oficiales se afirma que el control del crimen se ha convertido en una operación limpia e higiénica, que el dolor y el sufrimiento han desaparecido, pero, como es natural, no han desaparecido de la realidad ni de la experiencia de los penados.

La negativa de la Corte Suprema en negarle la Revocatoria de la Pena a los condenados reclusos en establecimientos penitenciarios por el Delito de Omisión de Asistencia Familiar, que han cumplido con cancelar la deuda alimenticia posterior a la revocatoria, que carecen de sub cultura criminal y carrera criminal, que no son delincuentes violentos, ya que estos si están preparados física y mentalmente para ingresar a un centro penitenciario, por cuanto su conducta antisocial se adaptara al sistema carcelario, porque saben que en algún momento determinado serán procesados por el sistema penal con carcelería. Pero el condenado por Delito de Omisión de Asistencia Familiar no está preparado, para vivir en Prisión, atravesando un ciclo de adaptación carcelario sumamente severo, ya que la cárcel no se vive 365 días al año, sino un día 365 veces, generando efectos en el sentenciado como: sufrimiento, angustia, estado permanente de ansiedad, pérdida de motivación para asearse, estrés, problemas de salud física y mental, alteración del sueño, luchar por su supervivencia, adaptarse al código del recluso (sub cultura) como sistema de dominación y lo peor alejamiento del hogar familiar etc. Consecuencias posteriores: atrapados en el tiempo y dificultad para elaborar un proyecto futuro etc.

Ya que el encierro y la convivencia obligada de los reclusos, al interior del centro penitenciario, genera la presencia de una subcultura carcelaria, de la cual quiéralo o no, el interno participa. Desde la perspectiva criminológica, esta sub cultura es determinante de los patrones y moldes culturales y conductuales de los internos, y se ve influenciado por diversos factores, ya indicados líneas arriba.

Los efectos de una leve o profunda prisionizacion hacen incapaz de vivir en sociedad libre al excarcelado, y más bien profundizan las tendencias antisociales y criminales, sobre todo en centros carcelarios hacinados; en consecuencia, tendrán mayor implicancia en la posible reincidencia. Este es pues uno de los riesgos a los que se ve sometido el interno en una prisión cerrada tradicional, por ello como bien afirma Solís (1999), hoy se cuestiona y critica el encarcelamiento indiscriminado, cuando realmente debería quedar limitado para los casos de sentenciados que constituyan un real peligro para la sociedad (p. 210)¹⁰³.

3.10.4 La Nocividad de la Prisión

Son muchos e importantes los problemas que se derivan de estancia en prisión, entre ellos los más importantes es la separación familiar y social que produce el aislamiento, la reducida actividad de tratamiento penitenciario, derivado del escaso de equipos técnicos y de la limitación de medios materiales, las deficiencias condiciones humanas que provoca la masificación o los elevados índices de reincidencia que la prisión no consigue frenar.

El interno a su entrada en prisión pierde su libertad, pero también el contacto con su familia y amigos, su trabajo, su intimidad y especialmente su autonomía ya que a partir de ese momento todo esta reglado y para cualquier actividad debe someterse a las normas internas, lo que erosiona su individualidad impidiéndole regirse como persona autónoma, ello puede favorecer la aparición de uno de los efectos más preocupantes de la pena de prisión, especialmente la de larga duración, como es la prisionizacion o institucionalización.

Con dicho termino Clemmer¹⁰⁴. Se refiere a la repercusión de la subcultura carcelaria en la vida de los internos, ya que significa que se adoptan los usos y costumbres de la

¹⁰³ SOLIS E, Alejandro. (1999); *Ciencia Penitenciaria y Derecho de Ejecución Penal*. 5ta edición. ByB. Lima.

¹⁰⁴ Obra citada por Cervello Donderis, Vicenta. "Derecho Penitenciario" Tirant lo blanch, Valencia 2012. pag 352.

prisión y se pierden los que se tenían antes del ingreso: argot carcelario, subordinación, actividades rutinarias y monótonas, nuevos hábitos de vestimenta o alimentación, afectando más o menos a los internos en función de variados factores como su personalidad, su integración en grupos de reclusos, la existencia de contactos con el exterior, las características de su módulo de destino, su edad o tipo de delito cometido.

En todo caso, cuanto más larga es la estancia en prisión, al mantenerse menos contactos con el exterior y crearse más vínculos carcelarios, hay muchas más posibilidades de interiorizar estas normas y más obstáculos para volver a la sociedad libre y asumir sus normas de convivencia.

Esta subcultura carcelaria, supone adoptar un código interno de conducta derivado del encierro y de la excesiva normativización, lo que lleva a la jerarquización por la presión de grupo, al autoritarismo como modelo de convivencia y a la adopción de un sistema de valores que constituyen modelos de conducta para los internos como no inmiscuirse en la vida de los demás, ser leal con el grupo y resistirse a la institución o mantener una posición defensiva ante discusiones o peleas pero combativa ante cualquier provocación. El nivel de cumplimiento de este código tiene una doble utilidad, da prestigio entre los reclusos, y facilita la unión ante la institución.

En cuanto a los daños a la salud en general derivados del propio encierro y aislamiento, destacan especialmente la pérdida de agudeza visual, olfato u oído y los trastornos de tipo psíquico, ansiedad, insomnio delirios o depresiones.

Es muy importante la valoración de los efectos nocivos de la prisión, tener en cuenta que cualquier medida de preparación a la libertad pueda contribuir de forma muy positiva a paliar los efectos negativos de la misma y a su vez cuanto más severa es la prisión se genera más prisionización y con ello más posibilidades de reincidir.

Desde el momento en que un interno ingresa a un establecimiento penitenciario se pone en marcha un proceso de adaptación a este nuevo y difícil entorno. La prisión generará

en la mayoría de los internos pautas de conducta que serían claramente desadaptadas para el exterior de la prisión; no obstante, dichas pautas responden a una necesidad de hacer frente a un contexto particular que de por sí resulta anormalizador para el interno

La naturaleza totalizadora de la cárcel, como se ha señalado, supone un aislamiento repentino e importante del afuera. Si bien en la mayoría de casos se mantiene un contacto con el exterior, éste será regulado minuciosamente por el funcionamiento mismo del establecimiento penitenciario. Esto influirá en la relación del interno con su entorno más cercano.

Las comunicaciones con personas significativas se verán distorsionadas y afectadas por los filtros institucionales, esto es, las condiciones especiales que harán posible la comunicación del interno con las visitas, sea a través de locutorios, en horarios restringidos y bajo estrictas medidas de seguridad. Dichos filtros suponen también una influencia importante en la vivencia y disfrute de la sexualidad. Los ambientes destinados para el encuentro sexual de internos y visitas, frecuentemente fríos o sucios, también con tiempos restringidos, impedirán la vivencia del mismo como el resultado de un acercamiento progresivo acorde a los propios tiempos de la pareja.

El mantenimiento en el tiempo de estas condiciones puede influir en las relaciones interpersonales que se tenían antes del ingreso. Así, un primer aspecto relacionado a la influencia del tiempo de reclusión consiste en la restricción y alteración de las relaciones interpersonales que el interno tiene fuera de la prisión. El encarcelamiento prolongado generará una pérdida progresiva de las vinculaciones previas del interno.

Al recuperar su libertad, se enfrentará a un entorno distinto cuyo cambio no pudo percibir a consecuencia de la reclusión. Conforme pasa el tiempo en la cárcel, el interno va idealizando cada vez más sus recuerdos por lo que al salir encontrará un entorno cambiado en el que tal vez no pueda encajar con facilidad. Específicamente es el reencuentro con la sociedad en su conjunto después de tiempos prolongados de rutina y monotonía, que pueden hacer sentir al interno como si el tiempo en realidad no hubiera

pasado. También pueden haberse producido cambios en las vidas de las personas que el interno conocía fuera de la prisión. Esto puede generar un importante impacto en tanto la persona va a percibir como abrupto un cambio en entornos y personas que han sido progresivos a lo largo del tiempo pero que la persona durante su reclusión no ha podido registrar.

En relación a la manifestación de la ansiedad durante el encarcelamiento existe acuerdo en que lo potencialmente desorganizador y disruptivo del ingreso a una prisión, genera que en los internos recientemente reclusos la misma se presente en forma aguda y elevada. La pérdida de respaldo social, la restricción de posibilidades a futuro y la inserción en un entorno nocivo pueden precipitar crisis vitales en algunos de los internos; incrementándose también en estos el riesgo de suicidio (Harding y Zimmermann, 1989; Slaikeu, 2000). El incremento del estrés y la tensión permite considerar este suceso como un evento traumático que acarrea mayores riesgos inmediatos para la salud emocional (Ruiz, 2007).

Existen posturas distintas para describir la presencia de ansiedad en el interno a lo largo del encarcelamiento. La ansiedad se eleva y mantiene niveles acentuados durante el encarcelamiento. Se vuelve crónica en tanto el ambiente penitenciario transmite una sensación de peligro y amenaza constantes, lo que como una de sus consecuencias, puede generar un mayor egocentrismo como respuesta a esta situación. Por lo tanto, la búsqueda normal de bienestar se transforma en una preocupación exclusiva por uno mismo que guía la vida cotidiana en función al interés propio. Este es un factor que también influiría en la dificultad para que se establezcan lazos de confianza y solidaridad.

Las consecuencias sociales para el interno recluso por el Delito de Omisión de Asistencia Familiar, será la separación del hogar familiar, y no nos referimos al agraviado, sino a su nueva familia, asimismo al estar cumpliendo pena de prisión efectiva, no podrá cumplir con su obligación alimentaria para el agraviado y su nuevo hogar familiar, consecuencias económicas, es decir tendrá que trabajar al interior del

centro penitenciario, lo cual será muy difícil por su estado anímico y emocional de su encierro, consecuencia psicológicas, que ya ha sido materia de análisis.

3.10.5 Hacinamiento Carcelario

Para la Real Academia de la Lengua Española, hacinar se define como amontonar, acumular, juntar sin orden¹⁰⁵; asimismo, el acto de hacinar, es decir, el hacinamiento, se refiere a la relación superior entre el número de personas en un espacio o número de espacios determinados.

La población del sistema penitenciario nacional está compuesta por las personas procesadas con medidas de detención y personas sentenciadas a pena privativa de libertad que se encuentran en los establecimientos penitenciarios, asimismo, personas liberadas con beneficio penitenciario de semilibertad ó liberación condicional y personas sentenciadas a pena limitativa de derechos, que son atendidas en los establecimientos de medio libre.

La capacidad de albergue se refiere al aforo máximo que tiene el Sistema Penitenciario para albergar a los internos, se dice que hay sobrepoblación cuando se excede el aforo máximo. Cuando la sobrepoblación excede al 20% de la capacidad de albergue, se llama *sobrepoblación crítica*, lo que el Comité Europeo para los Problemas Criminales ha entendido como *hacinamiento*¹⁰⁶.

El hacinamiento existe en casi la totalidad de cárceles constituyendo uno de los principales problemas que ha presentado el sistema penitenciario en nuestro país. Así, la población penitenciaria hasta el mes de junio del 2015 ascendía a 75,003 internos (procesados 37,602 / sentenciados 37,401)¹⁰⁷ mientras que la capacidad de albergue a

¹⁰⁵ Real Academia Española. www.rae.es/

¹⁰⁶ Informe Estadístico Penitenciario, p. 10: www.inpe.gob.pe/pdf/febrero_15.pdf

¹⁰⁷ Situación actual del sistema penitenciario peruano. <https://www.inei.gob.pe/media/criminalidad/.../Gustavo-Adolfo.pdf>

nivel nacional era tan sólo de 33,497. Asimismo se señala que por cada un millón de habitantes existen 2,120 internos, existiendo una sobrepoblación de 42,158 (126%)¹⁰⁸.

Hasta el mes de marzo de 2016, el número de internos en establecimientos penitenciarios era de 78,342 (73,752 varones y 4,590 mujeres), y de todos ellos 1,690 se encontraban por el delito de OAF¹⁰⁹.

La sobrepoblación, determina un estado de hacinamiento que se refleja en un círculo vicioso de mayor deterioro y destrucción de la infraestructura, actos de violencia (motines, reyertas), promiscuidad, inseguridad, enfermedades y disminución de la cobertura de los servicios. Es decir, en las prisiones peruanas sobra gente y falta espacio, por diversos factores que posteriormente pasaremos a describir. Este término “hacinamiento”, refleja en realidad un contraste entre un denso número de personas con una unidad de superficie o área física.

Todo ello genera condiciones desfavorables para su tratamiento penitenciario, donde los servicios requeridos por los mismos se tornan deficientes, insuficientes y en algunos casos inexistentes.

En establecimientos hacinados, definitivamente no es posible realizar una adecuada clasificación que determine una separación homogénea de internos en categorías que permitan la puesta en funcionamiento de los diversos programas de tratamiento, que concite la participación del interno en áreas diversas conforme a sus aptitudes, con la finalidad de lograr su rehabilitación y posibilitar el retorno a la comunidad social de una persona en mejores condiciones, como elemento útil a la misma.

El hacinamiento, como se ha indicado, es el germen de una serie de problemas que se presentan al interior del establecimiento penitenciario que afectan la seguridad no solo del interno sino del propio recinto carcelario, cuando la población penal por falta de

¹⁰⁸ Fuentes INEI Censo 2007. https://www.inei.gob.pe/media/criminalidad/.../Gustavo_Adolfo.pdf.

¹⁰⁹ Boletín I-2016, ¿Qué tanto sabes del Sistema Penitenciario en el Perú?, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, junio 2016. Pag. 14 a 15.

control convierte el penal en una tierra de nadie donde campea el tráfico ilícito de droga, tenencia ilegal de teléfonos celulares, armas punzo cortantes y, últimamente armas de fuego, como los encontrados en algunos establecimiento penitenciarios del país, conforme a la información emitida por los medios de comunicaciones, lo cual constituye una amenaza al personal penitenciario y a la seguridad del establecimiento penal.

Una de las muchas consecuencias del hacinamiento ha sido descrito en el Informe Defensorial N° 113 denominado “Supervisión del Sistema Penitenciario”, en el cual refiere que el hacinamiento afecta gravemente la salud de los internos, pues ello sumado a la carencia presupuestal hace imposible la contratación de un número suficiente de médicos¹¹⁰. Asimismo, produce “situaciones vulneratorias a la dignidad humana, como el hecho de realizar “turnos” para dormir o cumplir la detención en los pasadizos del penal.”¹¹¹

En los últimos años el crecimiento de número de personas encarceladas viene dándose de manera vertiginosa. Existe una peligrosa tendencia al abuso de la prisión no justificada objetivamente por supuestas razones de seguridad ciudadana: la tasa de delitos va por un lado, la utilización de la prisión por otro y la percepción subjetiva de inseguridad por parte de los ciudadanos es ajena a las dos anteriores. Se recurre cada vez más a la cárcel como única respuesta a la criminalidad en detrimento de otras penas y alternativas más eficaces. La pena de prisión sigue endureciéndose hasta alcanzar una duración mayor que en otros países latinoamericanos.

La negativa de otorgar la Revocatoria de la Pena por otras medidas menos gravosas, en los delitos de Omisión de Asistencia Familiar, por parte de la Corte Suprema, generara en un futuro próximo el hacinamiento de las cárceles de nuestro país, teniendo conocimiento que respecto a los Procesos Penales dicho delito ocupa el primer lugar en la estadística judicial. Los centros de reclusión tienen que ser lugares de rehabilitación y

¹¹⁰ Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial N° 113. *Supervisión del Sistema Penitenciario 2006*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2007. p.88. Consulta:20-08-07.http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe_113.pdf

¹¹¹ Idem p. 61.

no espacios de encierro sin objetivos ni resultados en cambiar a los internos. La dignidad humana se expresa también en el hecho de estar privado de libertad y tenemos que hacer todos los esfuerzos posibles para lograr que la finalidad de la pena tenga el efecto renovador y que con ello la sociedad se vea restaurada.

3.10.6 Victimización terciaria

La Victimización terciaria es conocida como victimización del delincuente o el acusado; y, García (2003) lo define como “el conjunto de costes sobre la penalización, sobre quien la soporta directamente o sobre terceros”, aunque en una obra anterior la define como la “victimización por parte del sistema legal del victimario mismo” que, según Gómez (2004), puede darse en cuatro momentos: el legislativo, el policial, el judicial y el penitenciario¹¹².

Nosotros entendemos que la victimización legislativa está referida a las severas penas y pocos beneficios penitenciarios; al abuso o violencia Policial; al maltrato judicial y a la violencia penitenciaria.

Es una victimización del delincuente, en ocasiones el delincuente puede convertirse en una víctima institucional, en determinadas situaciones se le puede considerar víctima de unas estructuras injustas, circunstancias que le llevarán a la comisión del delito. Esta marginación social es debida al interés de determinados grupos dominantes, con ello quieren seguir con esa posición de privilegio. Es con estos delincuentes con los que el estado utilizará toda su fuerza.

Al hablar de victimización terciaria, se puede pensar que se produce una primera victimización debido a esas estructuras injustas, pero una vez que se entra en la prisión se produce la victimización penitenciaria: hacinamiento, sobrepoblación de los centros penitenciarios, agresiones físicas, agresiones psíquicas, agresiones sexuales, mafias, normas internas, etc. Todo esto sufren los internos, pero como ya lo tenemos dichos los

¹¹² GÓMEZ P. Ángela. (2004). “Aspectos puntuales acerca de la Victimología”, Colectivo de Autores, Editorial Félix Varela, La Habana, citado en PÉREZ NÁJERA, Celín: “La Victimización de acuerdo a los contextos de ocurrencia”; <http://xn--caribea-9za.eumed.net/wp-content/uploads/victimizacion.pdf>

delincuentes poseen sub cultura criminal y al llegar al centro penitenciario, logran adaptarse a las normas de conductas subcultura carcelaria, para el caso de los condenados por el Delito de omisión de asistencia familiar, no poseen subcultura delincuencial ni carcelaria, padeciendo en carne propia de victimización terciaria, por cuanto no forman parte del mundo criminal, agravando su situación de encierro.

La cárcel no es precisamente el mejor escenario para modificar conductas ni enseñar conductas ni enseñar valores. Todo lo contrario, son centros reproductores de violencia y capacidad en el delito. El sistema judicial, debe evitar que los condenados por omisión a la asistencia familiar, que no son delincuentes, sean reclusos en centros penitenciarios con lo cual evitaríamos que la conducta de los sentenciados, se desvíe al lado oscuro de la criminalidad.

CAPITULO IV

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS.

4.1 Análisis y discusión de los resultados de los instrumentos utilizados

4.1.1 Diseño de contrastación de la Hipótesis

En la presente investigación se ha producido en el campo de estudio de casos judiciales, con información jurisprudencial, pleno jurisdiccional, estadística del archivo central de la Corte Superior de Justicia de Amazonas y encuesta efectuada a los sentenciados reos en cárcel con pena revocada por el delito de omisión a la asistencia familiar, que han cumplido con cancelar la deuda alimentaria después de la revocatoria, en la que se demostrara la hipótesis planteada al inicio del presente trabajo como respuesta a la investigación.

4.1.2 Población y Muestra

- **Población.** - La población o universo de la investigación está constituida por todos los procesos resueltos en los Órganos Jurisdiccionales de la Provincia de Chachapoyas, cuyas sentencias, les revocaron la Pena suspendida por prisión efectiva por el Delito de OAF durante los años 2014, 2015, 2016 y 2017, cabe indicar que los procesos materia del presente estudio asciende a 30 expedientes, por haberse revocado la pena, de los cuales seis cumplieron con cancelar la deuda alimentaria pese a ello fueron capturados e ingresados al establecimiento penitenciario de Chachapoyas – Huancas.

- **Muestra.**- Dado que la población objeto de estudio es menor a treinta, no se realizara ningún tipo de muestreo probabilístico ni tampoco no probabilístico, trabajaremos entonces con los seis procesos cuyos sentenciados (reos en cárcel), les revocaron la Pena suspendida por prisión efectiva por el delito de OAF durante el año 2014, 2015, 2016 y 2017 precisando que para el análisis jurídico se trabajara con las 30 sentencias de los cuales 6 procesos son reos en cárcel y para la aplicación de la encuesta se trabajara con los 08 sentenciados más un

interno proveniente de otra provincia, sumados son nueve internos que en el año 2016 se encontraban reclusos en el establecimiento penitenciario de Chachapoyas – Huancas.

4.1.3 Análisis estadísticos de los datos

Se aplicara a la información brindada por el archivo central de la Corte Superior de Justicia de Amazonas (Juzgados de investigación Preparatoria, Juzgados Unipersonales y Sala Penal de Apelaciones de la Provincia de Chachapoyas) y la información proporcionada por el Establecimiento Penitenciario de Chachapoyas – Huancas, los cuales se organizaran, resumirán y se tabulara la información a partir de los datos obtenidos, haciendo uso del programa de computación SPSS (Statistical Package for Social Sciences). Versión 20. Para el análisis de los resultados, se utilizará gráficos, tablas e indicadores estadísticos tales como media y desviación estándar.

4.1.4 Datos generales de los procesos resueltos con sentencia revocada

Conforme a la información recabada por el archivo central de la corte superior de justicia de Amazonas, específicamente de los órganos jurisdiccionales penales de la Provincia de Chachapoyas, entre los años 2014 al 2017, fueron treinta sentenciados revocados por el delito de omisión a la asistencia familiar.

4.1.5 Datos generales de la población encuestada

De un total de treinta sentencias revocadas seis condenados cumplieron con cancelar la deuda alimentaria y la reparación civil, pese a ello fueron capturados e internados en el centro penitenciario de Chachapoyas – Huancas.

4.1.6 Análisis de resultados a nivel de procesos resueltos con sentencia revocadas.

4.1.6.1 Cuadros de los procesos penales de los órganos jurisdiccionales de la Provincia de Chachapoyas.

CUADRO N° 01: sentencias, resoluciones finales - sobreseimiento y sentencias revocadas emitidas en el año 2014 por los órganos jurisdiccionales penales de la provincia de Chachapoyas de la corte superior de justicia de Amazonas - sede Chachapoyas, en delitos de omisión de asistencia familiar.

Resolución Final en Primera Instancia	Juzgados de Investigación Preparatoria de Chachapoyas		Juzgados Penales Unipersonales de Chachapoyas		Total
	1º JIP	2º JIP	1º JPU	2º JPU	
Sentencias	0	0	38	35	73
Autos finales – sobreseimiento	11	7	0	0	18
Sentencias Revocadas	3	3	0	0	6
Total	14	10	38	35	97

Fuente: archivo central de la Corte Superior de Justicia de Amazonas sede - Chachapoyas

Nota: Se obtuvo como resultado que, en el año 2014, de un total de 97 procesos judiciales por el delito de omisión de asistencia familiar, el 1er Juzgado de Investigación Preparatoria de Chachapoyas revoco tres condenas y el 2do Juzgado de Investigación Preparatoria de Chachapoyas también revoco tres condenas, haciendo un total de seis sentenciados con orden de captura que posteriormente fueron ubicados e internados en el establecimiento penitenciario de Chachapoyas – Huancas.

CUADRO N° 02: sentencias y resoluciones finales emitidas en el año 2015 por la corte superior de justicia de amazonas - sede Chachapoyas, en delitos de omisión de asistencia familiar.

Resolución Final en Primera Instancia	Juzgados de Investigación Preparatoria de Chachapoyas		Juzgados Penales Unipersonales de Chachapoyas		Total
	1º JIP	2º JIP	1º JPU	2º JPU	
Sentencias	1	2	41	34	78
Autos Finales – Sobreseimiento	12	8	0	0	20
Sentencias Revocadas	4	0	0	0	4
Total	17	10	41	34	102

Fuente: archivo central de la corte superior de justicia de amazonas sede – Chachapoyas.

Nota: Se obtuvo como resultado que, en el año 2015, de un total de 102 procesos judiciales por el delito de omisión de asistencia familiar, el 1er Juzgado de Investigación Preparatoria de Chachapoyas revoco cuatro condenas y el 2do Juzgado de Investigación Preparatoria de Chachapoyas no revoco ninguna condena, haciendo un total de cuatro sentenciados con orden de captura que posteriormente fueron ubicados e internados en el establecimiento penitenciario de Chachapoyas – Huancas.

CUADRO N° 03: Sentencias y Resoluciones Finales Emitidas en el año 2016 por la Corte Superior de Justicia de Amazonas - Sede Chachapoyas, en Delitos de Omisión de Asistencia Familiar.

Resolución Final en Primera Instancia	Juzgados de Investigación Preparatoria		Juzgados Penales Unipersonales		Total
	1º JIP	2º JIP	1º JPU	2º JPU	
Sentencias	8	0	56	81	145
Sentencias Revocadas	0	4	0	0	4
Autos Finales - Sobreseimiento	0	0	0	0	0
Total	8	4	56	81	149

Fuente: archivo central de la corte superior de justicia de amazonas sede – Chachapoyas.

Nota: Se obtuvo como resultado que, en el año 2016, de un total de 149 procesos judiciales por el delito de omisión de asistencia familiar, solo el 2do Juzgado de Investigación Preparatoria de Chachapoyas revoco cuatro condenas, quienes tuvieron ordenes de captura que posteriormente fueron ubicados e internados en el establecimiento penitenciario de Chachapoyas – Huancas.

CUADRO N° 04: Sentencias y Resoluciones finales emitidas en el año 2017 por la Corte Superior de Justicia de Amazonas - sede Chachapoyas, en Delitos de Omisión de Asistencia Familiar.

Resolución Final en Primera Instancia	Juzgados de Investigación Preparatoria		Juzgados Penales Unipersonales		Total
	1º JIP	2º JIP	1º JPU	2º JPU	
Sentencias	15	0	28	52	95
Sentencias Revocadas	12	4	0	0	16
Autos Finales - Sobreseimiento	1	7	0	0	8
Total	28	11	28	52	119

Fuente: archivo central de la corte superior de justicia de amazonas sede – Chachapoyas.

Nota: Se obtuvo como resultado que, en el año 2017, de un total de 119 procesos judiciales por el delito de omisión de asistencia familiar, el 1er Juzgado de Investigación Preparatoria de Chachapoyas revoco doce condenas y el 2do Juzgado de Investigación Preparatoria de Chachapoyas revoco cuatro condenas, haciendo un total de dieciséis sentenciados con orden de captura que posteriormente fueron ubicados e internados en el establecimiento penitenciario de Chachapoyas – Huancas.

TABLA N° 01: Sentencias y Resoluciones finales por periodo, emitidas por los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Amazonas - sede Chachapoyas, en Delitos de Omisión de Asistencia Familiar.

Sentencias y Resoluciones Finales en Primera Instancia	Periodo				Total
	2014	2015	2016	2017	
Sentencias	73	78	145	95	391
Sentencias Revocadas	6	4	4	16	30
Autos Finales - Sobreseimiento	18	20	0	8	46
Total	97	102	149	119	467

Fuente: archivo central de la corte superior de justicia de amazonas sede – Chachapoyas.

Nota: Se obtuvo como resultado que, en los años 2014 al 2017, de un total de 467 procesos judiciales por el delito de omisión de asistencia familiar, el 1er y 2do Juzgado de Investigación Preparatoria de Chachapoyas en el año 2014: revoco 6 sentencias, en el año 2015: revoco cuatro sentencias, en el año 2016: revoco cuatro sentencia y en el año 2017: revoco dieciséis sentencias, haciendo un total de treinta sentenciados con orden de captura que posteriormente fueron ubicados e internados en el establecimiento penitenciario de Chachapoyas – Huancas.

CUADRO N° 05: condenados con pena revocada por el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar, internados en el establecimiento penitenciario de Chachapoyas.

Condenados en el Establecimiento Penitenciario de Chachapoyas	Periodo				Total
	2014	2015	2016	2017	
Omisión a la Asistencia Familiar	8	7	4	5	24
Total	8	7	4	5	24
<i>Fuente:</i> Información Proporcionada por el INPE.					

Nota: Se obtuvo como resultado que en los años 2014 al 2017, el establecimiento penitenciario de Chachapoyas – Huancas, fueron recluidos 24 condenados con penas revocadas por el delito de omisión de asistencia familiar, debiendo tener presente que dicho centro penitenciario, forma parte de la Región Nor Oriental sede San Martín, el cual está conformado por los EP Chachapoyas, EP Bagua Grande, EP Yurimaguas, EP Mujeres Iquitos, EP Iquitos varones, EP Moyobamba, EP Pampa de Sananguillo y EP Tarapoto, en consecuencia, los recluidos proviene de diversas provincias que pertenecen a la indicada oficina penitenciaria antes indicada.

CUADRO N° 06: Resoluciones emitidas por la Sala Penal de Apelaciones de Chachapoyas, materia de impugnación respecto a la Revocatoria de Pena impuestas en 1ra instancia, en el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar.

SALA PENAL DE APELACIONES DE CHACHAPOYAS Recursos Impugnatorios interpuestos contra la Revocatoria de Pena efectiva en OAF emitidas en 1ra instancia que cumplieron con cancelar la deuda alimentaria y resueltas	Periodo				Total
	2014	2015	2016	2017	
Nulas	0	0	0	0	0
Revocadas	0	0	0	1	1
Confirmadas	2	1	2	0	5
Total	2	1	2	1	06

Fuente: archivo central de la corte superior de justicia de amazonas sede Chachapoyas.

Nota: El presente trabajo de investigación solo procederá a trabajar con los condenados que después de la revocatoria de la pena cumplieron con cancelar la deuda alimenticia. Elevado los autos se obtuvo como resultado que la Sala Penal de Apelaciones de Chachapoyas en el año 2014 confirmó 2 procesos; en el año 2015 confirmó 1 expediente; en el año 2016 confirmó dos sentencias y en el año 2017 revocó un proceso; en los cuales los sentenciados habían interpuesto recurso impugnatorio contra la Revocatoria de Pena efectiva, pese haber cumplido con la cancelación de la deuda.

CUADRO N° 05: Datos informativos de los Sentenciados con Revocatoria de Pena efectiva por OAF, entre los años 2014 al 2017.

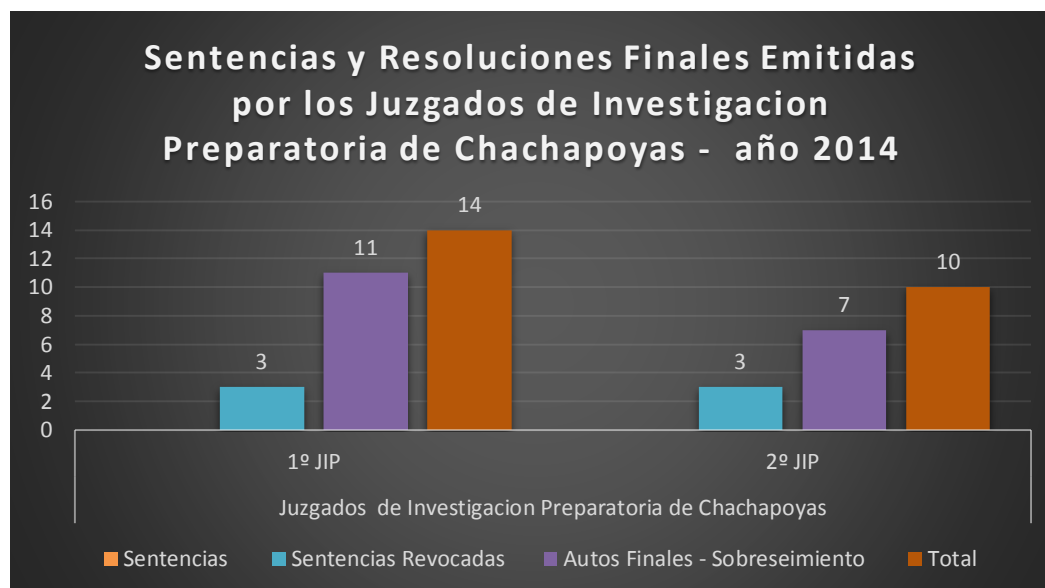
DATOS INFORMATIVOS DE SENTENCIADOS CON REVOCATORIA DE PENA EFECTIVA POR OAF							
	EXP. N°	HECHOS	SALDO DEUDOR	FALLO DE 1ra INSTANCIA	DECISIÓN SALA PENAL DE APELACIONES	FECHA DE INGRESO AL E.P	FECHA DE EGRESO DEL E.P
1	215-2012-24	Incumplimiento de deuda alimentaria	s/. 15,800 después de la revocatoria cancelo la deuda	Fundado el requerimiento Fiscal, Revocaron la suspensión de la Pena, impusieron dos años de Pena efectiva.	CONFIRMADA A pesar que el sentenciado pago toda la deuda	31-10-2014	12-08-2015
2	460-2013-8	Incumplimiento de deuda alimentaria	s/. 743.50 después de la revocatoria cancelo la deuda	Fundado el pedido Fiscal Revocaron la condicionalidad de la Penal, variándose a un año de Pena efectiva.	CONFIRMADA A pesar que el sentenciado Pago toda la deuda	28-04-2016	04-10-2016
3	296-2012-21	Incumplimiento de deuda alimentaria	s/. 1,230 después de la revocatoria cancelo la deuda	Fundado el requerimiento de Revocatoria de suspensión de la ejecución de la Pena, Revocaron la pena imponiendo un año de pena efectiva.	CONFIRMADA A pesar que el sentenciado Pago toda la deuda	16-04-2015	19-10-2015
4	422-2013-24	Incumplimiento de deuda alimentaria	s/. 1,670.25 después de la revocatoria cancelo la deuda.	Revocaron la Pena imponiendo 01 año, 07 meses y 16 días de Pena efectiva.	CONFIRMADA A pesar que el sentenciado pago toda la deuda	07-11-2014	12-05-2015
5	374-2016-69	Incumplimiento de deuda alimentaria	s/. 1,123.20 fue cancelada después de la Revocatoria	Fundado el pedido fiscal, Revocaron la pena imponiendo 10 meses y 3 días de pena efectiva	Sin apelación	02-02-2017	05-12-2017
6	455-2012-	Incumplimiento de deuda	s/. 13,700.36 Cancelo la deuda después de la	Fundado el requerimiento Fiscal de Revocatoria de	CONFIRMADA A pesar que el	01-03-2016	21-03-2018

	14	alimentaria	Revocatoria	Pena, impusieron 2 años de Pena efectiva.	sentenciado pago toda la deuda		
--	----	-------------	-------------	---	--------------------------------	--	--

Fuente: Archivo central de la corte superior de justicia de Amazonas.

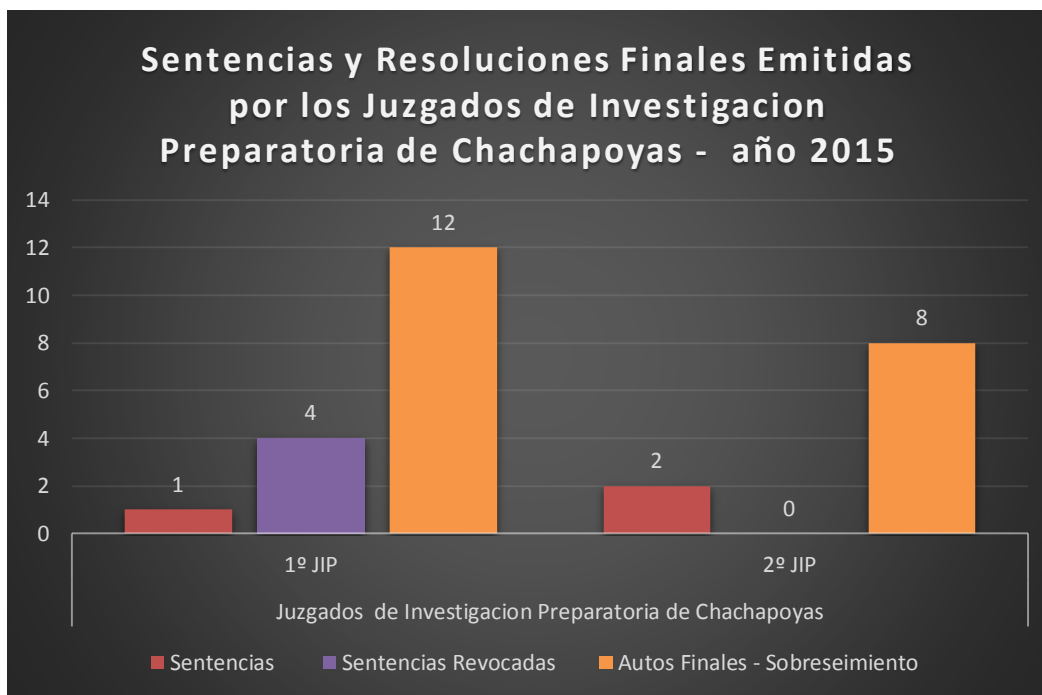
Nota: Se obtuvo como resultado, que entre los años 2014 al 2017, 6 condenados cumplieron con cancelar la deuda alimentaria después de revocatoria de la pena. Respecto a los fallos judiciales, 02 corresponde al año 2014; 01 al año 2015, 02 al año 2016. Respecto a las Penas las más alta fue dos años efectiva y la más baja fue 10 meses y tres días de pena efectiva. Respecto a la decisión emitida por la Sala Penal de apelaciones de Chachapoyas, en el año 2014 dos sentencias revocadas en apelación fueron confirmadas por la Sala Penal; en el año 2015 una sentencia revocada en apelación fue confirmada por la Sala Penal, así mismo un condenado no interpuso recurso impugnatorio; en el año 2016 dos sentencias revocadas en apelación fueron confirmadas por la Sala Penal; de todo ello tenemos como resultado que cinco fueron confirmadas y un condenado no interpuso recurso impugnatorio los motivos pueden ser varios para no apelar dicha resolución. Respecto al ingreso del Establecimiento Penitenciarios, en el año 2014: 02 condenados; año 2015: 01 condenado; año 2016: 02 condenados; y en el año 2017: 01 condenado. Respecto a su egreso del Establecimiento Penitenciario, en el año 2014: cero egresos; año 2015: tres egresaron; año 2016: un egreso, en el año 2017: un egreso y en el año 2018: un egreso.

4.1.6.2 Gráficos de los procesos penales de los órganos jurisdiccionales de la Provincia de Chachapoyas.



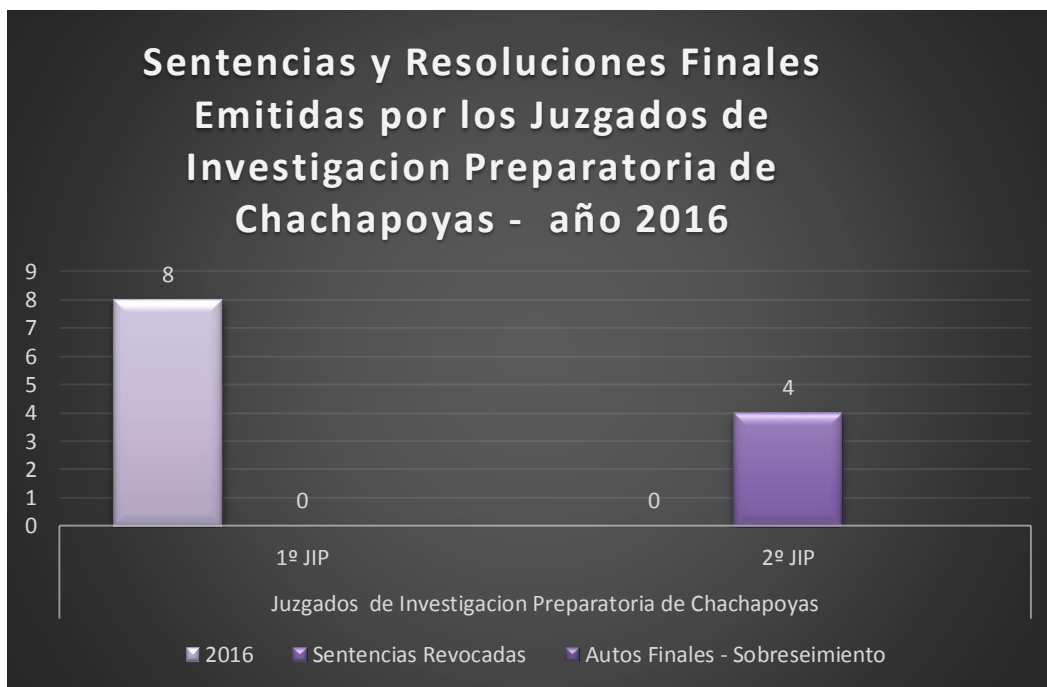
ANALISIS: Se obtuvo como resultado que tanto en el 1ºJIP y 2ºJIP, en el año 2014, sumados el número de sentencias revocadas fueron seis de los cuales dos cumplieron con cancelar la deuda alimentaria.

INTERPRETACION: Se puede afirmar, que en el año 2014, los Juzgados de Investigación Preparatoria de la Provincia de Chachapoyas, igualaron el número de sentencias revocadas, con lo cual podemos afirmar que los magistrados vienen acatando la jurisprudencia emitidas por la Sala Penal permanente de la Corte Suprema y el acuerdo plenario N° 3-2012/CJ-116, respecto a que no procede la revocatoria de la revocatoria en el delito de omisión de asistencia familiar, pese haber cumplido los seis sentenciados con cancelar la deuda alimenticia; nosotros proponemos que se debe restringir el derecho a la libertad solo a las infracciones penales más intolerables y no a los delitos poca relevancia y peligrosidad social, como en el presente caso ocurre; con dicha decisión judicial se vulnera los principios del interés superior del niño y el principio de humanidad de las penas; los condenados por OAF carecen de sub cultura criminal y carrera criminal, por cuanto no son delincuentes violentos, el ingreso de estos condenados por OAF a establecimiento penitenciario genera victimización terciaria, sobre costos económicos al sistema judicial y en un futuro hacinamiento carcelario.



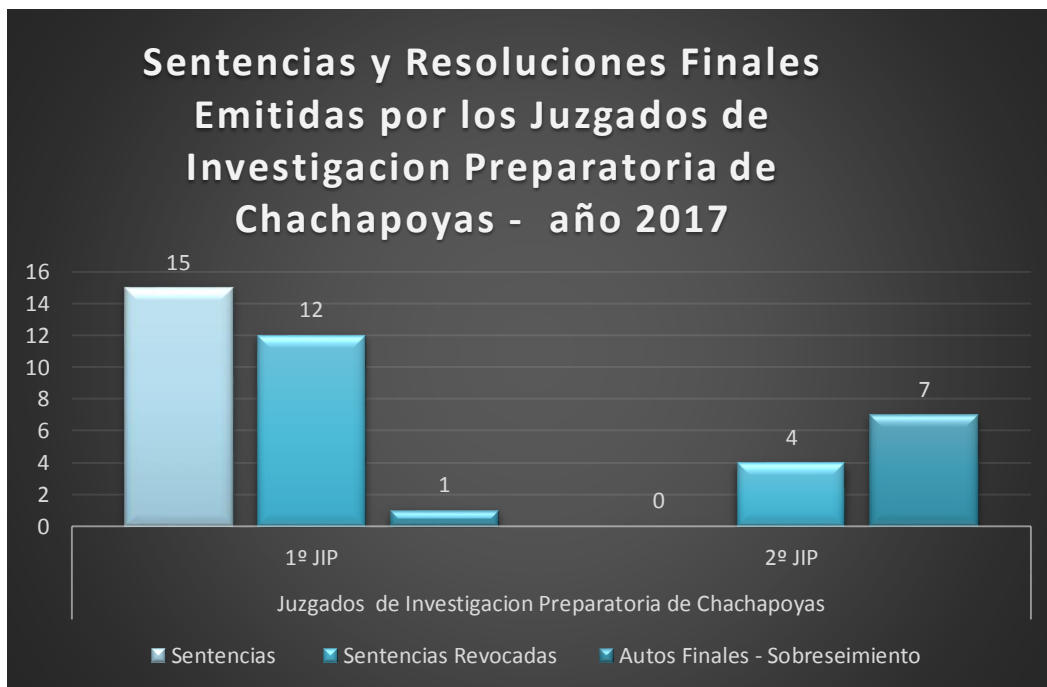
ANALISIS: Se obtuvo como resultado que en el año 2015 el 1ºJIP disminuyó el índice de revocatorias en número de 4 sentencias pese a que posterior a dicha decisión un condenado cumplió con cancelar el íntegro de la deuda alimentaria; y, el 2ºJIP, no revocó ninguna sentencia

INTERPRETACION: Se puede afirmar, que el magistrado del 1er JIP de la provincia de Chachapoyas, vienen cumpliendo con lo ordenado por la Sala Penal permanente de la Corte Suprema, respecto a que no procede la revocatoria de la Pena en el delito de OAF. Nosotros proponemos que se debe restringir el derecho a la libertad solo a las infracciones penales más intolerables y no a los delitos de poca o escasa relevancia o peligrosidad social, como en el presente caso ocurre; con dicha decisión judicial se vulnera los principios del interés superior del niño y el principio de humanidad de las penas; los condenados por OAF carecen de sub cultura criminal y carrera criminal, por cuanto no son delincuentes violentos, el ingreso de estos condenados por OAF a establecimiento penitenciario genera victimización terciaria, sobre costos económicos al sistema judicial y en un futuro hacinamiento carcelario.



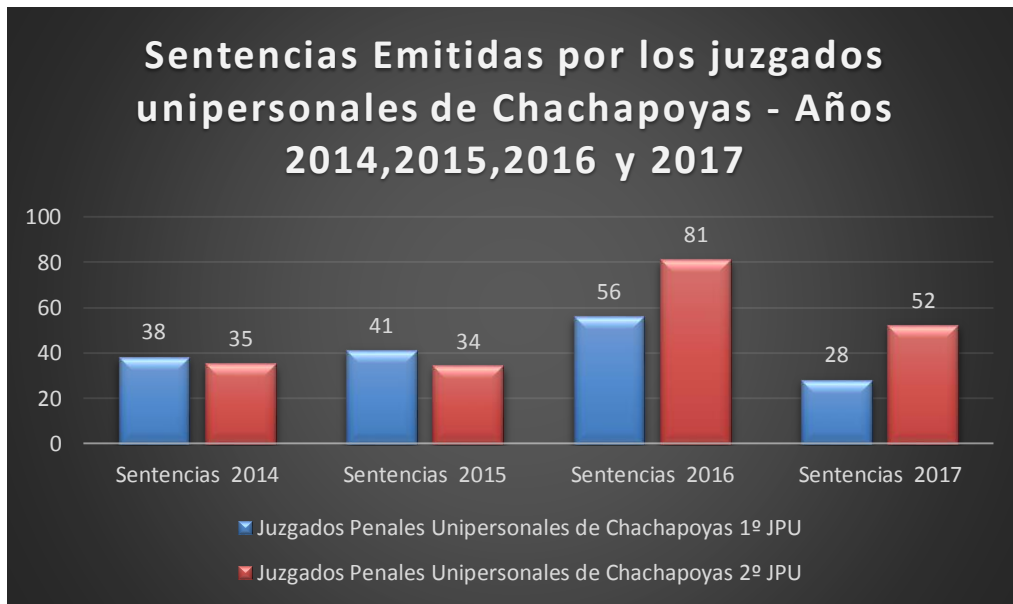
ANALISIS: Se obtuvo como resultado que en el año 2016 el 1º Juzgado de Investigación Preparatoria de Chachapoyas emitió 8 sentencia y cero revocatoria, y el 2do Juzgado de Investigación Preparatoria revoco 4 sentencias por el delito de OAF, posterior a dicha decisión 2 condenados cumplieron con cancelar la deuda.

INTERPRETACION: Se puede afirmar, que el magistrado del 2do JIP de la provincia de Chachapoyas, vienen cumpliendo con lo ordenado por la Sala Penal permanente de la Corte Suprema, respecto a la Pena en el delito de OAF debe cumplirse, frente al incumpliendo de la deuda alimenticia y reparación civil, Nosotros proponemos que se debe restringir el derecho a la libertad solo a las infracciones penales más intolerables y no a los delitos de escasa relevancia o peligrosidad social, como en el presente caso ocurre; con dicha decisión judicial se vulnera los principios del interés superior del niño y el principio de humanidad de las penas; los condenados por OAF carecen de sub cultura criminal y carrera criminal, por cuanto no son delincuentes violentos, el ingreso de estos condenados por OAF a establecimiento penitenciario genera victimización terciaria, sobre costos económicos al sistema judicial y en un futuro hacinamiento carcelario.



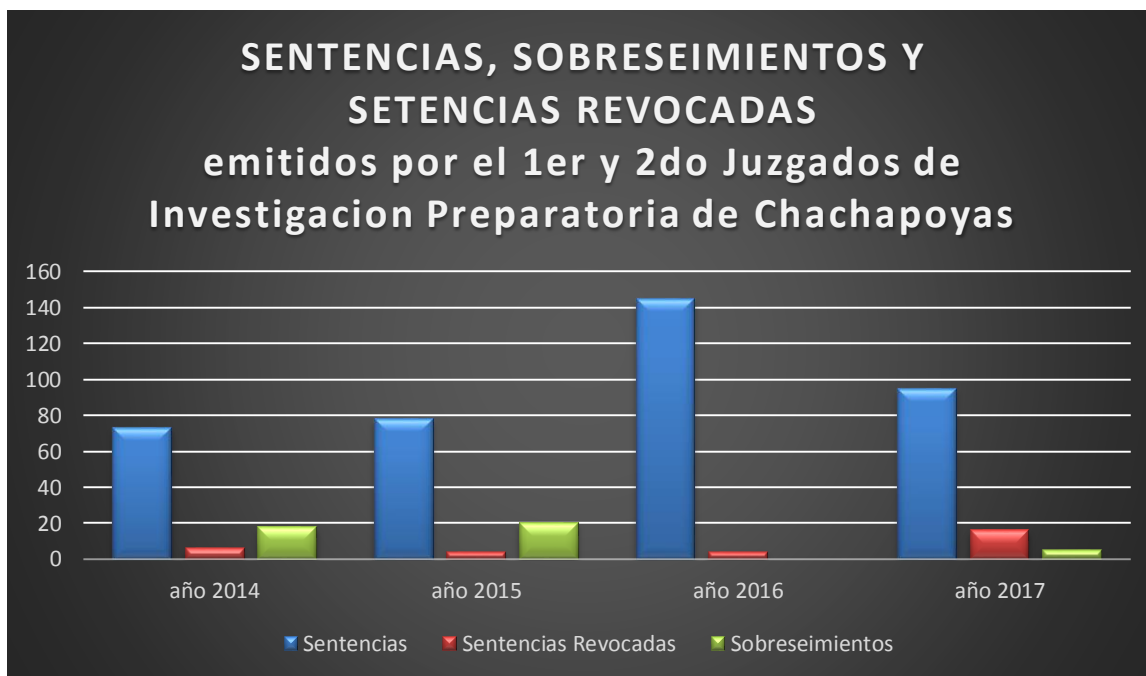
ANALISIS: Se obtuvo como resultado que en el año 2017 el 1º Juzgado de Investigación Preparatoria de Chachapoyas emitió 15 sentencia, y revoco 12 sentencias por el delito de OAF siendo la más elevada; y el 2do Juzgado de Investigación Preparatoria de Chachapoyas revoco cuatro sentencias; de todos ellos solo uno cumplió con cancelar la deuda alimentaria

INTERPRETACION: Se puede afirmar, que los magistrados de los órganos jurisdiccionales penales de la provincia de Chachapoyas, vienen cumpliendo con lo ordenado por la Sala Penal permanente de la Corte Suprema, respecto a que la Pena en el delito de OAF debe cumplirse. Nosotros proponemos que se debe restringir el derecho a la libertad solo a las infracciones penales más intolerables y no a los delitos de escasa relevancia o peligrosidad social, como en el presente caso ocurre; con dicha decisión judicial se vulnera los principios del interés superior del niño y el principio de humanidad de las penas; los condenados por OAF carecen de sub cultura criminal y carrera criminal, por cuanto no son delincuentes violentos, el ingreso de estos condenados por OAF a establecimiento penitenciario genera victimización terciaria, sobre costos económicos al sistema judicial y en un futuro hacinamiento carcelario.



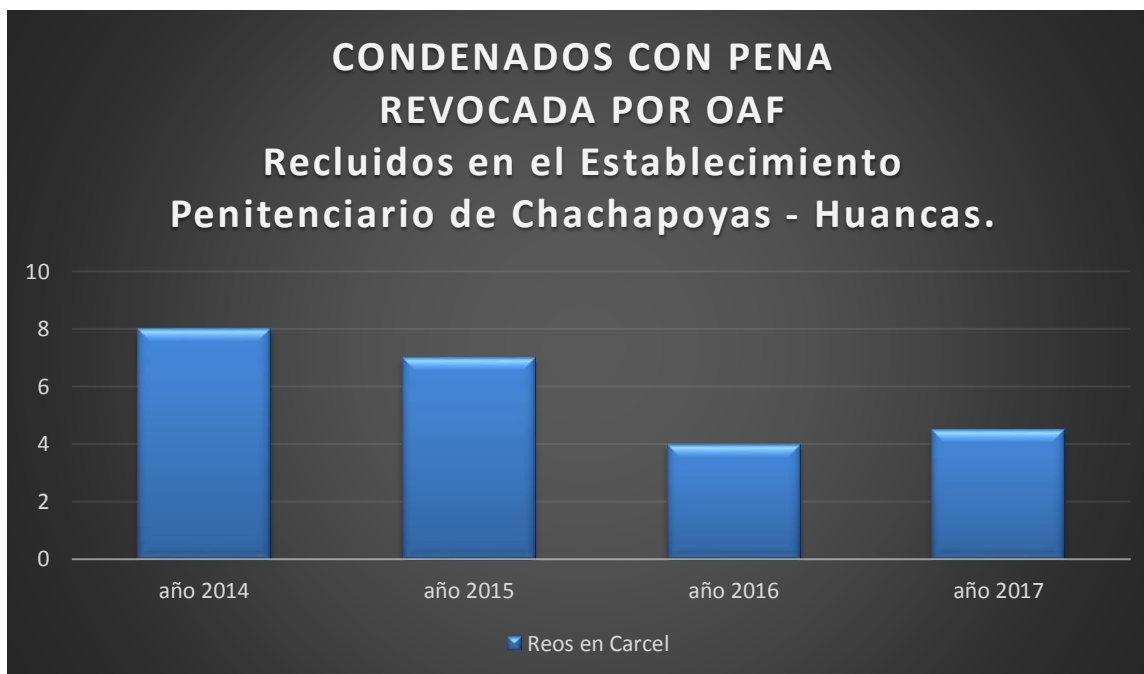
ANALISIS: Se obtuvo como resultado que el 1er Juzgado Penal Unipersonal de la Provincia de Chachapoyas, en el año 2014 obtuvo 38 sentencias, año 2015 emitió 41 sentencias, año 2016 fueron 56 sentencias y en el año 2017 se emitió 28 sentencias; por su parte el 2do Juzgado Penal Unipersonal de la Provincia de Chachapoyas, en el 2014 emitido 35 sentencias; en el año 2015 disminuyo en 34 sentencias, en el año 2016 aumento a 81 sentencias y en el año 2017 fueron 52 sentencias, todas ellas por el delito de omisión a la asistencia familiar.

INTERPRETACION: Se puede afirmar, que los magistrados de los indicados órganos jurisdiccionales penales de la provincia de Chachapoyas, no revocaron ninguna Pena en el delito de OAF, por no ser competentes.



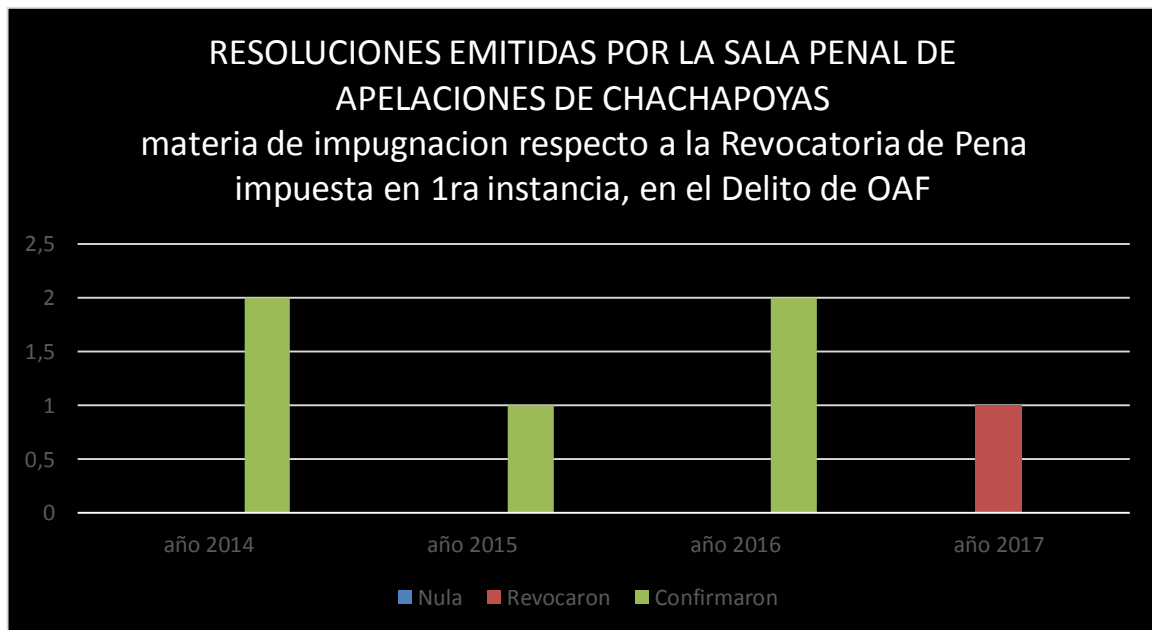
ANALISIS: Se obtuvo como resultado que, en el 1er y 2do Juzgado de Investigación Preparatoria de Chachapoyas, se resolviendo 467 procesos por OAF, emitiéndose 391 sentencias y 46 sobreseimiento, de las sentencias emitidas fueron Revocadas 30 condenas.

INTERPRETACION: Se puede afirmar, que los magistrados de los órganos jurisdiccionales penales de la provincia de Chachapoyas, vienen acatando la jurisprudencia emitidas por la Sala Penal permanente de la Corte Suprema y el acuerdo plenario N° 3-2012/CJ-116, respecto a que no procede la revocatoria de la revocatoria en el delito de omisión de asistencia familiar, pese a que seis condenados cumplieron con cancelar la deuda alimenticia; nosotros proponemos que se debe restringir el derecho a la libertad solo a las infracciones penales más intolerables y no a los delitos de escasa relevancia social, como en el presente caso ocurre; con dicha decisión judicial se vulnera los principios del interés superior del niño y el principio de humanidad de las penas; los condenados por OAF carecen de sub cultura criminal y carrera criminal, por cuanto no son delincuentes violentos, el ingreso de estos condenados por OAF a establecimiento penitenciario genera victimización terciaria, sobre costos económicos al sistema judicial y en un futuro hacinamiento carcelario.



ANALISIS: Se obtuvo como resultado que, en el año 2014 ingresaron ocho condenados, en el año 2015 fueron siete, en el año 2016 ingresaron cuatro y en el año 2017 fueron cinco, en total 24 internos con sentenciados con pena revocadas en OAF.

INTERPRETACION: Se puede afirmar, que el establecimiento penitenciario de Chachapoyas – Huancas, debe estar destinado para los delincuentes más peligroso, en nuestra indagación de los años 2014 al 2017, hemos contabilizado 24 condenados con pena revocadas por el delito de OAF, teniendo presente que dicho establecimiento penitenciario forma parte de la Región Nor Oriente sede San Martin el cual está conformado por varias provincias de dicha región. Los 24 internos son padres de familia, con hogares constituidos, con trabajo independiente y como lo tenemos expresados, dichos sentenciados no son delincuentes violentos ni peligrosos ya que carecen de sub cultura criminal y carrera criminal, su encierro puede generar que se contaminen con los delincuentes, lo cual traerá efectos perniciosos por su estancia en prisión como es adquirir la sub cultura carcelaria, que todo condenado lo recibe por su estancia corta o prolongada. El Estado Peruano, está en la obligación de garantizar a la persona su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar personal y familiar, lo cual no se cumple para este condenado, nos ratificamos en expresar que por el hecho de haber cumplido con cancelar la deuda debe obtener su libertad.



ANALISIS: Se obtuvo como resultado que la Sala Penal de Apelaciones de Chachapoyas en el año 2014 confirmó dos apelaciones; en el año 2015 confirmó una apelación; en el año 2016 confirmó 2; y en el año 2017 revocó 01; en los cuatro años no declaró nula ninguna resolución impugnada en las apelaciones interpuestas por condenados con penas revocadas por el delito OAF.

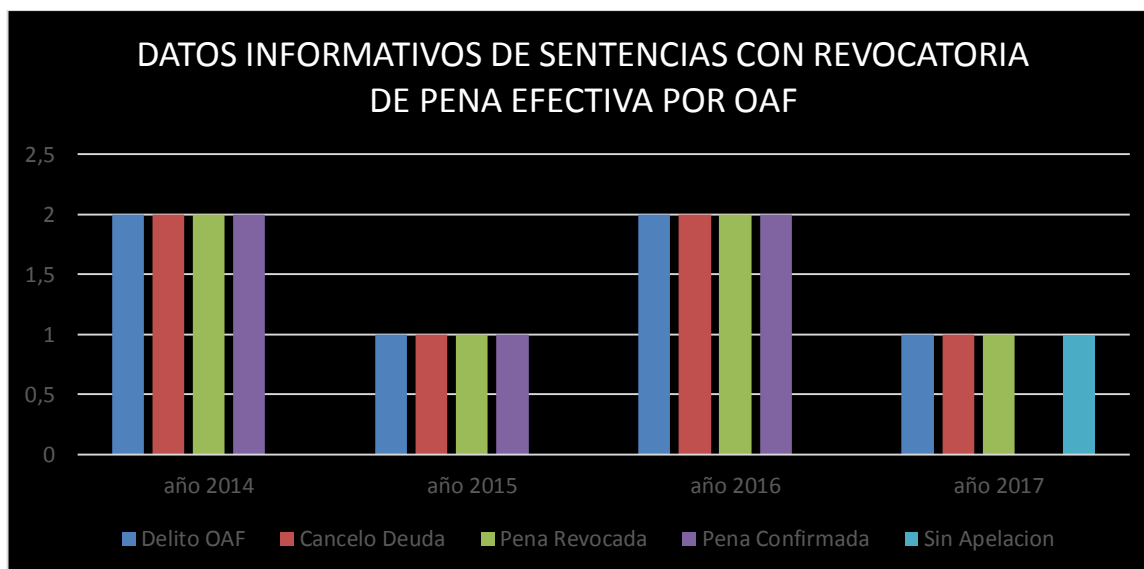
INTERPRETACION: Se puede afirmar, que los Jueces Superiores Penales del Distrito Judicial de Amazonas, en los años 2014, 2015 y 2016 acataron lo ordenado por la Sala Penal permanente de la Corte Suprema, respecto a que no procede la revocatoria de la revocatoria de la Pena en el delito de OAF; dicho órgano superior penal, vulneró:

1ro La Constitución, específicamente el artículo 2° inciso 24 literal c), que contiene un mandato imperativo, que señala no hay prisión por deuda, lo cual consideramos que se criminalizó la deuda alimentaria, dicho fallo carece de lógica jurídica, por cuanto al momento que el superior jerárquico emitió el auto confirmatorio, los 6 sentenciados no tenían ninguna deuda alimenticia.

2do así mismo vulnera el Principio del Interés Superior del Niño al dejar desprotegido al menor por cuanto el Padre de familia ingresa a Prisión; y,

3ro vulnera el Principio de Humanidad de las Penas, por cuanto el ingreso al establecimiento penitenciario, denigra la dignidad del sentenciado, desintegra un hogar familiar y lo deja sin empleo.

Asimismo, los condenados por OAF carecen de sub cultura criminal y carrera criminal, esto en razón de no ser delincuentes violentos, el ingreso de estos condenados por OAF a los establecimientos penitenciarios genera victimización terciaria, sobre costos económicos al Sistema Judicial y Penitenciarios como actualmente ocurre, conforme lo afirma el Ministerio de Justicia (*Boletín I-2016*) y en un futuro hacinamiento carcelario.



ANALISIS: Se obtuvo como resultado que en los años 2014 al 2017, se revocaron seis condenas por OAF pese haber cumplido con posterioridad al pago de la deuda alimenticia y reparación civil, siendo confirmada por la Sala Penal de Apelaciones de Chachapoyas, solo una condena fue revocada por la conformación de nueva Sala Penal por haber cumplido con cancelar la deuda.

INTERPRETACION: Se puede afirmar que entre los años 2014 al 2016, la Sala Penal de Apelaciones de Chachapoyas, vulnero: **1ro** La Constitución, específicamente el artículo 2° inciso 24 literal c), que contiene un mandato imperativo, que señala no hay prisión por deuda, lo cual consideramos que se está criminalizando la deuda alimentaria, dicho fallo carece de lógica jurídica, por cuanto al momento que el superior jerárquico emitió el auto confirmatorio, los 6 sentenciados no tenía ninguna deuda alimenticia. **2do** así mismo vulnera el Principio del Interés Superior del Niño al dejar desprotegido al menor por cuanto el Padre de familia ingresa a Prisión; y, **3ro** vulnera el Principio de Humanidad de las Penas, por cuanto al ingresar al establecimiento penitenciario, denigra la dignidad del sentenciado, desintegra un hogar familiar y lo deja sin empleo. Asimismo, los condenados por OAF carecen de sub cultura criminal y carrera criminal, esto en razón de no ser delincuentes violentos, el ingreso de estos condenados por OAF a los establecimientos penitenciarios genera victimización terciaria, sobre costos económicos al Sistema Judicial y Penitenciarios como actualmente ocurre, conforme lo afirma el Ministerio de Justicia (*Boletín I-2016*) y en un futuro hacinamiento carcelario.

4.1.7 Estadística Judicial Penal

Son datos estadísticos oficiales, recopilados por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, recabados en forma mensual, como indicadores de la actividad judicial producida por cada Juzgado Penal, con la finalidad de medir el índice de procesos penales iniciados, tramitados y sentenciados en cada Juzgado.

Es la principal fuente de información, sobre los Procesos Penales, en los cuales aparece el número de procesos tramitados y resueltos; asimismo contienen los registros de condenados, por los Juzgados de Investigación Preparatoria, Juzgados Unipersonales o Sala Penal de apelación, en los cuales se refleja la producción penal respecto a los procesos en los órganos jurisdiccionales.

El Poder Judicial de nuestro país, cuenta con el Centro de Investigaciones Judiciales, que es un órgano de apoyo, el cual está conformado por cuatro áreas: estadística, investigación y publicidad, plenos jurisdiccionales y sistematización de la jurisprudencia.

El área de estadística del centro de investigaciones judiciales, es el ente proveedor de información del servicio judicial por cada proceso, especialidad, instancia, dependencia, jurisdicción, población, distrito geográfico, provincia, distrito judicial, así también como detalles de las resoluciones y sus efectos jurídicos, permitiendo con ello identificar las necesidades del servicio judicial para el fortalecimiento del mismo

La Estadística Judicial, conforme sostienen Solís (1984)¹¹³, Villavicencio (2000)¹¹⁴ y García (2006)¹¹⁵, forman parte de las técnicas de investigación criminológicas, así como el cuestionario y el análisis de los datos o documentos, que en el presente caso está conformado por las resoluciones judiciales, Serrano (2004)¹¹⁶, lo denomina estadística

¹¹³ Solís Espinoza, Alejandro. (1984), Criminología panorama contemporáneo, Lima, Eddili.

¹¹⁴ Villavicencio T., Felipe. (2000), Introducción a la Criminología, Lima, Grijley.

¹¹⁵ García Pablo de Molina, Antonio (2006), Criminología una introducción a sus Fundamentos Teóricos; Lima Editorial San Marcos.

¹¹⁶ Serrano Maillo, Alfonso. (2004), Introducción a la Criminología, Lima, Ara editores.

oficial. Del Pont (2006)¹¹⁷, nos indica que es la que lleva o debe llevar estos últimos hasta el dictado de sentencias definitivas firmes e irrevocables.

La información recabada para la presente investigación jurídica, ha sido obtenida de la estadísticas de sentencias y revocatoria de pena en condenados por el delito de OAF, así como las impugnaciones de revocatoria de penas antes la Sala Penal, toda esta indagación valiosa ha sido obtenida de los legajos del 1er y 2do Juzgado de Investigación Preparatoria, 1er y 2do Juzgado Unipersonal, así como de la Sala Penal de apelaciones todos órganos jurisdiccionales de la ciudad de Chachapoyas, los mismos que forman parte del Distrito Judicial de Amazonas,

4.1.7.1 Análisis Estadístico respecto a los condenados por Delito de OAF, en los Juzgados Penales de Chachapoyas 2014 - 2017.

Recabada la información respecto al 1er Juzgado de Investigación Preparatoria de Chachapoyas, verificamos que en el año 2014 se revocaron TRES condenas, en el año 2015 revocaron CUATRO, en el año 2016 CERO y en el año 2017 fueron revocadas DOCE condenas suspendidas por efectivas.

Por su parte el 2do Juzgado de Investigación Preparatoria de Chachapoyas, informa que, en el año judicial 2014, se revocaron TRES condenas suspendidas por efectivas, y en el año 2015 CERO, en el año 2016 fueron revocadas CUATRO sentencias, y en el año 2017 se revocaron CUATRO sentencias.

En consecuencia, en los dos Juzgados de investigación Preparatoria se revocaron TREINTA condenas imponiendo pena efectiva, generando órdenes de ubicación y captura, logrando capturar a dieciséis sentenciados quienes, ingresaron al Establecimiento Penitenciario de Chachapoyas, ubicado en el Distrito de Huancas.

¹¹⁷ Del Pont, Luis Marco (2006), Manual de Criminología, Lima, Ediciones Jurídicas.

Los dieciséis internos condenados con pena revocadas por el delito de OAF, ocho no interpusieron ningún recurso de apelación, los motivos pueden ser conformidad con la misma, desidia o no poder cumplir con la deuda alimentaria y dos condenados que la Sala Penal les reformo la revocatoria de la pena a uno dispuso dejar sin efecto las ordenes de ubicación y captura y otro le dio libertad. Aclarando que en el Exp. N° 374-2016-69 cumplió con cancelar la deuda esto sucedió después de la revocatoria, conforme lo tenemos dicho debió obtener su libertad por el hecho de haber cumplido con cancelar la deuda alimentaria pero no fue así y a **cinco** internos les fueron confirmada la revocatoria de la pena pese haber cumplido con cancelar la deuda, desde nuestro punto de vista, somos de la opinión que debieron ser liderados al haber cumplido con cancelar la deuda alimentaria y por no ser delincuentes peligrosos para estar reclusos en el establecimiento penitenciario.

Recabadas las copias de las resoluciones judiciales de las treinta revocatorias a pena efectivas, apreciamos que la pena más baja impuesta fue de 22 días cuya deuda era de s/. 4,647.42 soles; y, la más alta dos años de penas efectivas adeudando la suma de s/. 15,800.00 soles; siendo la deuda más baja s/. 700.00 soles; y la más alta s/. 15,800.00 soles.

En muchos de los casos dicha deuda alimentaria, fueron canceladas posterior a la Revocatoria. En las sentencias analizadas apreciamos que los condenados nos informaron que han conformado un nuevo hogar. Con su ingreso al centro penitenciario, no solo se ve afectado el alimentista agraviado, sino su nueva familia; los nueve condenados que fueron encuestados han referido ser trabajadores independientes: carpinteros, comerciantes, agricultores y obreros, cuyo ingreso fluctúa entre quince soles diarios a mil soles mensuales; con el ingreso al centro penitenciario, no podrán realizar sus actividades laborales descritas por tanto no tendrá recursos económicos para afrontar las posteriores liquidaciones alimenticias a favor del alimentista ni mucho menos con su nuevo hogar familiar.

Todo lo antes indicado, genera una desestabilización familiar y económica en el nuevo hogar familiar del condenado quien no es delincuente por carecer de sub cultura criminal y carrera criminal, con dicha reclusión, hasta el mismo sistema de justicia penal se ve afectado por los sobre costos que genero Revocar la Pena, asimismo debemos tener presente que el 1er Juzgado Unipersonal informa 163 sentencias; y, el 2do Juzgado Unipersonal 202 condenados por el delito de incumplimiento de obligación alimentaria, sumados generan 365 sentenciados de los cuales 30 han sido revocadas, 16 fueron capturados internos en el establecimiento penitenciario de Chachapoyas - Huancas, nos preguntamos cuantos más seguirán, lo cual generaría como consecuencias familiares, sociales y económicas para todos los involucrados, lo cual se debe evitar con Políticas criminales menos gravosas para dichos sentenciados.

4.1.7.2 Análisis de resultados a nivel de encuesta efectuadas a los internos del establecimiento penitenciario de Chachapoyas – Huancas, reclusos por Sentencia y Revocatoria de Pena por el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar.

Cuestionario Pregunta N° 01

RPTA	1. ¿CUAL ES EL MOTIVO DE SU INGRESO AL E.P DE CHACHAPOYAS IOA
1. Sentencia	4
2. Revocatoria	5

Nota: Se obtuvo como resultado que, del total de nueve sentenciados reos en cárcel, 4 son por sentencia y 5 con revocatoria de pena por delito de OAF.

Cuestionario Pregunta N° 02

RPTA	2. CUALES HAN SIDO LOS MOTIVOS DEL INCUMPLIMIENTO ALIMENTARIO
1. Deseo de no cumplir	
2. Descuido	2
3. Falta de recursos económicos	4
4. Demasiada carga familiar	3

Nota: Se obtuvo como resultado, respecto a los motivos del incumplimiento alimentario 2 sentenciados manifestaron que, por descuido; 4 por falta de recursos económicos y 3 por demasiada carga familiar.

Cuestionario Pregunta N° 03

RPTA	3. ¿Cuántos AÑOS LE HAN REVOCADO LA CONDENA DELITO IOA
1. Meses	1
2. Un año	1
3. Dos años	4
4. mas de Tres años	3

Nota: Se obtuvo como resultado, en cuanto a los años en que le han revocado la condena por OAF, uno refiere que fue en meses, uno en un año, cuatro en dos años y tres en más de 3 años.

Cuestionario Pregunta N° 04

RPTA	4. ¿Cuántas VECES UD. HA INGRESADO AL E.P POR DELITO DE IOA
1. 1ra vez.	5
2. 2da vez.	4
3. 3ra vez.	0
4. mas de 4 veces.	0

Nota: Se obtuvo como resultado, respecto a las veces que han ingresado al establecimiento penitenciario por OAF, cinco internos manifestaron que es la primera vez; y, cuatro refirieron que es la segunda vez, estos últimos en calidad de reincidentes.

Cuestionario Pregunta N° 05

RPTA	5. ¿Cuáles HAN SIDO LOS SENTIMIENTOS EL 1ER DIA DE PRISION
1. Deprimido.	8
2. Normal	1

Nota: Se obtuvo como resultado, que ocho internos estuvieron deprimidos y solo uno manifestó que fue normal el primer día en prisión.

Cuestionario Pregunta N° 06

RPTA	6. ¿ QUE ACTIVIDADES UD. REALIZA AL INTERIOR DEL E.P
1. Ninguna	1
2. Carpinteria	3
3. Artesania.	3
4. Talleres de estudio	1
5. Sastreria.	1

Nota: Se obtuvo como resultado, que un interno no realiza ninguna actividad al interior del establecimiento penitenciario; tres efectúan labores de carpintería; tres artesanías, uno talleres de estudios y uno labores de sastrería.

Cuestionario Pregunta N° 07

CUADROS	7. COMO ASIDO EL PROCESO DE ADAPTACION A LA VIDA PENITENCIARIO
1. Comodo	1
2. Dificil.	5
3. Traumatico.	1
4. no logra adaptarse	2

Nota: Se obtuvo como resultado, un interno informa que el proceso de adaptación a la vida penitenciaria fue cómodo; cinco refieren que fue difícil; solo uno considera que fue traumático y dos señalaron que no logra adaptarse.

Cuestionario Pregunta N° 08

RPTA	8. EN CUANTO TIEMPO, UD. SEA ADAPTADO A LA VIDA PENITENCIARIA
1. El mismo día	0
2. No logra adaptarse	5
3. Despues de varias semana	2
4. Despues de varios meses	2

Nota: Se obtuvo como resultado, respecto al tiempo en adaptarse a la vida penitenciaria, cinco refieren que no logran adaptarse, dos señalaron que fue después de varias semanas y dos indicaron que después de varios meses.

Cuestionario Pregunta N° 09

RPTA	9. UD. DURANTE EL PERIODO DE RECLUSION HA ENTABLADO AMISTAD
1. No tengo amigos	1
2. Mis amistades son IOA	8
3. Personal del INPE	0
4. Los delincuentes comunes	0

Nota: Se obtuvo como resultado, que solo uno indico que no tiene amigos en el establecimiento penitenciario y los ocho señalaron que sus amistades son los propios internos por OAF.

Cuestionario Pregunta N° 10

RPTA	10. UD. ACTUALMENTE CUMPLE CON SU OBLIGACION ALIMENTARIA AGF
1. Si cumpla	4
2. No cumpla	5

Nota: se obtuvo como resultado, cuatro manifestaron que cumplen con su obligación alimentaria y cinco refieren que no cumplen.

Cuestionario Pregunta N° 11

RPTA	11. UD. ANTES DE INGRESAR AL E.P, CON QUIEN COHABITABA
1. Con sus Padres	0
2. Con sus nueva familia	7
3. solo	2

Nota: Se obtuvo como resultado, siete indicaron que cohabitan con su nueva familia y dos señalaron que cohabitan solos.

Cuestionario Pregunta N° 12

RPTA	12. QUIENES SON LOS MAS PERJUDICADOS CON SU INTERNAMIENTO
1. El agraviado alimentista	0
2. Su actual familia	5
3. Usted directamente.	1
4. Todos las anteriores	3

Nota: Se obtuvo como resultado el siguiente. - cinco señalaron que su actual familia es la más perjudicada con su internamiento; uno señala ser el directamente afectado; y, tres refiere que el agraviado, su actual familia y el son los afectados por la reclusión.

Cuestionario Pregunta N° 13

RPTA	13. DURANTE EL PROCESO PENAL, QUIEN LO PATROCINO DELITO IOA
1. Abogado Particular	3
2. Defensor Publico	6

Nota: Se obtuvo como resultado, tres manifestaron que durante el proceso penal fueron patrocinados por abogado particular y seis por defensor público, este último genera un sobre costo al Estado, dada su intervención en el Proceso Penal.

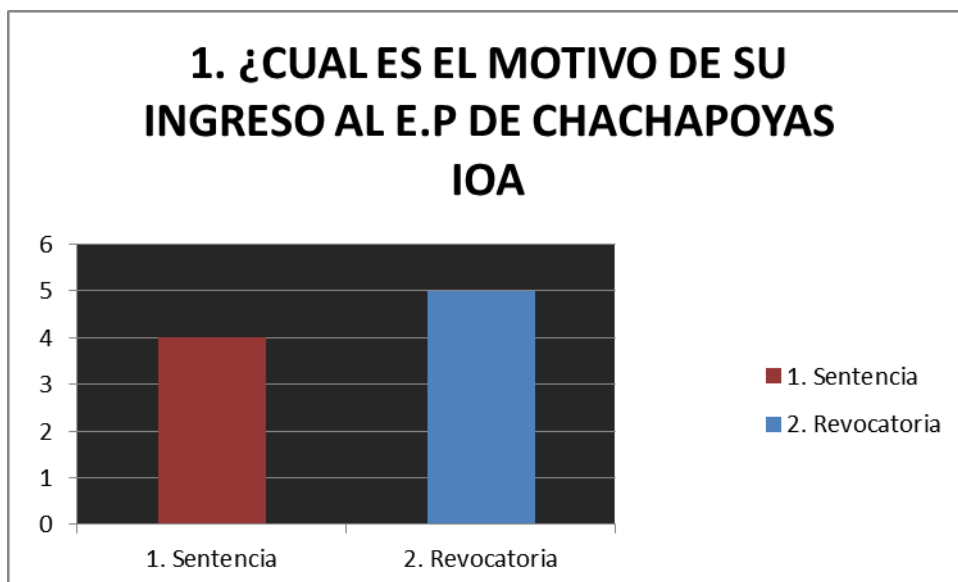
Cuestionario Pregunta N° 14

RPTA	14. CUANDO CUMPLIO CON CANCELAR LA TOTALIDAD DE LA DEUDA
1. Antes de la sentencia OAF	0
2. Después de sentencia OAF	7
3. Hasta la fecha no cancela	2

Nota: Se obtuvo como resultado, dos internos no han cumplido con cancelar la deuda alimentaria; y, siete internos cumplieron con cancelar la totalidad de la deuda después de la sentencia y pese a ello les revocaron la pena imponiendo pena efectiva con carcelería, dicha negativa a revocar la pena al condenado por el delito de OAF, por parte del Juez, genera tres problemas: sobrecarga procesal, hacinamiento carcelario y sus consecuencias para el interno quien carece de sub cultura criminal y carrera criminal; y por ultimo sobre costo económico al Estado.

4.1.7.3 Gráficos de las encuestas realizadas a los internos del establecimiento penitenciario de Chachapoyas – Huancas, reclusos por Sentencia y Revocatoria de Pena efectiva por el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar.

PREGUNTA 01

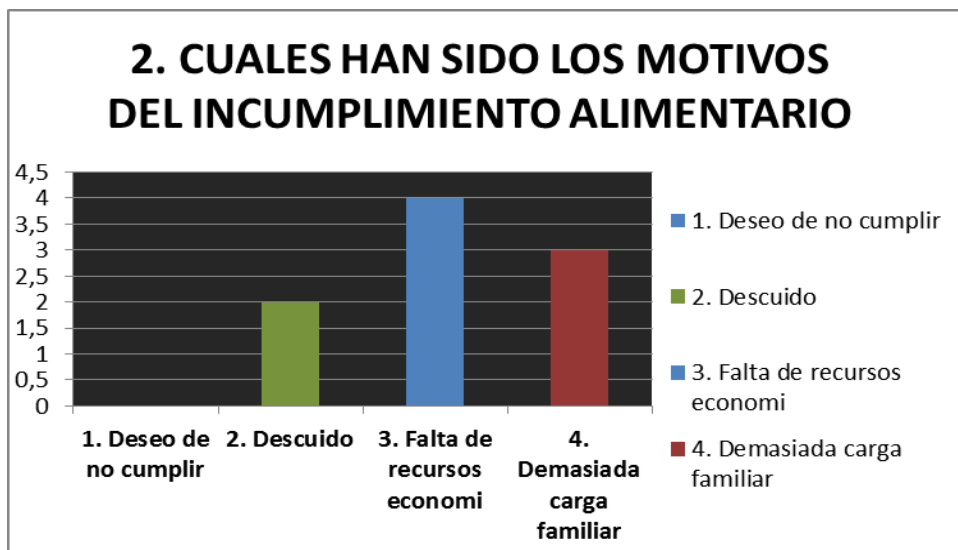


Fuente: encuesta realizada a los sentenciados por incumplimiento de obligación alimentaria reclusos en el EP Chachapoyas

ANÁLISIS: Se obtuvo como resultado que cuatro internos fueron reclusos por sentencia y cinco por revocatoria de pena.

INTERPRETACIÓN: Se puede afirmar que los cinco internos se encuentran reclusos al haberse revocado la pena, considero desde mi modesto trabajo que debieron gozar de libertad, por ser una pena gravosa solo para delincuentes peligrosos, dicha medida exagerada genera el alejamiento familiar y social al condenado quien carece de sub cultura criminal y carrera criminal; asimismo el órgano jurisdiccional está vulnerando el Principio del interés superior del niño y el Principio de humanidad de las penas; está generando un sobre costo económico al Estado y victimiza al condenado por OAF.

PREGUNTA 02

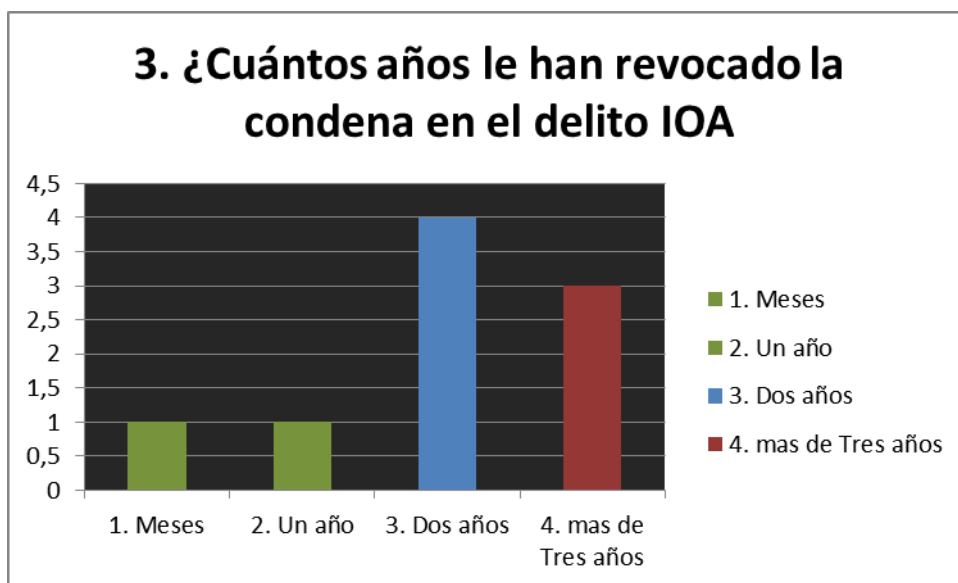


Fuente: encuesta realizada a los sentenciados por incumplimiento de obligación alimentaria reclusos en el EP Chachapoyas

ANALISIS: Se obtuvo como resultado, que los condenados señalaran que por descuidos dos sentenciados incumplieran su obligación alimenticia, cuatro por falta de recursos y solo tres por demasiada carga familiar.

INTERPRETACION: Se puede afirmar que, con la Pena de Prisión, en nada solucionaría el cumplimiento de las obligaciones alimenticias, ya que es un problema social de convivencia familiar, como podemos apreciar el cuadro proporciona nuestra realidad actual en cuanto a los pagos alimenticios para los menores, por un lado se encuentran el deseo de no cumplir, el descuido, la falta de recursos económicos y la carga familiar, y la prisión no es la solución, nosotros proponemos que se revoque la pena porque después de la revocatoria el condenado cumplió con cancelar la deuda alimenticia y la reparación civil; solo se deben restringir el derecho a la libertad a las infracciones penales más intolerables y no a los delitos de escasa relevancia y peligrosidad social; se atenta contra el principio del interés superior del niño y el principio de humanidad de las penas; el condenado por OAF carece de cultura criminal y carrera criminal, por cuanto es un delincuente violento; el ingreso de estos condenados por OAF a establecimiento penitenciario genera el atraso en las pensiones alimenticias, victimización terciaria, sobre costos económicos al sistema judicial y en un futuro hacinamiento carcelario.

PREGUNTA 03

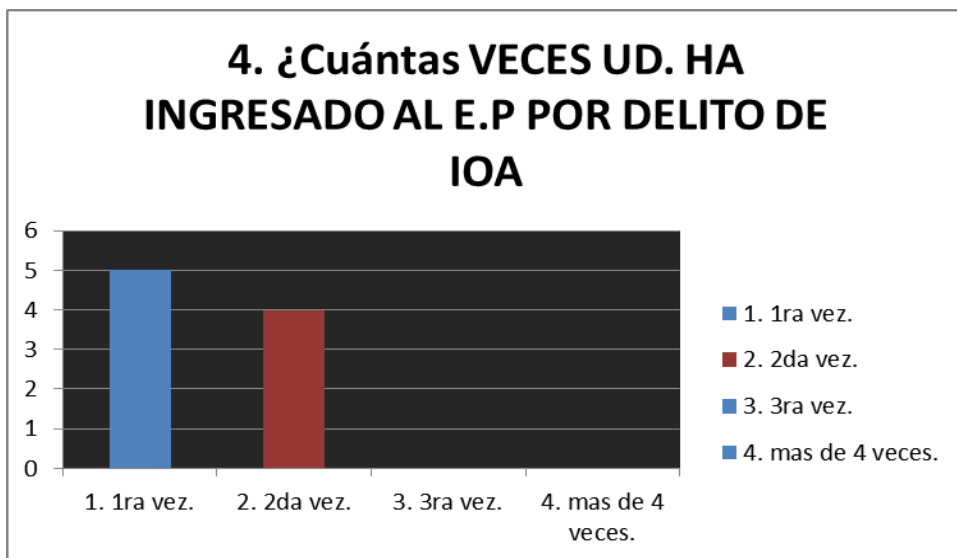


Fuente: encuesta realizada a los sentenciados por incumplimiento de obligación alimentaria reclusos en el EP Chachapoyas.

ANÁLISIS: Se obtuvo como resultado, respecto al tiempo por el cual le han revocado la condena en el delito de OAF, un interno manifestó un mes, otro señaló un año, cuatro internos indicaron dos años y tres sentenciados refirieron más de tres años.

INTERPRETACION: Se puede afirmar, que el condenado por el delito de OAF, no esté preparado, para vivir en Prisión, por carecer de sub cultura criminal y carrera criminal, atravesando un ciclo de adaptación carcelario sumamente severo, ya que la cárcel no se vive 365 días al año, sino un día 365 veces, en el caso que nos ocupa un solo día en prisión es suficiente para hacer sentir los efectos perniciosos de la pena. Una carcelería larga ocasiona mayor grado de prisionizacion generando un ser antisocial y la cárcel debe estar destinada a los más peligrosos.

PREGUNTA 04

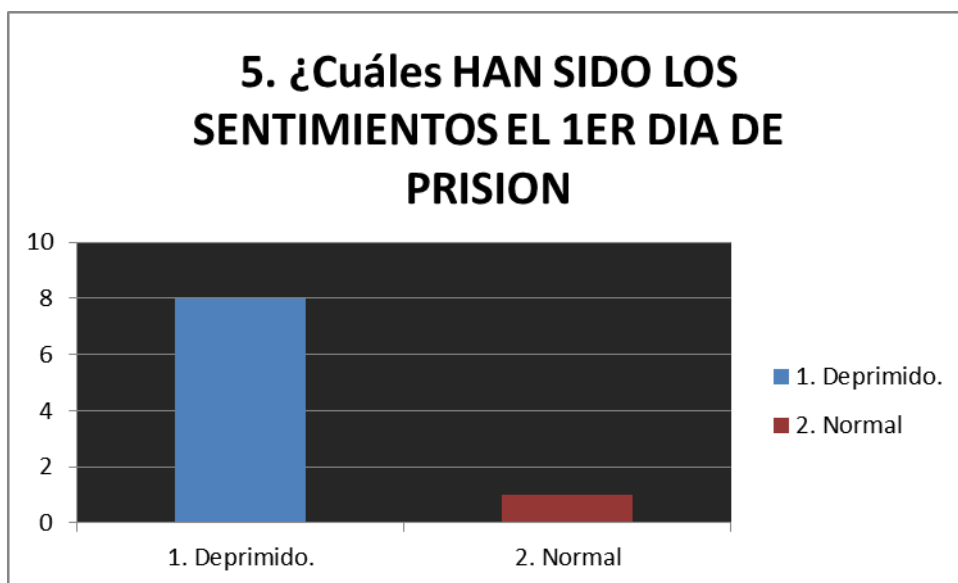


Fuente: encuesta realizada a los sentenciados por incumplimiento de obligación alimentaria recluidos en el EP Chachapoyas.

ANALISIS: Se obtuvo como resultado, que cinco internos ingresaron por primera vez al establecimiento penitenciario y cuatro por segunda vez.

INTERPRETACION: Se puede afirmar, que los cinco internos recluidos son primarios y los otros cuatro son reincidentes, el artículo 46°B del código penal, señala *“el que después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente...”*. Debemos tener presente que las liquidaciones de pensiones alimenticia, adeudadas generan tantos procesos penales que sean requerido, en consecuencia, en tiempos muy cortos a cinco años se habrán generado varias liquidaciones, es decir en este tipo de delito habrá más de un procesos y todos los condenados serán reincidentes, pero también debemos tener presente que el condenado por el delito de OAF, carece de carrera criminal, el cual se define como la secuencia de delitos cometidos por un individuo a lo largo de su vida delictiva, que en el presente caso es un solo delito frente al delincuente habitual que comete varios tipos de delitos, por tanto estamos frente a un caso excepcional y merece comprensión por parte del Juzgador.

PREGUNTA 05

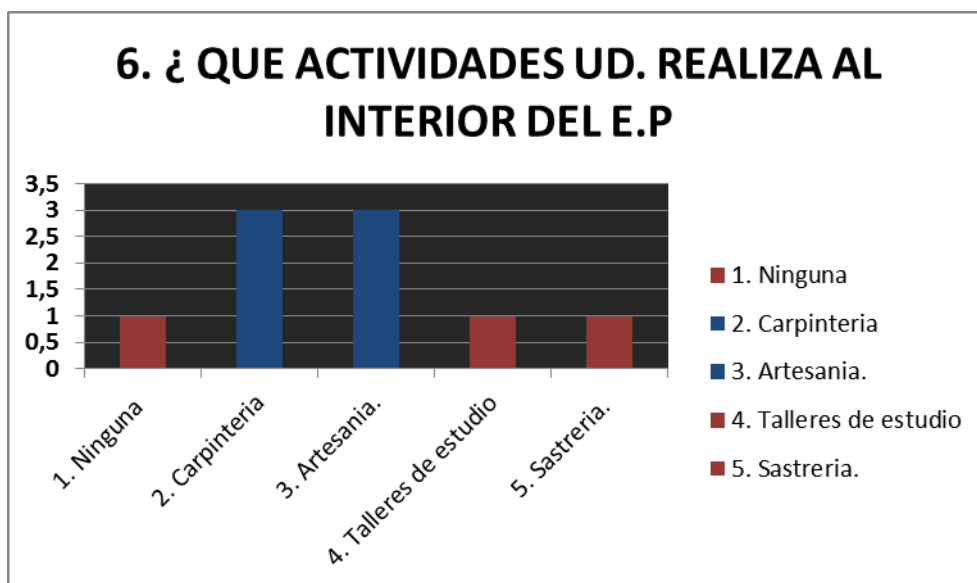


Fuente: encuesta realizada a los sentenciados por incumplimiento de obligación alimentaria reclusos en el EP Chachapoyas

ANALISIS: Se obtuvo como resultado, ocho internos deprimidos y solo uno estuvo normal.

INTERPRETACION: Se puede afirmar, que los ocho internos deprimidos, están padeciendo el doloroso proceso carcelario, que es lógico por cuanto ellos carecen de sub cultura criminal, la misma que trata de explicar la conducta desviada de cierta minoría, concretamente la criminalidad de jóvenes, la cual tiene como característica el aprendizaje criminal, la formación de grupos colectivos de delincuentes habituales, la violencia como su principal componente y son conscientes que en un determinado momento purgaran prisión por sus actos, y al llegar a la cárcel para ellos, el proceso de adaptación es mucho más fácil, algo que los condenados por OAF carecen, por cuanto el hecho de haber incumplido la resolución judicial, que establece una obligación alimenticia a favor de sus menores hijos, no los convierte en delincuente, que si bien es cierto han infringido la ley penal, no por ello merecen una pena de prisión, la cual está destinada a los delitos más violentos, y la cárcel para los delincuentes de máxima peligrosidad.

PREGUNTA 06

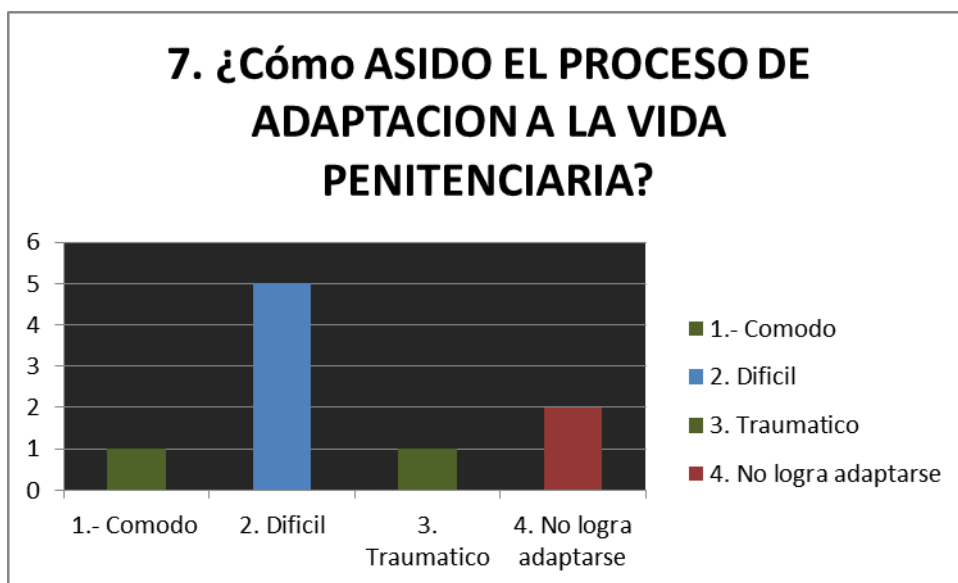


Fuente: encuesta realizada a los sentenciados por incumplimiento de obligación alimentaria reclusos en el EP Chachapoyas.

ANALISIS: Se obtuvo como resultado, respecto a las actividades que realizan los internos de OAF del establecimiento penitenciario de Chachapoyas – Huancas, tres realizan labores de carpintería, tres artesanías, uno efectúa talleres de estudio, un interno sastrería y solo uno no efectúa ninguna actividad.

INTERPRETACION: Se puede afirmar que ocho internos realizan actividades en muchos de los casos como autoayuda económica y rehabilitación a fin de sobrellevar la reclusión, debiendo tenerse presente que todos ellos tienen familia que alimentar; y, solo uno no efectúa ninguna actividad al parecer como producto de la depresión.

PREGUNTA 07

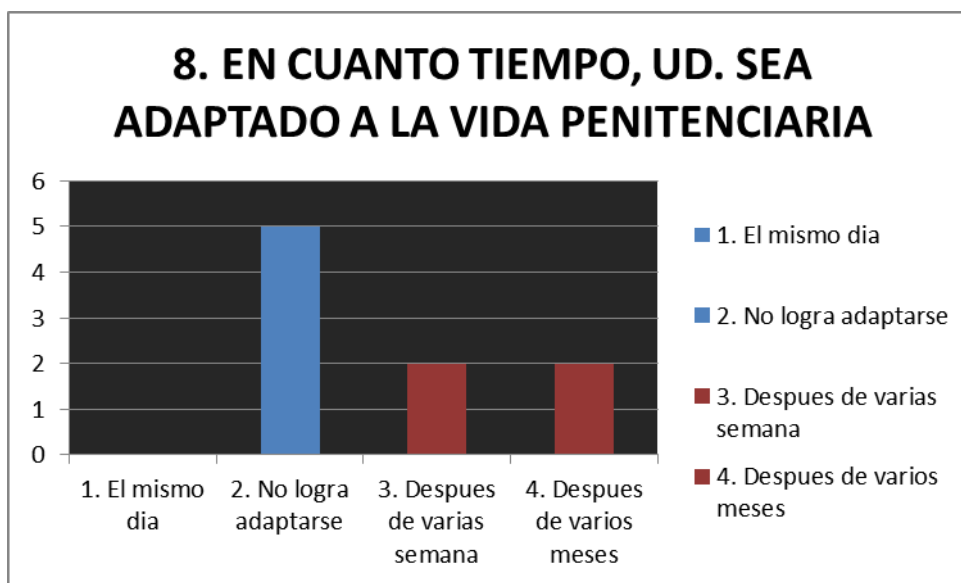


Fuente: encuesta realizada a los sentenciados por incumplimiento de obligación alimentaria reclusos en el EP Chachapoyas.

ANALISIS: Se obtuvo como resultado, lo siguiente: un interno manifestó estar cómodo, cinco han referido que es difícil la adaptación a la vida penitenciaria, un interno lo considera traumático y dos no lograr adaptarse.

INTERPRETACION: Se puede afirmar, que el interno a su entrada en prisión pierde su libertad, pero también el contacto con su familia, amigos, trabajo, intimidad y especialmente su autonomía ya que a partir de ese momento todo esta reglado y para cualquier actividad debe someterse a las normas internas, lo que erosiona su individualidad regirse como persona autónoma. Desde el momento en que ingresa a un establecimiento penitenciario se pone en marcha un proceso de adaptación a este nuevo y difícil entorno. La prisión genera en la mayoría de los internos pautas de conductas que serían claramente desadaptadas para el interior de la prisión, no obstante, dichas pautas responden a una necesidad de hacer frente a un contexto particular que de por sí resulta a normalizador para el interno. La naturaleza totalizadora de la cárcel, como se ha señalado, supone un aislamiento repentino e importante del afuera. Si bien en la mayoría de casos se mantiene un contacto con el exterior, este será regulado minuciosamente por el funcionamiento penitenciario. Esto influirá en la relación del interno con su entorno más cercano.

PREGUNTA 08

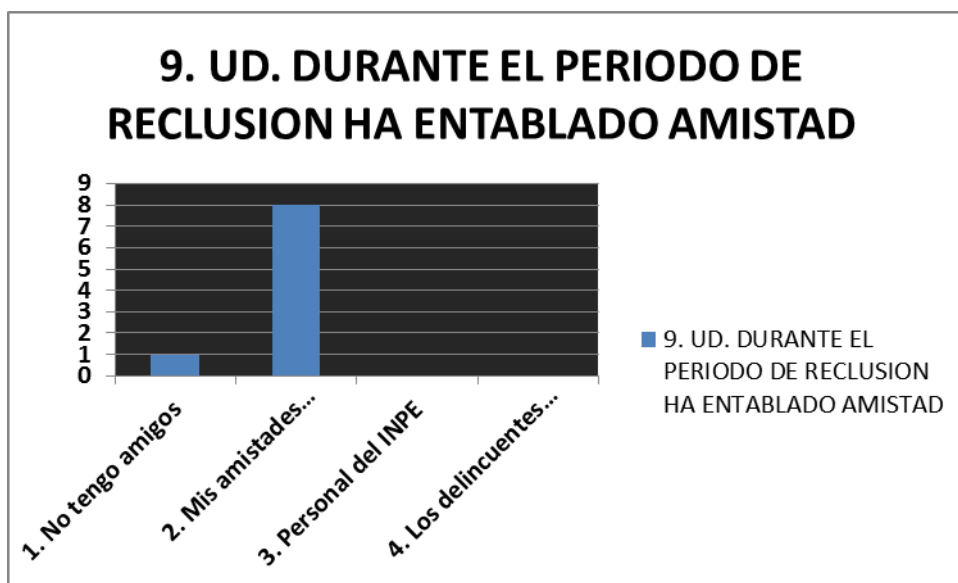


Fuente: encuesta realizada a los sentenciados por incumplimiento de obligación alimentaria reclusos en el EP Chachapoyas.

ANALISIS: Se obtuvo como resultado, nadie se adaptó el mismo día del encierro, cinco no logran adaptarse, dos internos señalaron que fue después de varias semanas y dos después de varios meses.

INTERPRETACION: Se puede afirmar, que nadie se adaptó el mismo día, lo cual es lógico, porque como tenemos dichos esa fase fue depresiva; cinco internos afirman que no logran adaptarse; y, solo cuatro internos han indicado: específicamente dos de ellos después de varias semanas y dos internos después de meses, estos últimos cuatro internos se encuentran atravesando, el fenómeno de prisionización, entendida como el fenómeno por el cual el interno sufre un proceso de adaptación al submundo carcelario, la misma que se agrava en relación directamente proporcional al tiempo de duración del encierro, asimismo debemos tener presente las diferencias individuales de personalidad y la experiencia social antes de la cárcel. La prisión no es solo la privación de la libertad, sino un cambio radical en la vida del interno, se le priva del hogar familiar, trabajo, amigos, relaciones sexuales, autonomía, seguridad, etc. La pena de prisión se diferencia de las penas corporales antiguas solo que el sufrimiento irrogado no se concentra en el tiempo, sino que es dilatado en un espacio carcelario.

PREGUNTA 09

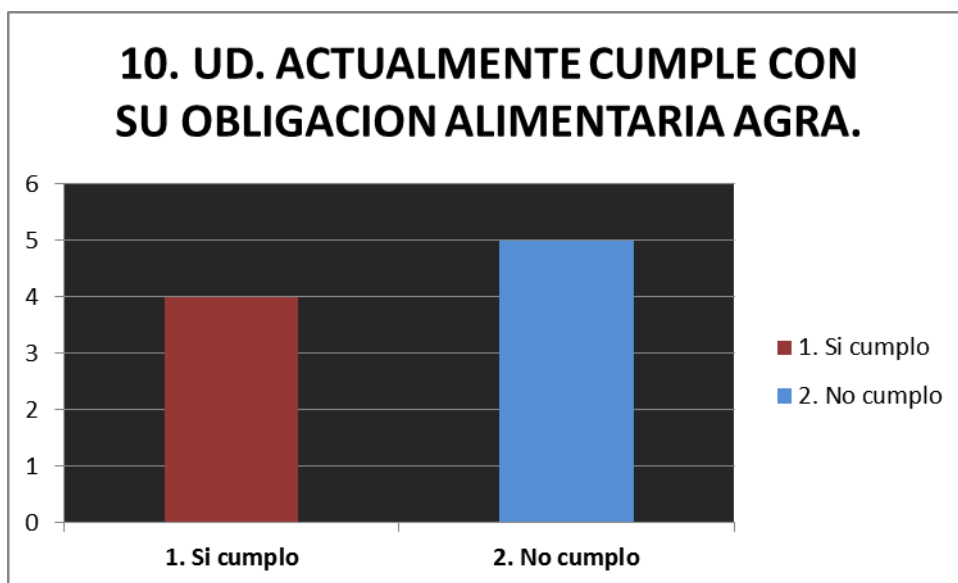


Fuente: encuesta realizada a los sentenciados por incumplimiento de obligación alimentaria reclusos en el EP Chachapoyas.

ANALISIS: Se obtuvo como resultado, que un interno refiere no tener amigos al interior del establecimiento penitenciario y los otros ocho internos señalan que entre ellos han logrado ser amigos lo cual es lógico.

INTERPRETACION: Se puede afirmar, que en la cárcel cada grupo posee una subcultura propia, y precisamente la comunidad de reclusos de cada centro penitenciario constituye grupo especial entre ellos, así por ejemplo tenemos el grupo de secuestradores, grupo de delincuentes por delito contra el patrimonio, tráfico de drogas, terrorismo, etc; y, cada uno adopta el sub mundo carcelario y a la vez estos constituyen un grupo especial, al interior de los establecimientos penitenciarios.

PREGUNTA 10

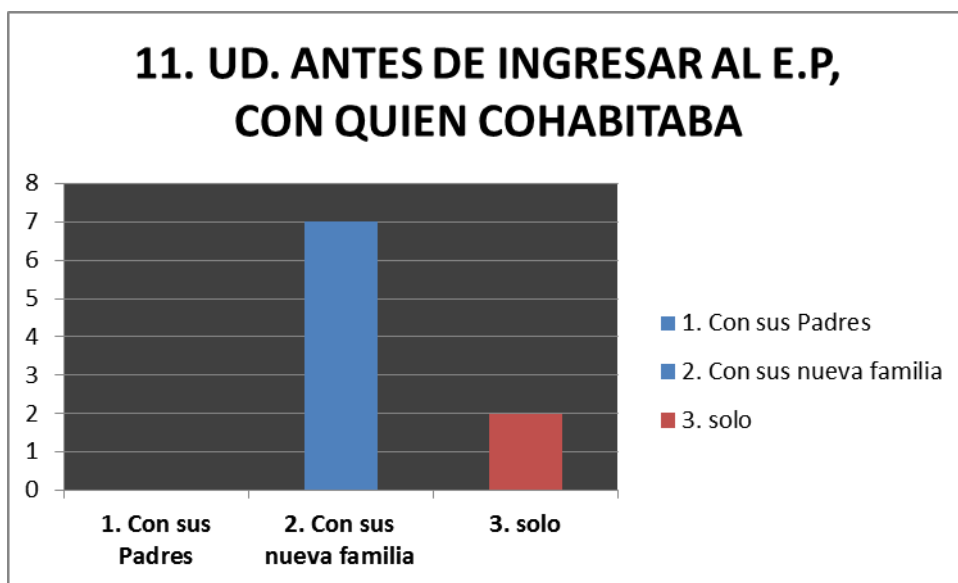


Fuente: encuesta realizada a los sentenciados por incumplimiento de obligación alimentaria reclusos en el EP Chachapoyas.

ANALISIS: Se obtuvo como resultado, que actualmente cuatro internos cumplen con su obligación alimentaria y cinco internos no cumplen su obligación.

INTERPRETACION: Se puede afirmar, que como consecuencia de la prisión esta generado que algunos internos no cumplan su obligación alimenticia, para con el agraviado del proceso, pero esto se agrava también para la nueva familia que ha conformado, que no recibe el apoyo económico del jefe del hogar que hoy se encuentra recluso en un establecimiento penitenciario, donde el único afectado es el menor alimentista, quien se encuentra bajo la tutela del Principio del interés superior del niño, y desde nuestro punto de vista no parece lo más acertado en negar la revocatoria de la pena a los condenados por el delito de OAF.

PREGUNTA 11



Fuente: encuesta realizada a los sentenciados por incumplimiento de obligación alimentaria reclusos en el EP Chachapoyas.

ANALISIS: Se obtuvo como resultado, siete internos manifestaron que vivían con sus nuevas familias y dos internos indicaron que vivían solos.

INTERPRETACION: Se puede afirmar, que la mayoría habían conformado un nuevo hogar familiar, y con el ingreso al establecimiento penitenciario está generando ruptura familiar, y generando problemas económicos.

PREGUNTA 12

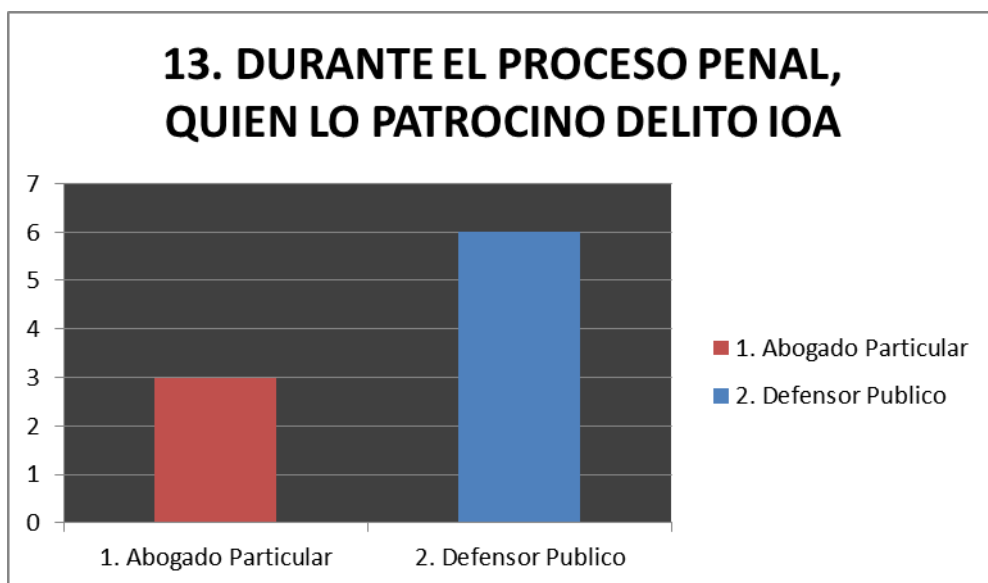


Fuente: encuesta realizada a los sentenciados por incumplimiento de obligación alimentaria reclusos en el EP Chachapoyas.

ANALISIS: Se obtuvo como resultado, todos estuvieron de acuerdo que el agraviado no se perjudica con el internamiento del condenado por OAF; cinco internos manifestaron que los más perjudicados es su actual familia; uno señaló que directamente se considera perjudicado y tres internos señala que el agraviado, su actual familia y el directamente.

INTERPRETACION: Se puede afirmar, que con el internamiento del condenado por OAF, los perjudicados son la nueva familia, por cuanto no compartirán vida familiar y le traerá problemas económicos al hogar; solo uno se considera perjudicado porque pese haber cumplido con cancelar la totalidad de la deuda alimenticia sigue en prisión; tres internos consideran que los perjudicados es su actual familia y el mismo. Los encuestados no consideran al agraviado perjudicado, por el hecho de haber iniciado el Proceso alimentario. Como es reconocido por la doctrina, en la mayoría de los casos, la prisión del condenado por OAF, imposibilita que durante el encarcelamiento, pueda cumplir con su obligación alimentaria, causando materialmente, una vulneración al derecho alimentario de las víctimas que contradictoriamente se pretende tutelar con el mantenimiento de la prisión.

PREGUNTA 13

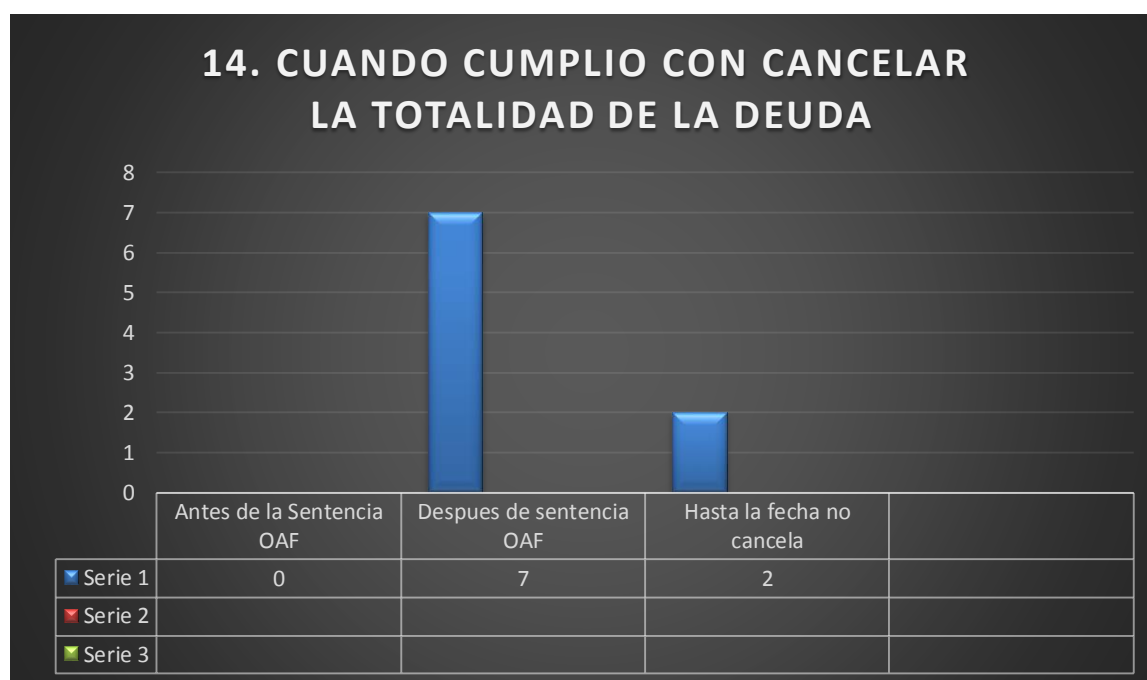


Fuente: encuesta realizada a los sentenciados por incumplimiento de obligación alimentaria reclusos en el EP Chachapoyas.

ANALISIS: Se obtuvo como resultado, tres internos fueron patrocinados por abogado particular y seis por defensor público.

INTERPRETACION: Se puede afirmar, que el patrocinio del Defensor Público en la defensa técnica de los seis internos, le genero un costo económico al Estado el cual se pudo evitar, declarando procedente la Revocatoria de la Revocatoria de la Pena.

PREGUNTA 14



Fuente: encuesta realizada a los sentenciados por omisión a la asistencia familiar recluidos en el EP Chachapoyas

ANÁLISIS: Se obtuvo como resultado, siete internos aseguraron haber cumplido con cancelar la totalidad de la deuda después de la sentencia, dos internos reconocen no haber cancelado la deuda alimentaria,

INTERPRETACIÓN: Se puede afirmar, que siete internos cumplieron con cancelar la totalidad de la deuda alimentaria, pese a ello continuaron en prisión, el órgano jurisdiccional vulnera el principio del interés superior del niño por cuanto es el padre quien tiene que velar con la alimentación, salud, estudios, bienestar de menor alimentista y en prisión no podrá cumplir con sus obligaciones, asimismo vulnera el principio de humanidad de las penas, por cuanto con la carcelería se estaría desintegrando la nueva familia del condenado, se afecta la dignidad de la persona y se daña la constitución psicofísica de los condenados y destruyendo sus vidas; el hecho de no haber cumplido con la deuda alimenticia no los convierte en delincuentes, por cuanto como lo tenemos dicho no tiene cultura criminal ni carrera criminal, por cuanto no es un delincuente violento; el ingreso de estos condenados por OAF a establecimiento penitenciario genera el atraso en las pensiones alimenticias, victimización terciaria, sobre costos económicos al sistema judicial y en un futuro hacinamiento carcelario.

4.1.8 Realidad Penitenciaria en Perú.

La realidad penitenciaria, siempre ha sido un tema polémico en nuestro medio, merece especial atención. La historia de la prisión como pena nos permite advertir que desde su institucionalización siempre fue un instrumento de afectación de algunos derechos de los internos que han sido restringidos por mandato judicial, y que difieren de la privación de la libertad.

Así, la dinámica actual de la cárcel la presenta como una institución como afirma Balaguer (1992)“...deliberadamente dirigida a la sumisión y sometimiento del interno, y en la que existe un absoluto desequilibrio entre las fuerzas que conviven, esto es, todo el aparato de castigar y de reeducar, de un lado y, de otro, el individuo en tanto que sujeto receptor del dolor y de valores frecuentemente ajenos...”(p 93)¹¹⁸

Sin desconocer que la problemática de la crisis penitenciaria no es solo patrimonial o legada de nuestras autoridades, que este fenómeno es universal, es posible establecer diversas razones que permiten señalar la grave situación por la que atraviesa nuestro sistema penitenciario. Entre ellas tenemos: corrupción de algunos elementos del personal penitenciario, la superpoblación carcelaria, las fugas sistemáticas de imputados y sentenciados, las vendettas, los motines, la promiscuidad, la deficiente atención médico-sanitario, el tráfico de licores, droga y sexo al interior de la prisión, etc.

Esta crisis es estructural y corroe a todo el régimen penitenciario desde hace ya varias décadas. La corrupción también comprende eventualmente a ciertos elementos de la Policía Nacional, que tiene que ver con la seguridad externa de las prisiones y que en muchas oportunidades han facilitado por acción o por omisión punibles, la evasión de internos, cobrando cupos a los internos, extorsionando, alquilando celulares etc.

La problemática real que genera la dramática situación del sistema penitenciario en el Perú, está caracterizada por graves carencias, limitaciones, distorsiones, empirismos

¹¹⁸BALAGUER S., Javier. “*Derechos Humanos y privación de libertad: en particular, dignidad, derecho a la vida y prohibición de torturas*”, en J.M. Bosch, editor: Cárcel y derechos humanos, Barcelona.

aplicativos y deficiencias en atender al interno y como consecuencia de ello carece de adecuadas políticas de infraestructura, seguridad, tratamiento y administración.

La carencia de personal especializado, es uno de los graves problemas, sumado a la permanente ficción entre el personal del INPE con la Policía Nacional del Perú, distrayendo recursos humanos esta última en detrimento de la sociedad civil que tiene déficit de personal policial.

Se han hecho infinidad de diagnósticos y se han planteado una serie de soluciones para mejorar el sistema penitenciario nacional; pero no se ha hecho planes de acciones con metas ejecutables ya sean a corto, mediano y largo plazo.

El diseño y construcción de diversos establecimientos de máxima seguridad no considera las condiciones favorables para el tratamiento que deben existir en todo establecimiento penitenciario. Inclusive, algunos establecimientos penitenciarios se basan en diseños de otros países que responden a exigencias básicas esperables para las prisiones. Sin embargo, en nuestro caso, muchos de estos establecimientos no han activado plenamente sus capacidades, restringiendo servicios fundamentales como agua y desagüe.

En relación a los servicios de tratamiento, se puede observar la contradicción existente entre la misión de recuperación y reincorporación a la sociedad del penado y el presupuesto y personal asignado para tal fin, motivo por el cual el interno por OAF, no tendrá mayor beneficio todo lo contrario su ingreso será reflexivo pero su salida será resentida con el sistema de justicia el cual se debe evitar.

4.1.9 Estadística Penitenciaria

Son datos estadísticos oficiales, recopilados por los establecimientos penitenciarios INPE, recabados en forma mensual, como indicadores de la actividad penitenciaria producida por el ingreso (procesado o sentenciado) o por el egreso de los mismos, generados por los órganos jurisdiccionales.

El Boletín I -2016¹¹⁹, que emite el Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, a través del Consejo Nacional de Política Criminal, conjuntamente con el Observatorio Nacional de Política Criminal “José Hurtado Pozo”, informan que hasta marzo del año 2016, el número de internos en penales era de 78,342, siendo la gran mayoría varones, constituyendo un total de 73,752, mientras que el número de internas mujeres llegó a 4,590, asimismo informa que 1,690 se encuentran recluido por el delito de omisión a la asistencia familiar, número preocupante y que cada año se incrementa y que tiene consecuencias económicas para el Estado Peruano y consecuencias para el condenado por el delito de OAF, por cuanto durante su corta estadía adquiere la sub cultura carcelaria, la misma que perjudicará a la sociedad.

La Estadística Penitenciaria, conforme sostienen García (2006), forman parte de las técnicas de investigación criminológicas, así como el cuestionario y el análisis de los datos o documentos, que en el presente caso está conformado por el informe emitido por el Director del Establecimiento Penitenciario de Chachapoyas respecto al número de internos sentenciados o revocados por OAF; y, del cuestionario ejecutado en el centro penitenciario a los propios internos condenados por el delito OAF, cuyas penas fueron revocadas.

4.1.9.1 Análisis Estadístico respecto a los condenados por Delito de OAF, recluidos en el establecimiento penitenciario de Chachapoyas – Huancas.

El cuestionario ejecutado a los condenados por el delito de OAF, recluidos en el establecimiento penitenciario de Chachapoyas - Huancas, nos arroja como resultados que actualmente nueve sentenciados por dicho delito se encuentra recluido en dicho Penal, de los cuales ocho fueron sentenciados por los órganos jurisdiccionales de Chachapoyas, y uno por otra provincia; ellos nos han informado que cuatro fueron mediante sentencia y cinco por revocatoria de pena, con lo cual demostramos que existen condenados con revocatoria de pena que cumplen carcelería. Asimismo, siete

¹¹⁹ Boletín I-2016, ¿Qué tanto sabes del Sistema Penitenciario en el Perú?, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, junio 2016. Pag. 14 a 15.

sentenciados refieren que después de la sentencia han cancelado la deuda alimenticia y dos hasta la fecha no han cumplido.

Respecto a la revocación de las penas nos indican un condenado a meses; un sentenciado a un año; cuatro condenados a dos años; dos sentenciado a tres años y un condenado a cinco años de pena efectiva, todas ellas desproporcionadas por cuanto el delito de OAF no es grave ni peligroso que merezca pena de prisión.

Respecto al motivo del incumplimiento de sus obligaciones alimenticia, refieren dos por descuido, cuatro por falta de recursos económicos y tres por demasiada carga familiar; al parecer la principal causa del incumplimiento radica en el bajo ingreso económico de los condenados, aunado a la carga familiar constituido por su nueva familia ya que siete así lo han referido y dos vivían solos. De los cuales cuatro viene cumpliendo con su obligación alimentaria; y, cinco no lo cumplen, asimismo tres condenados refieren realizar actividades de carpintería; tres artesanías, uno talleres de estudio, y uno sastrería y uno ninguna actividad, con dichas actividades difícil cumplir con sus obligaciones alimenticias para el agraviado y su nuevo hogar familiar. Ello se ha visto reflejado en su defensa ya que seis han optado por el Defensor Público y solo tres por abogado particular.

El primer día de la reclusión, ocho estuvieron deprimidos y solo uno estuvo normal; respecto al proceso de adaptación, cinco indican que ha sido difícil, uno refiere que ha sido traumático, dos no han logrado adaptarse y uno señala sentirse cómodo; respecto al tiempo de adaptación a la vida penitenciaria, cinco no logran adaptarse, dos después de varias semanas y dos después de varios meses. Con lo cual demostramos que los sentenciados por el delito de OAF, no han tenido una subcultura criminal y carrera criminal para de esta forma adaptarse a su vida carcelaria, tanto es así que ocho sentenciados refieren que durante el periodo de reclusión sus amistades son los mismos condenados por el delito de OAF y solo uno señala no tener amigos.

Asimismo, cinco condenados han señalado, que su actual familia es la más perjudicada con su encierro; tres señalan que los perjudicados son el agraviado, su actual familia y el mismo condenado; y, solo uno se siente afectado directamente por su internamiento en el centro penitenciario.

4.2 PRESENTACIÓN DEL MODELO TEÓRICO

Sobre la base de lo expuesto en la presente tesis, consideramos que el condenado con revocatoria de pena efectiva por el delito de OAF, no es delincuente, por carecer de sub cultura criminal y carrera criminal, la mejor manera de demostrar nuestra afirmación es a través de protocolos de evaluación con la finalidad de no victimizar a dichos sentenciados, siendo el procedimiento el siguiente:

4.2.1 Un protocolo de evaluación psicológico

En este protocolo lo que se debe acreditar en forma objetiva en el sujeto que es evaluado:

- a) Capacidad para determinar los elementos negativos de su conducta, que fue la que provoco la condena que viene asumiendo.
- b) Capacidad para determinar los elementos ambiguos entre una conducta negativa e ilícita de un comportamiento negligente.
- c) Capacidad para determinar los derechos e intereses de la parte afectada por su anterior comportamiento delictivo.
- d) Capacidad para asumir la responsabilidad de sus propios actos omitidos.
- e) Registro de un comportamiento acorde con la solicitud de libertad, durante la estancia en un centro penitenciario.

4.2.2 Un protocolo a nivel de evaluación social

Principalmente para evaluar su capacidad de comprender las normas de control social impuestas por el Estado a sus ciudadanos:

- a) Capacidad para determinar las normas de conducta en nuestra sociedad.

En base a estos dos elementos, es posible acreditar de modo técnico y pedagógico un “modelo teórico” que puede ser aplicado en la práctica jurisdiccional, por:

- ❖ **El Ministerio Público**, principalmente para que evalúe en qué casos puede solicitar medidas coercitivas contra procesados, en delitos de poca relevancia y peligrosidad social.
- ❖ **El Poder Judicial**, capacidad para analizar, la conducta en determinados procesados y diferenciar a los delincuentes peligrosos, a través del informe pericial psicológico y social, a fin de determinar su nivel de peligrosidad o riesgo frente a su responsabilidad alimenticia.
- ❖ **INPE**, entidad que emitirá la evaluación psicológica y social respecto a las características del reo, respecto al proceso de adaptación, contagio criminal, prisionización y aislamiento, del condenado por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar.

V. CONCLUSIONES:

1. Es procedente la conversión de Pena, a los condenados por el Delito de Omisión de Asistencia Familiar, quienes después de la Revocatoria de la Pena, han cumplido con cancelar el integro de la deuda alimenticia y la reparación civil, resulta razonable, su libertad, a efectos de que pueda seguir cumpliendo la pensión alimentaria, en pro del principio de protección del interés superior del menor. Estamos convencidos que se debe restringirse el derecho a la libertad solo a los delitos más intolerables y no a los delitos de escasa relevancia y peligrosidad social.

Revocar la Pena, genera que el condenado se aleja de su nuevo hogar familiar, con lo cual perjudicaría a sus integrantes y a los alimentistas, por cuanto, estando en la cárcel el Padre de familia, como cumplirá con su obligación alimenticia. La Corte Suprema, no tiene presente el objetivo del concepto de interés superior del niño, el cual es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo del niño, el cual se ve perjudicado por cuanto al negar la procedencia de la conversión de la pena en el delito de OAF, resulta perjudicado el menor alimentista, lo mencionado nos permite argumentar que, en pro del principio de protección del interés superior del menor, resulta conveniente que una persona que es Padres de familia goce de libertad ambulatoria para cumplir con el pago de la pensión de alimentos a favor de su menor hijo. En este sentido si un padre de familia, a quien se le ha privado de la libertad a causa de haber cometido el delito de OAF (sentencia condenatoria efectiva), después paga los devengados en la etapa de ejecución de sentencia resulta razonable que solicite la conversión de la pena y obtenga su libertad a efecto que siga pagando la pensión alimentaria, lo cual en un centro penitenciario será difícil hacer.

2. La Corte Suprema, vulnera el principio de humanidad de las penas, por cuanto al negar la conversión de pena al condenado por el delito de OAF, se estaría desintegrando la nueva familia del condenado, se afecta la dignidad de la persona y se daña la constitución psicofísica de los condenados y destruyendo

sus vidas; el hecho de no haber cumplido con la deuda alimenticia no los convierte en delincuentes, por cuanto como lo tenemos dicho, ellos no tiene cultura criminal ni carrera criminal, por no tener características de un delincuente violento; el ingreso de estos condenados por OAF a establecimiento penitenciario genera el atraso en las pensiones alimenticias

3. Los condenados por el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar, no son delincuentes ya que desde el punto de vista criminológico estos carecen de: **subcultura criminal**, la cual tiene como característica el aprendizaje criminal, la formación de grupo colectivo de delincuentes habituales, la violencia como su principal herramienta, conducta desviada etc., característica que no posee el condenado por OAF. Asimismo carece de **carrera criminal**, por cuanto solo ha cometido un delito OAF, lo cual no se puede catalogar como delincuente, ya que este tubo una conducta normal en su adolescencia en la cual nunca cometió actos ilícitos, podemos señalar que el inicio del delito fue cuando no cumplió con cancelar la deuda alimentaria y el fin será haber ingresado al establecimiento penitenciario; por el contrario, el delincuente violento en su etapa de juventud cometió actos ilícitos y en su adultez realizo varios delitos he aquí la gran diferencia frente al condenado por el delito de OAF; algo que los condenados por OAF carecen, por cuanto el hecho de haber incumplido la resolución judicial que establece una obligación alimenticia a favor de sus menores hijos, la cual lo cumplido a destiempo, no los convierte en delincuentes, que si bien es cierto han infringido la ley penal no por ello merecen una pena de prisión la cual está destinado a los delitos más violentos, y la cárcel para los delincuentes de máxima peligrosidad.

Revocar la Pena, a los condenados por el Delito de Omisión de Asistencia Familiar, **victimiza al condenado**, lo cual se manifiesta en el hacinamiento, sobrepoblación, agresiones físicas, agresiones psíquicas, agresiones sexuales, etc, como lo tenemos dicho, estos condenados no poseen sub cultura criminal ni carcelaria, padeciendo en carne propia la victimización terciaria, por cuanto no forman parte del mundo criminal, agravando su situación de encierro, de seguir

esta situación en un futuro muy corto podría generar sobrepoblación carcelaria, así como efectos perniciosos por su estancia en prisión como es adquirir la denominada sub cultura carcelaria que todo condenado lo recibe por su estancia corta o prolongada. El Estado Peruano, tiene la obligación de garantizar a la persona su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar personal y familiar, lo cual no se cumple para este condenado.

4. Revocar la Pena a los condenados por el delito OAF, está generando un elevado gasto económico al Estado Peruano, por cuanto, posterior a la Revocatoria, se emitan las requisitorias, generando que la PNP proceda a su ubicación y captura, cuando su principal objetivo sea la seguridad ciudadana; luego es capturado ingrese al PODER JUDICIAL, para la emisión de la papeleta de ingreso al centro penitenciario, posteriormente el personal del INPE efectué el tramite penitenciario respectivo; con el transcurso de los meses, el sentenciado reo en cárcel, requiere de un DEFENSOR PÚBLICO, para solicitar beneficio penitenciario, requiriendo que el FISCAL emite su Dictamen, y al final el Poder Judicial, previa audiencia con la participación del Juez, Fiscal, Defensor Público, agente penitenciario este último custodia al condenado, se realice la audiencia se emita resolución que va hacer materia de apelación, posteriormente es elevado el proceso a la Superior Sala Penal, como se puede apreciar, revocar la pena a un condenado genera todo un movimiento del sistema Judicial Peruano (sobre carga procesal), lo cual ocasiona un fuerte gasto económico a nuestro País, el mismos que se puede evitar, otorgándole la conversión de Pena, por prestación de servicio a la comunidad, limitación de días libres o vigilancia electrónica regulado en el artículo 52° del código penal.

VI. RECOMENDACIONES

1. El Poder Judicial, debe reformular su decisión, revocando la pena por Pena Limitativa de Derecho, por cuanto el condenado por el delito de OAF no es un delincuente por cuanto carece de subcultura criminal y carrera criminal. La pena efectiva como lo tenemos dicho es perniciosa para el sentenciado generando un gasto económico al Estado en forma innecesaria ya que se puede aplicar una pena más benigna.
2. Al no estar reglada la Libertad Anticipada en nuestro ordenamiento jurídico procesal, por cuanto existe impedimento normativo para que el Juez la otorgue; en consecuencias: Recomendando al Presidente de la Corte Suprema, utilizar los conductos necesarios para alcanzar al Congreso de la Republica, la siguiente propuesta de lege ferenda, respecto a la modificación del inciso 3 del art. 491° del código procesal penal, referido a la libertad anticipada:

Art. 491° incidentes de modificación de la sentencia.

Inc. 3.- los incidentes relativos a la libertad anticipada **por cumplimiento de los fines de la pena**, fuera de los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional y de la medida de seguridad privada de libertad, y aquellos en los cuales, por su importancia, el juez de la investigación preparatoria lo estime necesario, serán resueltos en audiencia oral, citado a los órganos de prueba que deban informar durante el debate.

a fin de que desarrolle la normatividad de la Libertad Anticipada desarrollando los presupuestos materiales, fijando los parámetros, las reglas bajo los cuales los sentenciados deba acceder a la libertad anticipada, para de esta forma evitar el ingreso innecesario de sentenciados por el delito de OAF a los centros penitenciarios de nuestro país.

VI REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. **Álvarez Olazabal**, Elvira María; “Delitos contra la Libertad sexual y delitos contra la familia”; publicado por el Poder Judicial con el apoyo del Banco Mundial “proyecto de mejoramiento de los servicios de Justicia”; Lima agosto 2007.
2. **Avalos Rodríguez**, Constante Carlos. Determinación Judicial de la Pena; Gaceta Jurídica; 1ra edición junio 2015
3. **Abanto Vásquez**, Manuel; Dogmática, delitos económicos y contra la administración pública. Grijley. Lima 2014.
4. **Bramont Arias**, Luis/**Bramont-Arias Torres**, Luis; Código Penal anotado, 4ta ed. Revisado y concordado por María del Carmen García Cantizano; Editorial San Marcos; 2001.
5. **Borja Jiménez**, Emiliano. Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal. editorial Continental. San José de Costa Rica, 2001.
6. **Boletín I-2016**, ¿Qué tanto sabes del Sistema Penitenciario en el Perú?, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, junio 2016.
7. **Bustos Ramírez**, Juan. Obras completas, T I (Derecho Penal parte general) Ara editores, Lima. 2004.
8. **Campana Valderrama**, Manuel, “El Delito de Omisión a la Asistencia Familiar”. UIGV – Fondo Editorial. Lima - 2002
9. **Carbonell**, Miguel; “Familia, Constitución y Derechos Fundamentales”. *En Panorama internacional del Derecho de Familia. Culturales y sistemas jurídicos comparados*. Tomo I, Universidad Autónoma de México, México D.F, 2008, en <http://www.bibliojuridica.org/libro/5/2287/7.pdf>.
10. **Cervello Donderis**, Vicenta. Derecho Penitenciario; 3ra edición, editorial tirant lo Blanch, valencia, 2012.
11. **Chirinos Soto**, Francisco; Código Penal, editorial Rodhas, Lima 1991.
12. Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial N° 113. *Supervisión del Sistema Penitenciario 2006*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2007. p.88. Consulta: 20-08-07.http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe_113.pdf
13. **Del Pont**, Luis Marco; “Manual de Criminología”, Lima – 2006, Ediciones Jurídicas.
14. **Domínguez**, E. “Las figuras de abandono de familia en sentido estricto” 5ta edición, Ed. Dykinson, Buenos Aires – 2005.

15. **Chunga Hidalgo**, Laurence; “Un caso específico de incumplimiento del pago de alimentos: ¿Ausencia de dolo o causa de justificación”; Gaceta Penal & procesal penal, Tomo 13 - Julio, Lima, 2010.
16. **Etcheberry**, Alfredo. Derecho Penal parte general; Tomo I, 3ra edición abril 1999, editorial jurídica de Chile.
17. **García – Pablos de Molina**, Antonio “Criminología una introducción a sus fundamentos teóricos; edición castellana para Latinoamérica; 1ra edición peruana; Iuris consulti editores – editorial San Marcos; mayo 2006
18. **García Pablos de Molina**, Antonio. Derecho Penal, introducción; servicios de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 2000.
19. **Garrido** Genovés, Vicente; “Delincuente y sociedad”, Madrid 1984, ed. Mezquita.
20. **Hassemer**, Winfried/**Muñoz Conde**, Francisco. “Introducción a la Criminología y a la Política Criminal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
21. **Hurtado Pozo**, José – Prado Saldarriaga, Víctor. Manual de Derecho Penal, parte general; Tomo II, 4ta edición, Idemsa, Lima, 2011
22. **INPE – Ministerio de Justicia**; “10 medidas de reforma del Sistema Penitenciario”; 13-04-2012.
23. **INEI** Censo 2007. https://www.inei.gob.pe/media/criminalidad/.../Gustavo_Adolfo.pdf.
24. **Jescheck**, Hans-Heinrich; Tratado de Derecho Penal. Parte general; trad. José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares – Granada 1993.
25. **Juliano**, Mario Alberto/**Avila**, Fernando. “Contra la Prisión perpetua. Una visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad” del Puerto, Buenos Aires, 2012.
26. **La Constitución Comentada**, análisis artículo por artículo; Gaceta Jurídica, Tomo I y II, 1ra edición – diciembre 2005.
27. **Mapelli Caffarena**, Borja. Las consecuencias jurídicas del delito. 5ta ed. Civitas, Thomson Reuters Pamplona, 2001
28. **Mir Puig**, Santiago; Derecho Penal. Parte general. Reppertor, 8va edición, Barcelona 2008.
29. **Ministerio de Justicia** – Boletín N° 003 agosto 2013, publicado en www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/08/boletin-003-minjus.pdf
30. **Muños Conde**, Francisco, Introducción al Derecho Penal, Julio Cesar Faira (ed). Montevideo-Buenos Aires. 2003

31. **McLaughlin**, Eugene y Muncie, John; Diccionario de Criminología; Gedisa editores; Barcelona, 2011.
32. **Peña Cabrera**, Alonso Raúl; “Derecho Penal, Parte especial”. Tomo I, Idemsa, Lima, 2008.
33. **Pérez López y Santillán López**, “Criminología de la concepción positivista a la perspectiva crítica, Ed San Marcos, Lima 2009.
34. **Roxin**, Claus; “Derecho Penal parte general” Tomo I Fundamentos: La estructura de la teoría del Delito; Editorial Civitas s.a 1997; 1ra edición Madrid.
35. **Rojas Sánchez**, Freddy Jovaldo, “Justificación Jurídica del cese anticipado de la Prisión por el delito de incumplimiento de obligación alimentaria”, Revista IN CRESCENDO – Derecho y Ciencias Políticas, Vol 01. N° 02, 2014, pp. 81-91
36. **Reyna Alfaro**, Luis Miguel; “Delitos contra la Familia”. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
37. **Revista Institucional N° 7** - Academia de la Magistratura “Aportes al Derecho Penal Peruano desde la perspectiva Constitucional”; 1ra edición, Lima - junio 2006.
38. **Reyes Echandia**, Alfonso. Derecho Penal, parte general. Reimpresión 11 ed, Temis Bogotá 1989.
39. **Reyes Ríos**, Nelson. “Derecho alimentario en el Perú propuesta para desformalizar el proceso. En: Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diciembre 1998 abril 1999. Pag. 789
40. **Salinas Siccha**. Ramiro; “Derecho Penal. Parte especial”. 3ra edición, Grijley, Lima, 2008.
41. **Serrano Maillo**, Alfonso, “Introducción a la Criminología”, 1ra edición para Latinoamérica, Ara editores, Lima 2004.
42. **Silva Sánchez**, Jesús María; “Aproximación al Derecho Penal contemporáneo” 2da edición; editorial B de F; Montevideo – Buenos Aires”; 2010.
43. **Solís Espinoza**, Alejandro; “Ciencias Penitenciarias y Derecho de Ejecución Penal”, 5ta edición, ByB, Lima. 1990.
44. **Small Arana**, German. “Situación carcelaria en el Perú y Beneficios Penitenciarios” Grijley, Lima. 2006.
45. **Tasayco**, Gilberto Félix. “Las Teorías de las Penas”; publicado en la revista Actualidad Penal – Instituto Pacífico, diciembre 2014 N° 6.
46. **Villa Stein**, Javier. “Revista de derecho y ciencias políticas”, N° 51 y 52 (1994-1995)

- 47. Villavicencio Terreros**, Felipe. “introducción a la criminología” Grijley, Lima mayo 2000.
- 48. Villavicencio Terreros**, Felipe. “Derecho Penal parte general” Grijley, Lima julio 2006.
- 49. Vizcardo**, Silfredo Hugo, Derecho Penitenciario Peruano; Instituto de Investigaciones Jurídica, Lima – 2005.
- 50. Zaffaroni**, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte general; Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1980.
- 51. Zugaldia** Espinar, José Miguel. “Fundamentos de derecho penal parte general” Tirant lo Blanch, Valencia. 2010.