



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Carrera de Derecho

“El efecto de la aplicación de la reincidencia y habitualidad en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria como transgresión al Derecho Alimentario”.

Tesis para optar el título profesional de:

Abogado

Autor:

Napoleón Benjamín, Gaitán Cabellos

Asesor:

Dr. Cueva Huaccha, Ernesto Enjelberto

Cajamarca - Perú

2020

Dedicatoria

*A mis padres, **Miguel y María.***

*Por el apoyo en todo momento y
circunstancia, por sus consejos, sus
valores, por la motivación constante que
me ha permitido ser una persona de bien,
y por su amor incondicional.*

Agradecimiento

*Mi agradecimiento a **Dios** quien ha forjado mi camino con su palabra y me ha dirigido por el sendero correcto en todo momento, ayudándome y supliendo mis necesidades.*

Te agradezco, padre celestial.

Al Dr. Ernesto Cueva Huaccha por haber accedido a ser mi asesor en este trabajo de investigación.

A todos mis hermanitos por su apoyo incondicional, Dios siga bendiciéndolos.

A Danielita por acompañarme en el camino de mi superación personal.

Tabla de contenido

<i>Dedicatoria</i>	2
<i>Agradecimiento</i>	3
<i>Tabla de contenido</i>	4
<i>Índice de tablas</i>	5
<i>Resumen</i>	6
<i>CAPÍTULO I. Introducción</i>	7
1.1. Realidad problemática	7
1.2. Formulación del problema	38
1.3. Objetivos	38
1.3.1. Objetivo general.....	38
1.3.2. Objetivos específicos.	39
1.4. Hipótesis	39
1.4.1. hipótesis general.	39
<i>CAPÍTULO II. Metodología</i>	40
2.1. Tipo de investigación	40
2.2. Población y muestra	40
2.3. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos	41
2.4. Procesamiento y análisis de datos (procedimiento)	42
2.5. Matriz de consistencia	43
<i>CAPÍTULO III. Resultados</i>	44
<i>CAPÍTULO IV. Discusión y conclusiones</i>	81
4.1 Discusión	81
4.2 Conclusiones	98
4.3 Recomendaciones	99
<i>Referencias</i>	100
<i>Anexos</i>	110

Índice de tablas

<i>Tabla 1 Definición de incumplimiento de obligación alimentaria</i>	<i>18</i>
<i>Tabla 2 Marco legal del Derecho Alimentario.....</i>	<i>26</i>
<i>Tabla 3 Clasificación de la pena.....</i>	<i>30</i>
<i>Tabla 4 Clases de pena.....</i>	<i>31</i>
<i>Tabla 5 Definiciones de Reincidencia</i>	<i>33</i>
<i>Tabla 6 Tipo de investigación.....</i>	<i>40</i>
<i>Tabla 7 Materiales, instrumentos y métodos</i>	<i>40</i>
<i>Tabla 8 Método para recoger información</i>	<i>41</i>
<i>Tabla 9 Técnicas para recoger datos</i>	<i>41</i>
<i>Tabla 10 Instrumentos.....</i>	<i>41</i>
<i>Tabla 11 Matriz de consistencia de la reincidencia y habitualidad en el Derecho Alimentario</i>	<i>43</i>
<i>Tabla 12 Descripción de reincidencia por la Jurisprudencia</i>	<i>45</i>
<i>Tabla 13 Descripción de habitualidad por la Jurisprudencia.....</i>	<i>47</i>
<i>Tabla 14 Finalidad de la pena suspendida.....</i>	<i>52</i>
<i>Tabla 15 Posturas del Plenario de la Corte Superior de Justicia del Callao</i>	<i>53</i>
<i>Tabla 16 Efectos de la reincidencia y habitualidad</i>	<i>57</i>
<i>Tabla 17 Objetivo de la reincidencia y habitualidad</i>	<i>59</i>
<i>Tabla 18 Rol del Estado como protector.....</i>	<i>67</i>
<i>Tabla 19 Aplicación de la pena desde el Test de Proporcionalidad</i>	<i>70</i>
<i>Tabla 20 Interés superior del niño desde la Jurisprudencia</i>	<i>74</i>
<i>Tabla 21 Propuesta de modificatoria de la Suspensión de la Pena</i>	<i>80</i>

Resumen

El objetivo del presente trabajo de investigación fue determinar el efecto de la aplicación reincidencia y habitualidad en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria como impedimento de la suspensión de la pena, de acuerdo al artículo 57° del Código Penal, en el Derecho Alimentario, este objetivo se desprende por el conflicto que se presenta en nuestra legislación con respecto a la institución jurídica de la reincidencia y habitualidad en relación al Derecho Alimentario como protector del bien jurídico de la familia como núcleo social.

En cuanto a la metodología, el estudio fue de enfoque cualitativo, donde se analizó la institución jurídica de la reincidencia y habitualidad en relación al Derecho Alimentario. La investigación es de tipo no experimental, porque no se manipularon las variables, así mismo es de carácter básica porque las evidencias demuestran que no puede aplicarse esta institución como se piensa, sino como existe.

Con los resultados se ha determinado que el efecto de la aplicación de la reincidencia y habitualidad en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria no es un mecanismo protector del bien jurídico de la familia, porque al aplicarse limitan la libertad de quien es responsable de facilitarlo, generando así que se transgreda el Derecho Alimentario del sujeto pasivo contraviniendo el artículo 4° de la Constitución como protector de las personas en situación de abandono en el marco de un Estado de Derecho.

Palabras clave: reincidencia, habitualidad, derecho alimentario, familia, alimentista.

CAPÍTULO I. Introducción

1.1. Realidad problemática

La institución jurídica de la reincidencia y habitualidad fue adscrita a nuestro Código Penal como mecanismo para agravar las penas de los individuos que por su conducta son reuñentes a internalizar las reglas de convivencia social, por lo que el Estado dentro de su rol garante de los Derechos Fundamentales, ha establecido esta política criminal para proteger a los bienes jurídicos que el mismo garantiza. Haciendo una contrastación se puede identificar que entra en conflicto con el bien jurídico de la familia que en su artículo 4° de nuestra Constitución indica que **“el Estado protege a las personas que se encuentran en situación de abandono (...)**, haciendo mención a los integrantes del grupo familiar, pero en la realidad vemos que no se presenta como lo indica literalmente nuestra Carta Fundamental, sino que en vez de proteger la subsistencia familiar anula toda posibilidad de cumplimiento; inclusive en delitos cometidos entre miembros del mismo grupo familiar nuestro legislador ha permitido que el *ius puniendi* del Estado renuncie por perjuicios patrimoniales, pero no ante la vulneración y limitación de los derechos que son inherentes y considerados de primera categoría como lo es el Derecho Alimentario.

Se ha identificado que en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria, donde su realidad fáctica no encaja con la finalidad de la institución jurídica de la reincidencia y habitualidad, por lo que al aplicarla no solo limitaría el Derecho Alimentario del sujeto pasivo, sino que a los sentenciados se les restringiría su responsabilidad de manutención, vulnerando así también, su derecho a la presunción de inocencia (probar capacidad de pago), por situaciones que se presentan ajenas al incumplimiento de su obligación; sino que sus efectos de esta institución estarían forzando la naturaleza ontológica del Derecho Penal.

La institución jurídica de la reincidencia y habitualidad ha tomado importancia en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria, ya que se presenta por ser renuentes de haber incumplido una obligación, por lo que se debe citar investigaciones que tienen propuestas de solución a este problema, con el fin de evitar la afectación del núcleo social.

Según Apaza, (2016) en su trabajo de investigación acerca de “La reincidencia y habitualidad ¿Política criminológica de lucha contra el crimen o expresión del derecho simbólico?” Analiza si las instituciones de la reincidencia y habitualidad como circunstancias agravantes calificadas para la determinación de la pena, constituyen o no una respuesta de política criminal en la lucha contra el crimen; o por el contrario, no son más que una expresión del Derecho Simbólico; llegando a la conclusión de que dichas instituciones no son más que una expresión de la ola expansionista del Derecho Penal, como una respuesta apresurada y poco debatida ante el reclamo de la población frente al incremento de la delincuencia; es decir, constituyen una expresión más del Derecho Simbólico, la misma que no busca combatir el incremento de la criminalidad, sino solo reprimir con mayor severidad dichas conductas.

En tanto Garro (2017) que en su tesis de maestría acerca de “la Reincidencia y Habitualidad en procesos penales a consecuencia de la Ley 30076” tuvo por objetivo: Determinar las condiciones que harían conveniente la incorporación de las instituciones jurídica de reincidencia y habitualidad delictiva. Los resultados determinan que con las modificaciones realizadas en virtud de la Ley 30076, los artículos 46° B y 46° C del Código Penal referidos a la reincidencia y habitualidad, respectivamente, evidencian en el tratamiento de las faltas, una limitación del acceso a beneficios penitenciarios u otras que se enmarcan en un proceso de endurecimiento del sistema penal, el mismo que parte de un Derecho altamente punitivo.

Para Alcocer (2016) que en su trabajo de investigación “La reincidencia como agravante de la pena; consideraciones dogmáticas y de política criminal” situando la realidad español - peruana nos dice que el costo del nuevo hecho delictivo realizado por el reincidente es atribuible al individuo, a la sociedad y al Estado. En efecto, no puede cargarse el costo que produce el acto del reincidente solamente al individuo, pues el Estado y la sociedad son también responsables al no brindar las condiciones necesarias para lograr la resocialización del condenado. No obstante, no se pretende justificar su desarrollo en los ordenamientos jurídico penales, proponiendo criterios normativos que coadyuven a delimitarla. Sino que el análisis dogmático realizado de la agravante no se aleja de la realidad ni de los fines que, legítimamente, se busca alcanzar con ella.

Rubín (2017) que en su trabajo de investigación “El factor socioeconómico como condicionante para la reincidencia en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria en los juzgados penales unipersonales de Huánuco. Período enero 2014-Noviembre 2015”. Dentro del tratamiento que hace Rubín Cortez acerca de la política criminal que deberá recibir el agente delictivo, es necesario precisar que el factor socioeconómico que intervienen como condicionante para el no cumplimiento de la prestación de alimentos por parte del agente delictivo, situación que no solo se contempla dentro del proceso penal, sino que es acarreado desde el proceso civil de alimentos, en donde las condiciones socioeconómicas de la mayoría de los procesados es muy precaria, concluyendo que objetivamente es el factor socioeconómico lo cual condiciona a muchos procesados por este delito a estar privados de la libertad y también a la vez caer en reincidencia de una manera implícita, por lo que no existe una normativa que les otorgue una manera de trabajar para pagar la deuda alimentaria.

La conclusión de Rubín Cortez recomienda que se modifique el Artículo 149° de omisión de alimentos del Código Penal, en la medida que ya no exista prisión efectiva o pena privativa de libertad, sino se implementen grilletes electrónicos, para que este deudor no salga de la jurisdicción de la ciudad donde domicilia y pueda trabajar para así poder cancelar la deuda, esto sin duda sería una buena salida, puesto que se evitaría que el reincidente caiga en la habitualidad.

Para reforzar esta posición citamos a Vega (2018) que en su trabajo de investigación “Habitualidad al delito de omisión de asistencia familiar. Un estudio sobre la admisión del pago fraccionado de la reparación civil” nos dice que efectivamente la admisión del pago fraccionado de la reparación civil celebrada en los acuerdos resarcitorios en el marco de la aplicación del Principio de Oportunidad influye en la habitualidad del delito de omisión de asistencia alimentaria, así como la falta de criterios específicos sobre la forma de pago sumada a la reserva mental del imputado explica la admisión del pago fraccionado de la reparación civil.

Sin duda estos trabajos de investigación han aportado de manera significativa, pero es necesario abordar el tema de la reincidencia y habitualidad en su conjunto relacionada con el delito de incumplimiento de obligación alimentaria. Esta institución jurídica ha sido desarrollada como mecanismo de defensa contra el incremento de los actos delictivos, si bien ha generado polémica porque se dice que se estaría vulnerando el principio *ne bis in idem*, esto no ha sido de recibo por muchos constitucionalistas, pues la postura de la reincidencia y habitualidad no estaría sancionándose doble vez por un mismo hecho, sino que parte de la agravación de la pena por sus antecedentes.

Teoría del delito

La teoría del delito se ocupa del estudio de las características que debe reunir cualquier conducta para ser calificada como delito (Bramont-Arias Torres, 2008). La conceptualización que se le da, reúne las características básicas para poder desarrollar una estructura organizada que nos permita explicar la naturaleza jurídica de un comportamiento que no es acorde a lo esperado por la sociedad. Para el Dr. Villa Stein (2014) el delito es:

Un constructo epistémico que facilita la definición conceptual y el análisis secuente del delito como conducta humana compleja e inaceptablemente transgresora de la norma estatal prohibitiva o imperativa, no obstante su carácter abstracto, persigue como toda teoría que se precise de tal, una finalidad práctica consistente en facilitar la determinación precisa del universo de conductas que son cierta e inconfundiblemente contrarias al orden social, cuantificar la intensidad de la contrariedad y aplicar con energía prudencia la contingencia sancionadora que el estado liberal y democrático de derecho, tribunales de justicia mediante, considere oportuno y necesario conforme determinada racionalidad político criminal. (p. 241)

Esta definición del Dr. Villa Stein tiene una similar conceptualización con la que nos brinda Jiménez de Asúa (1964) que refiere que es “un acto típicamente antijurídico imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se halla conminado con una pena o, ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella”. (p. 63)

En nuestro Código Penal en su artículo 11° nos dice que: “son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”; es decir, las características que tendrían que reunir para ser considerado delito según Bramont – Arias Torres tendrían que ser una acción u omisión y que dicha acción u omisión tendría que ser dolosa o culposa para que pueda ser penada por la Ley. Pero según la doctrina el delito tiene elementos que permiten definir de manera copulativa su estructura y análisis. Nuestra legislación ha adoptado la teoría finalista con la cual desarrolla al delito como una: acción típica, antijurídica y culpable.

- i. **Acción:** Se toma en cuenta el comportamiento humano que tiene una finalidad, dejándose de lado las acciones que se den como consecuencia de: el estado de inconsciencia, el movimiento reflejo y la fuerza física irresistible (Bramont-Arias Torres, 2008).
- ii. **Tipicidad:** Hace mención al comportamiento que se analiza ha sido previsto por el legislador en la Ley como delito antes de su comisión, dando cumplimiento así al principio de legalidad. Esta conducta típica vulneraría la norma penal prohibitiva que subyace a todos los delitos y que obliga a no lesionar o poner en riesgo bienes jurídicos (Meini, 2014).
- iii. **Antijuricidad:** Se debe presentar la antijuricidad formal ver si la acción va en contra del ordenamiento jurídico, y material, es decir la puesta en peligro del bien jurídico protegido. No se debe presentar ninguna causa de justificación, legítima defensa, estado de necesidad justificante, obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, obediencia jerárquica (Bramont-Arias Torres, 2008).

- iv. **Culpabilidad:** Es el juicio de reproche que se puede hacer al sujeto activo. Aquí se analiza tres criterios como la imputabilidad, es decir persona capaz y consciente de sus actos al momento de realizar la acción típica, mayor de 18 años; el conocimiento del injusto ve si se presenta una causa de justificación o dentro de una causa de exculpación, y la exigibilidad de otra conducta según la doctrina (Meini, 2014).

Para establecer si nos encontramos ante un delito o falta debemos examinar la gravedad del hecho cometido. Esta gravedad según Bramont – Arias Torres se analiza desde el punto de vista de la acción del sujeto y daño producido por éste. Siguiendo un criterio cualitativo los delitos y las faltas son iguales, la diferencia está en la gravedad. Resulta determinante entonces citar al profesor Villavicencio Terreros (1990), que nos dice que “las infracciones penales se clasifican formalmente en delitos y faltas. Esta es la clasificación bipartita” (p. 100).

No todos los comportamientos humanos pueden ser sujetos de ser calificados como delitos o faltas, sino que tienen tener los elementos antes ya descritos del delito, es decir, solo se sanciona aquellos comportamientos que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos protegidos penalmente, tal como lo señalan los juristas Muñoz Conde y García Arán (2000): “No hay una acción abstracta, prejurídica, de robar o de violar, sino que sólo puede calificarse como tal aquella acción que concuerda con la descrita en los respectivos artículos del Código Penal” (p. 241). La conducta humana tiene dos formas de manifestarse, las cuales son recogidas en forma expresa en el artículo 11°, en el que menciona que “Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”. Ante esta categorización y tomando en consideración nuestro tema de investigación, analizaremos las conductas omisivas.

La omisión

El comportamiento humano en su cotidianeidad ha desarrollado lo que se lo categoriza como protección, esto está destinado a la protección de los bienes jurídicos, por lo que el profesor Berdugo Gómez de la Torre y otros, (1999) dicen que:

“El legislador ha introducido en el Código Penal un principio de solidaridad social en virtud del cual se responsabiliza al sujeto que omite realizar una determinada prestación conducente a la salvaguarda de un bien jurídico, o que no impida la producción de un resultado típico estando obligado a ello” (p. 177).

La omisión, al igual que la acción, es una forma de conducta, ésta se puede entender como un “no hacer” o “hacer algo diferente a lo que debía hacer”. En términos generales para Bramont-Arias Torres (2008), nos dice que la conducta de no hacer lo que se debía permite al derecho penal cargarle al sujeto consecuencias jurídicas, y que son resultado de un juicio normativo negativo. En otras palabras, el agente se encuentra frente a una norma que le indica que actué de una determinada forma, sin embargo, y estando en plena capacidad de hacerlo, es decir física y mental, no lo hace. En este sentido el profesor Von Liszt (1917) señaló:

El concepto de omisión supone: que el resultado producido hubiera sido evitado por el acto que a pesar de ser posible para el autor y esperado por nosotros, fue omitido por éste; por consiguiente, en este concepto se da una característica análoga a la causalidad de la acción, si bien no es la causalidad misma. Esta analogía se extiende también a la

interrupción de la relación de causalidad: la omisión libre e intencional de un individuo responsable se trata por el legislador suponiendo que hay obligación jurídica de hacer, del mismo modo que la existencia de una nueva serie causal independiente. Por el contrario, la omisión del resultado se considera como causación de mismo por acción positiva en cuanto que implica la anulación de una conducta existente opuesta a dicho resultado” (p. 303)

Según Bramont – Arias Torres los presupuestos para que un delito sea omisivo, debe ceñirse a tres requisitos generales, tales como:

- i. El sujeto debe conocer el mandato de la Ley o tener la oportunidad de conocerla, la cual le impone el deber de actuar de una determinada manera.
- ii. El sujeto debe tener la posibilidad de actuar; se presupone la capacidad psicofísica del sujeto de otro modo el mandato no tendrá sentido.
- iii. Ausencia del comportamiento ordenado al sujeto.

Entonces, se puede inferir que la omisión consiste en no hacer aquello que se debe y se puede por estar bajo la exigencia de una norma imperativa, o que el agente estando frente a una norma imperativa por su comportamiento omisivo facilita la realización del tipo en su forma comisiva pues violenta una norma prohibitiva que puede ser de omisión propia u omisión impropia (Villa Stein, 2014). En ese sentido, queda analizar si el agente mediante su conducta puede ser objeto de reproche, por lo que en nuestro estudio no ceñiremos a la omisión propia por la naturaleza de nuestro trabajo de investigación.

En los delitos de omisión propia el legislador sanciona la infracción de no actuar incumpliendo así la norma de mandato, esto equivale a los delitos de mera actividad, es decir no interesa si surgió o no un resultado objetivo; sin embargo, la simple inacción no es una omisión como lo dice Von Liszt (1917), esto tiene que darse en base a una disposición legal donde la conducta sea reprochable.

Para Bramont – Arias Torres indica que debe existir ciertas conductas mínimas que deben realizarse por lo individuos integrantes de una sociedad, dado que, el no realizarlas implica crear inseguridad entre los miembros de la misma. Es así, que el profesor Quintero Olivares (1996) afirma que:

La sociedad o en su nombre el sistema jurídico, esperaban del sujeto concreto un comportamiento positivo porque la realización de ese comportamiento dependía la protección de un bien jurídico, bien jurídico que a su vez ha de ser custodiado en razón a consideraciones humanitarias (p. 305).

En ese sentido, entonces, cabe precisar que el legislador buscaba que la conducta típica se ciña por lo objetivo que vendría hacer: situación típica donde nos obliga actuar, omisión del acto debido que hace alusión a la capacidad física y psicológica para poder hacerlo, la capacidad personal de realizar acto debido hace referencia a que el actor puede prestar auxilio sin riesgo propio o de tercero y por estar en situación próxima a la del necesitado y gozar de condiciones que le permitan actuar.

Con relación a la tipicidad subjetiva se puede dar por dolo o culpa, pero en el caso de omisión propia solo cabe la precisión de una conducta dolosa, pues el sujeto activo omite la acción debida o exigida deberá saber y querer que omite correspondiéndole este estado a la no realización de la conducta (Villa Stein, 2014). Tal es el caso del siguiente delito.

Incumplimiento de obligación alimentaria.

Esta conducta ha sido tipificada por el Código Penal en su artículo 149° como “Incumplimiento de obligación alimentaria”. Entendiéndose como el abandono económico de los alimentistas reconocido por una resolución judicial. Este delito ha sido tipificado de la siguiente manera:

Art. 149° Incumplimiento de obligación alimentaria: El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial. Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.

Esta tipificación ha sido desarrollada y tomada como soporte a las diferentes concepciones que le dan distinguidos estudiosos como:

Tabla 1
Definición de incumplimiento de obligación alimentaria

Posición	Josserand (1952)	Campana (1997)	Diniz (2002)
Individual	El deber impuesto jurídicamente a una persona de asegurar su subsistencia de la otra; como toda obligación, implica la insistencia de un acreedor y de un deudor, con la particularidad de que el primero está, por hipótesis en necesidad y el segundo en condiciones de ayudar (p. 303).	Son una relación interpersonal, un derecho subjetivo que forma parte de los derechos de crédito, pues sitúa al deudor y acreedor uno frente del otro, es decir, alimentante y alimentista frente a frente (p. 15).	El fundamento de la obligación de prestar alimentos es el principio de preservación de la dignidad de la persona humana y el de la solidaridad familiar (p. 459).
Social	La omisión a la Asistencia Familiar tiene su idea “fundamental en la noción de seguridad de los integrantes de la familia”, de ahí que el delito que se comete, supone la infracción a los deberes de orden asistencial (Bramont Arias Torres & Garcia Cantizano, 1996).	La criminalización de la Omisión a la Asistencia Familiar se da a partir de la presencia de un bien jurídico de gran relevancia, como es la familia, que debe ser protegido por el orden público, porque su asistencia familiar depende del pago alimentario por conceptos de alimentos, siendo la familia el elemento más trascendente del Estado (Bernal Del Castillo, 1997).	El delito omisión a la asistencia familiar, forma parte de uno de los problemas estructurales que afronta la sociedad, y este delito seguirá constituyendo un problema social, y de peligro permanente no sólo contra la familia sino también contra la sociedad en general, pues la norma no permite cumplir a cabalidad el objeto para la cual fue dictada (Ruiz Perez, 2003).

Nota: Definiciones desde la perspectiva individual y social según la Doctrina.

Este delito tiene una particularidad, porque no solo busca una sanción al responsable del incumplimiento, sino que permite que sea privado de su libertad, es decir, faculta al juez a que pueda sentenciar, no importando la condición del sujeto activo, ni mucho el estado de vulneración que queda el núcleo social. Este tipo de delito es el único que no ampara la Constitución cuando prohíbe de imponer prisión por deudas (Const. Art. 2º Inc. 24. Apart. C). Es decir, para que exista un incumplimiento debe anteceder un proceso civil de obligaciones.

Para Osterling Parodi y Castillo Freyre (2014), “Una obligación es el vínculo jurídico y la exigibilidad, que es el constreñimiento por el cual el acreedor puede compeler a su deudor el cumplimiento de la prestación, y el deber de este último de pagar lo ofrecido” (p. 115). Este tipo de obligación, es considerada como un deber de cumplimiento obligatorio, pues es catalogada como obligación perfecta porque se exige su cumplimiento en la vía legal correspondiente.

Este incumplimiento, es considerado como un delito de peligro por la sola consumación de no prestar alimentos al sujeto pasivo tras una resolución judicial, es decir, que con esta tipificación no se necesita probar alguna afectación sobre los sujetos pasivos acreedores de los alimentos (Salinas Siccha, 2008). En esta tipificación revisamos que el *iter criminis* parte de la existencia de una sucesión escalonada de riesgos decrecientes, por lo que ello resulta claro cuando dirige su atención al peligro mínimo en razón de ser capaz de constituir un comienzo de ejecución (Kiss, 2015). Por lo tanto, la base parte de que el sujeto activo se desentiende del bien jurídico protegido, es decir aquí no se presenta un resultado, sino con un grado menor de desatención (Sancinetti, 1991). Es por esto que, se dice que el solo dejar desamparado provocaría a través de ello un peligro para su vida o integridad.

Este tipo delito de peligro es considerado de omisión propia, porque sostiene que son cometidos cuando no se exterioriza la actividad de una persona a la que tenía derecho un tercero (Feuerbach, 1986). Por ello, el delito omisivo debe presuponer un fundamento jurídico especial que se derivaba únicamente de la Ley o del Contrato, sin el fundamento jurídico especial procedente de alguna de estos dos principios no podía tener lugar un delito de omisión (Navas, 2015). Dejando en claro que el deber de actuar sólo existe si la Ley o Contrato así lo estable.

Para el Magistrado Salinas Siccha (2008) “el delito de omisión propia de prestación de alimentos consiste en la obligación que pesa sobre el sujeto activo de cumplir con sus deberes legales de asistencia” (p. 410).

El delito de peligro de omisión propia es considerado un delito instantáneo con efectos permanentes, pues ante la consumación del incumplimiento se produce en cada instante sin intervalo alguno. Por lo que Roxin (1990), lo define como: “Aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo” (p. 329). En consecuencia, para imputar el delito será necesario establecer pautas básicas para entender la realidad fáctica y cómo se debe aplicar la Ley en el tiempo. En este análisis, se realizarán consideraciones acerca del fenómeno de la prescripción y de la aplicación de la Ley procesal en el tiempo (Aponte Cardona, 2012).

En efecto, para imputar el delito, la noción de permanencia debe encontrarse en el estado antijurídico, por lo que Jescheck (1993) enfatiza que en “los delitos permanentes el mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, así que, en cierta manera, el hecho se renueva constantemente” (p. 237).

Es por esto que, la no ejecución de la acción mandada por la Ley permanecerá en el tiempo y solo dependerá cuando se cumpla con lo sentenciado (Etcheberry, 1998). Es decir, no se requiere, para darse una voluntad del actor, que durante cada minuto del tiempo del desarraigo una persona sea efectivamente amenazada, lesionada o constreñida.

Por esta razón Zaffaroni (2002), dice “la permanencia del delito no cesa, aunque se hayan producido cortas interrupciones que en rigor no han tenido el efecto de hacer cesar el estado” (p. 859). Debe decirse entonces, que durante todo el tiempo en que dicha situación tenga lugar, en que se afecte la autonomía como expresión de la libertad como está pensado en el Código Penal, se está provocando el estado antijurídico, propio al delito de ejecución permanente.

La antijuridicidad deberá entenderse, como contra la norma, esto como contradicción a la regulación deseable por el Derecho penal, es por esto que la sanción o pena a imponerse debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que se atenderá a la prevención de delitos; entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos (Mir Puig S. , 1982). Ahora bien, la condición de todo ello es que se pruebe que todos los tipos legales presuponen la concurrencia de un comportamiento voluntario, lo cual no es evidente en los delitos de omisión.

Para la existencia de un delito de omisión no es imprescindible la concurrencia de una expectativa social defraudada por la conducta del sujeto, sino que, aun faltando, bastaría la infracción del deber de actuar impuesto por la Ley Penal (Gallas, 1959). En efecto, en un Estado Democrático ha de evitarse un fin en sí mismo o, al servicio de intereses no convenientes para la mayoría de los ciudadanos, o que desconozca los límites que debe respetar. Por lo tanto, el ejercicio del *ius puniendi* en un Estado Democrático no puede desechar las garantías propias del Estado de Derecho, porque giran en torno al principio de legalidad. El Derecho penal en un Estado Social y Democrático no puede renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino debe conducirla por y para los ciudadanos (Mir Puig S. , 1982).

Derecho Alimentario

Los alimentos son considerados por el Estado como una institución esencial que el ser humano debe gozar para su sostenimiento y subsistencia. Esta institución, ha sido determinante para la conservación de la especie humana, así como de otras especies, ya que al limitarse su acceso atentaría contra su preservación, es por eso que los profesores Díez Picazo y Gullón (1983) dicen que “es el primer bien que una persona posee en orden jurídico es su vida, y el primer interés que tiene es su conservación y la primera necesidad con que se enfrenta es procurarse los medios para ello” (p. 49). Ante esta reflexión podemos identificar que todos los ordenamientos jurídicos actúan para garantizarlo y evitar su limitación, es decir establecen mecanismos legales que tienden asegurar los bienes vitales para satisfacer el interés de ellos y facilitar la obtención de los medios de conservación. El Dr. Varsi Rospigliosi (2011) dice que:

El concepto de alimentos apunta a la satisfacción de las necesidades básicas del ser humano que se dan, tanto en el aspecto material, entendiéndose comida, vestido, alimentos propiamente dichos, con el espacio espiritual o existencial tal como la educación, esparcimiento, recreación que resulta imprescindible para el desarrollo ético, moral e intelectual de la persona, nutriendo el alma. (p. 419)

El tratadista francés Josserand (1952) al referirse al Derecho Alimentario expresa que es un “deber innato impuesto jurídicamente a una persona de asegurar su subsistencia de la otra; toda obligación implica a un acreedor y un deudor con la particularidad que el primero está por hipótesis de necesidad y el segundo en condiciones de ayudar” (p. 303). Entonces, los alimentos comprenden la base para el desarrollo del individuo, ya sea física o psicológica.

La finalidad de esta institución es brindar el sustento para que la persona humana puede desarrollarse íntegramente. No solo se contribuye, al desarrollo biológico del ser sino al mantenimiento y sustento social por ello la recreación y la educación son factores importantes para su beneficio (Varsi Rospigliosi, 2011). En palabras de Mendez Costa (2001), nos dice que “su finalidad es obviamente asistencial y en si extrapatrimonial por encontrarse en juego la conservación de la vida” (p. 451). Al tratarse de una finalidad netamente de supervivencia, es que se debe brindar las facilidades para la obtención de recursos que permitan su satisfacción.

La fuente para la obtención de los alimentos se traduce según Varsi Rospigliosi en la ley y la voluntad, es decir la Ley establece la obligación, y la norma legal impone los alimentos por diversos motivos, sin embargo, siempre tendrá como base un mismo sostén ético que es el deber de asistencia y solidaridad para la conservación de la vida y salud de la persona. Con respecto a la voluntad se trata del convenio que se estipula con la entrega de una cantidad dineraria bajo la autonomía de la voluntad como fuente subordinada o secundaria de los alimentos, es decir, aquí se presenta de forma solidaria para su prójimo.

En cuanto a su naturaleza jurídica se puede comprender que parte de un deber y derecho de los progenitores, teniendo como sustento el artículo 6° de nuestra Constitución. El sujeto de un derecho subjetivo familiar tiene ante sí al titular de un derecho subjetivo idéntico al suyo, de manera que al derecho de un titular se yuxtapone el deber jurídico correspondiente al derecho de otro titular, cada sujeto lo es simultáneamente de un derecho y un deber con respecto al otro sujeto (Mendez Costa, 2001).

Los alimentos guardan ciertas características y particularidades que permiten diferenciar de una obligación con un derecho, esto aun cuando existe una especial similitud, las características del Derecho Alimentario son propias, por la relación del *ius sanguinis* que viene hacer el parentesco y la adopción. El Derecho Alimentario tiene como sustento legal de manera específica en el artículo 487° del Código Civil donde establece que el derecho de pedir alimentos es intransmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable.

La intransmisibilidad del Derecho Alimentario se basa en el carácter personalísimo, es decir no puede transmitirse su derecho porque se encuentra destinado a la subsistencia, y este se da por terminado con la muerte del deudor o del acreedor. Aunque el Código Civil permite que cuando el deudor fallece, el acreedor queda expedito para hacer valer su derecho ante los parientes que determina la Ley, solo esta excepción permite la legislación, no puede darse de manera viceversa, ya que el derecho es de carácter personalísimo para el acreedor.

La irrenunciabilidad se da porque queda fuera de toda comercialización, es decir que se entiende que quedaría indefenso si existiera un trato comercial, desnaturalizando por completo y haciendo que alimentista quedara desamparado y estaría abdicando a la vida. Sin embargo, para el Dr. Varsi Rospigliosi (2011) a partir de esta característica se desprende que entre el derecho alimentario y pensión alimenticia si pueden ser materia de renuncia o transacción y compensación en ciertos casos siempre que se compruebe el mismo origen de las obligaciones, pues el derecho a cobrarlas puede ser transferido inter vivos o mortis causa, es decir la acción vendría hacer imprescriptible.

Con relación a la intransigibilidad nos dice que el Derecho Alimentario no puede ser transado a través de pensiones devengadas y no percibidas que forman parte de la obligación alimentaria; es decir, no los alimentos futuros en razón de su necesidad, en este contexto se impide que por un acto de imprevisión o de debilidad de la persona pueda quedar privada de lo que es indispensable para su subsistencia. Esta razón se basa en el consenso que se pueda dar por el Derecho Alimentario y el convenio al que pueda arribar las partes sobre pensiones alimenticias, es decir lo que resulte beneficioso para las partes (Varsi Rospigliosi, 2011).

La imcompensabilidad hace referencia a que no se puede atribuir al acreedor una deuda para saldar la obligación, es decir, si el alimentista recae en deudor frente al alimentante, prima su estado de alimentista y no de deudor, ya que se trata de un derecho, pasando a segundo plano la obligación. Es por eso que Monteiro (2010) dice que con una deuda de otra naturaleza sería privar al alimentado de los medios indispensables a su manutención, condenándolo al inevitable perecimiento, es por esta razón que no se permite la compensación que vendría hacer un sentido más de humanidad e interés público.

El Derecho Alimentario se sustenta en su carácter personalísimo por lo general, es así que éste puede extinguirse cuando resulte una causa justificante como la muerte ya se del alimentante como del alimentista, esto se establece en el Código Civil en su artículo 486° que dice “la obligación de prestar alimentos se extingue por la muerte del obligado o alimentista, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 728 (...)”, es decir, solo se podrá exigir como Derecho aquello que parte de lo personalísimo.

Tabla 2
Marco legal del Derecho Alimentario

	Constitución Política del Perú 1993	Código Civil	Código del Niño y del Adolescente	Ley General de Salud
Marco Legal	La política nacional tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida y la salud. (art. 6°)	Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto. (art. 472°)	Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto. (art. 92°)	Toda persona tiene derecho a recibir una alimentación sana y suficiente para cubrir sus necesidades biológicas. La alimentación de las personas es responsabilidad primaria de la familia. (art. 10°)
Comentario	Este artículo anuncia que hay una política nacional de población cuyo objetivo es promover la paternidad y maternidad responsables, reconociendo el derecho de las personas y familias a decidir cuántos hijos tendrán. El estado asegura educación e información al respecto, pero el límite de la política de población es no afectar ni a la vida, ni la salud. (Rubio Correa M. , 2015)	La naturaleza especial de este derecho deriva en que el fundamento de esta obligación es de orden familiar y en el parentesco, dado que, es en este contexto en el que las necesidades ajenas adquieren mayor importancia. En consecuencia, se trata de “un interés individual tutelado por razones de humanidad, teniendo en cuenta la familia y la existencia de un vínculo de parentesco (Orrego Acuña 2009 citado por Morales Urra 2015)	El Principio del Interés Superior del Niño debe indiscutiblemente ser la guía en la toma de cualquier decisión pública o privada, más aún en sede judicial; sin embargo, su sola enunciación no constituye razón ni justificación suficiente de la decisión; peor aún, no puede instituirse como herramienta de la arbitrariedad, sino que, por el contrario, debe ser la consecuencia lógica de la valoración de todo el caudal probatorio aportado al proceso, a partir del cual el Juzgador utilizando su apreciación razonada determinará lo mejor para el niño (Sokolich Alva, 2013).	La efectividad de este derecho de la infancia, es reconocida a la familia y al Estado sobre la base de los principios de solidaridad y de subsidiariedad. Así, se postula que su aplicación corresponde en primer lugar a los padres y a las personas encargadas de satisfacer las necesidades del niño, dentro de sus posibilidades y medios económicos; precisándose que el Estado debe ayudar a los padres y a las personas encargadas de satisfacer las necesidades del niño y, en caso ellos no puedan hacerlo, debe intervenir proporcionando asistencia material de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios (MMDS, 2011).

Nota: Comentarios de estudios realizados por investigadores especializados

Para que toda esta normatividad que existe en relación al Derecho Alimentario tenga la efectividad que se necesita, es necesario tener en cuenta que no se puede forzar las instituciones jurídicas para perder su razón ontológica; lamentablemente existe una gran dependencia del Derecho Penal para ayudar a coaccionar al cumplimiento de este Derecho, pero la realidad no lo permite, ya que por muy reprochable que se encuentre no es el camino, ya que dentro de las garantías que se pueden invocar, está el respeto a la dignidad humana y se tiene que respetar empezando desde el Estado.

Si bien la omisión de asistencia familiar se encuentra tipificada en la legislación penal, dicha tipificación no es suficiente, por lo que es necesario crear otros mecanismos legales que permitan a las autoridades judiciales, a las entidades públicas y privadas y a la propia sociedad civil organizada, tratar de evitar la transgresión al Derecho Alimentario, entendiéndose estas como responsabilidad de toda la sociedad. Estas consideraciones jurídicas en gran medida fueron la base o el sustento para la búsqueda de la implementación de este mecanismo coercitivo para los deudores alimentarios (Varsi Rospigliosi, 2011).

En cuanto concierne a la finalidad de las normas, se debe proteger en primer orden el Derecho Alimentario, es decir, si bien existe un cuerpo normativo de carácter coercitivo, se debe priorizar el Derecho Alimentario y pasar a segundo orden el *ius puniendi*, toda vez que, de este modo, se podría generar un efecto contrario que es el de crear las condiciones para que los alimentantes puedan garantizar el cumplimiento de sus deberes y derechos y así poder ser más efectivo en relación al bien jurídico.

La teoría de la Pena

La pena viene a ser una manifestación directa del poder punitivo del Estado, ésta se aplica siempre y cuando se haya afectado, lesionado o puesto en peligro un bien jurídico (Bramont-Arias Torres, 2008); es por eso que muchos juristas de la corriente causalista la denominan como la formalización de la violencia, aunque para Mir Puig (1998) considera que: “la pena es un mal con el que amenaza el Derecho Penal para el caso de que se realice una conducta considerada como delito” (p. 9). La pena tiene que cumplir ciertas condiciones como:

- i. La pena es evitar un mal mayor al ya cometido, a su vez, la pena debe ser la medida más económica en términos de daño social para solucionar el problema del delito (Bramont-Arias Torres, 2008).
- ii. La función de la pena es la tutela jurídica buscando la resocialización del delincuente, es por eso que (Antolisei, 1960) dice que es “la acción o mejor aún como la eficacia de la pena”; esto va dirigido a ser considerado como represivo y preventivo.

Ahora, una cosa es el fin de la pena y otra las funciones de la misma. La primera cuestión responde a la pregunta “¿para qué sirve la pena?”, la segunda cuestión atañe al análisis empírico social descriptivo acerca de “los efectos de la pena en la sociedad” (Serrano Piedecosas Fernández, 1999).

La pena

Nuestro legislador como respuesta al comportamiento típico, antijurídico y culpable del individuo activa su sistema de defensa represivo-punitivo, enmarcado dentro de su política criminal; esto en respuesta a conservar la paz social y el orden jurídico, pero si bien nuestro sistema de gobierno se rige por una democracia, este tiene la obligación de ser respetuoso con los Derechos Humanos con no imponer penas inquisitivas o que eliminen al individuo, es por eso que el Dr. Villa Stein (2014) dice que:

El Derecho Penal moderno ha humanizado sus penas y las ha reemplazando por la de “privación de la libertad personal”, para delitos graves y fórmulas alternativas de punición a la privación de libertad, como multas u otras privativas de variados derechos, para los delitos menores o faltas (p. 549).

La pena privativa de la libertad es considerada como la más aflictiva, esta es recomendada solo para delitos graves, es por eso que, en el tipo penal del delito en estudio, permite al juez imponer una pena privativa de la libertad o prestación de servicios comunitarios. Este tipo de sentencia ecléctica parte de la recomendación de la Comisión Revisora del Código Penal, que indica que pueden aplicarse este tipo de sentencias a delincuentes de poca peligrosidad, tomando en consideración que, “los gastos que demanda la construcción y sostenimiento de un centro penitenciario obligan a nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenazan significativamente la paz social y la seguridad colectiva” (p. 36). Es por eso que tendríamos que ubicarnos dentro de la clasificación completa de la pena y analizarla.

Tabla 3
Clasificación de la pena

Cumplimiento	Clasificación	Penas Alternativas	
General: Intimida a no cometer delitos Especial: Resocialización del delinciente Retributivo: Proporcional a la conducta	Corporales Infamantes	Suspensión de la ejecución de la pena Reserva de fallo	
	Privativa de la libertad	Temporalidad: de 2 días a 35 años Carácter: permanente o cadena perpetua	Exención de pena Excusas absolutorias Art. 208°
	Según su naturaleza:	Restrictiva	Expulsión Expatriación
			Prestación de servicios a la comunidad
		Limitativa	Limitación de días libres
		Inhabilitación	
		Pecuniarias (multas)	
	Según su gravedad:	Delitos Faltas	
		Según su autonomía:	Principales Accesorias
	Según su aplicabilidad:		Únicas
Copulativas			
Paralelas Alternativas			

Nota: Tomado del Libro Manual de Derecho Penal - Parte General de Luis Miguel Bramont- Arias Torres (2008)

Tabla 4
Clases de pena

	Pena privativa de la libertad	Pena restrictiva de libertad	Pena limitativa de derechos	Pena de multa
Código Penal Peruano	La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años (Art. 29).	La pena restrictiva de libertad es la de expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso (Art. 30).	Las penas limitativas de derechos son: 1. prestación de servicios a la comunidad 2. limitación de días libres 3. inhabilitación (Art. 31).	La pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días multa. El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza (Art. 41).
Apreciación	La pena privativa de la libertad es desde luego muy seria ya que afecta al condenado lo mismo que a su familia, ello explica el que se proponga límites máximos menores a las existentes que no supere los 15 años de privación de la libertad. Más allá de este plazo puede carecer de objeto la pena, de cara a principios de humanidad, proporcionalidad y racionalidad (Villa Stein, 2014).	Las restrictivas de la libertad han sido penas tradicionalmente muy criticadas, básicamente por su desigualdad, por su insolidaridad con los territorios de recepción de penados y por su escasa virtualidad correccional (Gómez de Maya, 2011).	Las medidas alternativas tienen como función común la de eludir o limitar la aplicación o la ejecución de las penas privativas de libertad de corta o mediana duración, por lo que bien estima que se las puede considerar como instrumentos de despenalización y su sustento se encuentra en la experiencia criminológica que demuestra que las penas de encarcelamiento de corta duración resulta estigmatizadoras y negativas para el condenado y por tanto contraproducentes; ya que además atenta contra el principio de humanidad de las penas, por lo que, en todos los sistemas jurídicos, se ha buscado reemplazarlas por estos mecanismos alternativos (Prado Saldarriaga, 1991)	La pena de pecuniaria es aberrante desde varios puntos de vista. Sobre todo, porque es una pena impersonal, puede pagar cualquiera. De modo que resulta doblemente injusta: en relación con el reo que no paga y se sustrae así de la pena; en relación con el tercero, pariente o amigo, que paga y queda así sometido a una pena por hecho ajeno. Además, la pena pecuniaria es una pena desigual, al ser su formal igualdad bastante más abstracta que la de la pena privativa de libertad. (Ferrajoli, 1986)

Nota: Análisis de las clases del pena del Código Penal Vigente (1991)

La pena es y viene siendo utilizada desde dos aristas. La primera es considerada como una política criminal, orientada a combatir la lucha contra el delito y la criminalidad. La segunda posición es considerada como política jurídica, esto como respuesta para alcanzar fines correspondientes a otros sectores del ordenamiento legal. Dado que el Derecho Penal es aquel sector orientado a la prevención del fenómeno delictivo, lo más razonable es que los criterios que entran en juego en sede de punibilidad sean criterios eminentemente político criminales (Bustos Rubio, 2015).

Es cierto que el ordenamiento penal no obedece únicamente a su propia legitimidad, sino que en ocasiones ésta tiene que superponer con determinadas consideraciones extrapenales que requiere de una ponderación de intereses (Pedreira Gonzáles, 2004). Entonces, se puede decir que la existencia de ciertas políticas en el seno del Derecho Penal se utiliza para responder a la problemática criminal que no está siendo efectiva, pervirtiendo los principios del Derecho Penal.

Entonces, la punibilidad tiene que responder a ciertos criterios como: al merecimiento y la necesidad. Con respecto al primero se puede decir que es merecida desde que se afirma que el hecho es típico, antijurídico y culpable, entonces cuando ya hay delito la pena es merecida (Bustos Rubio, 2015). Con respecto a si es necesario se puede considerar si es conveniente o no, esto desde la perspectiva de asemejar si existen medios menos dañosos o por el contrario sean idóneos; por lo general esto se aplica cuando se pretende reparar el daño o proteger un bien jurídico que es considerado útil para la sociedad (Alcácer Guirao, 2001). Ante esta situación tendríamos que revisar jurisprudencia para identificar que función cumple.

La Reincidencia.

La Institución jurídica de la reincidencia tiene su origen en el Derecho Hebreo aproximadamente en el Siglo XIII a.C. pues se dice que todos los delitos eran castigados con azotes y la reincidencia con cadena perpetua (Armengol, 2002). El Derecho Romano califica a la reincidencia desde sus orígenes como “recaída” en el delito, y era atribuido a la repetición de determinadas faltas. (González, 1988). En consecuencia, se tiene que citar algunas definiciones para reafirmar esta posición:

Tabla 5
Definiciones de Reincidencia

	Zaffaroni (2003)	Manzini (1996)	Mir Puig (1998)
Definición	Es la agravación de obedecer a una mayor peligrosidad del autor (p. 718).	Es todo delito que supone de una doble lesión, la primera sería una lesión inmediata del bien jurídico protegido por la norma infringida y otra lesión mediata del interés general en el mantenimiento del orden jurídico (p. 625).	La persistencia o repetición de un propio delito con un mayor grado de perfección de la voluntad, sino un plus que supera esa perfección (p. 444).
Descripción	El infractor demuestra alguna peligrosidad, a más cantidad de infracciones, mayor peligrosidad.	Se deduce que el nuevo delito cometido por el reincidente lesiona un interés distinto o el mismo interés en mayor grado que el delito cometido por el delincuente primario.	Es denominado como la capacidad para delinquir del culpable o la posibilidad de volver a delinquir en el futuro.

Nota: Propuestas de Juristas analizadas por el autor

El factor en común de estas definiciones es la frecuencia del comportamiento del individuo acerca de la reincidencia de cara al delito, siendo esto considerado como su forma de vida. En ese sentido la doctrina sugiere la conjetura de un sistema anticipado, ya que su estabilidad encuentra su justificación en el riesgo de la infracción. Considerar sus antecedentes por un nuevo delito haría volver a juzgarlo, no solo asumiendo un comportamiento que ya fue sancionado, sino que se estaría demostrando la ineficacia de la resocialización de parte del Estado.

En la misma línea, el profesor Zaffaroni nos dice “Estos argumentos han determinado que en la legislación comparada haya un movimiento que postula la supresión de toda referencia agravante en razón de la reincidencia” (p. 898). El traer al presente hechos ya juzgados solo enmarcaría en un impedimento para su reincorporación social por parte del individuo. Un doble juzgamiento por un mismo hecho, se puede entender que al considerar sus antecedentes del individuo hay una doble valoración, porque se considera el comportamiento anterior (ya fue sancionado), y el que es motivo de una nueva valoración, por lo que su análisis indefectiblemente influenciará en la nueva pena.

En la reincidencia, entre el primer delito cometido y el segundo se da una conexión tan fuerte, que el razonamiento de apreciación gira entorno a un mismo delito, siendo el primero un antecedente del segundo. Ante estas controversias los máximos intérpretes de los Derechos Humanos, han sabido ilustrarnos al decir que la reincidencia debe aplicarse a los individuos que no pueden reintegrarse a un comportamiento social idóneo, es por eso que nuestro legislador lo tipifica de la siguiente manera:

Art. 46° B. Reincidencia: 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. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años. La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal (...).

Con respecto a esta tipificación, la reincidencia es considerada como instrumento de defensa social contra el comportamiento delictivo del individuo. Por lo general el fenómeno de la reincidencia, es casi siempre una respuesta de las legislaciones penales, ante la crisis de inseguridad; aun hoy se duda si el aumento de pena que determina, está o no justificado, pese a la exigencia de caminar en esta materia que compromete toda la justicia, utilidad e incluso coherencia lógica del sistema con pie firme (Martinez de Zamora, 1971)

Habitualidad.

La habitualidad tiene su origen como consecuencia de la reincidencia, así como Jiménez de Asúa (2001) lo dice, “es más, y menos que la reincidencia” (p. 329). Cuando se hace mención a esta forma de agravación, se podría entender desde una perspectiva encarnada en la personalidad del individuo, donde se hace el denominado juzgamiento interior negativo, que da pie hacia su comportamiento con la sociedad, pues es calificado como “peligroso” para los intereses sociales, por lo que se le atribuye una naturaleza patológica, es decir, que le es difícil poder tener un comportamiento de acuerdo a las normas establecidas. En virtud a esta apreciación se ha podido identificar que las personas que son propensas al delito, tendrían que tener no una pena, sino una intervención psicológica, donde se justifique su comportamiento.

Aplicar una pena superior a la establecida es denominada como “ejemplar o disuasiva” para la sociedad, pero en realidad lo que se busca no es castigar vulnerando los principios de legalidad y lesividad, sino que haya una política criminal garantista, donde se respete los derechos fundamentales de la persona; es decir, debe existir un mínimo respeto, donde lo aflictivo de la pena debe insertarse en la medida impuesta.

Esto sin duda, sería una respuesta favorable en un Estado de Derecho donde nuestra sociedad ha internalizado las propuestas políticas de “supuesta” eficacia, donde se dice que mientras más duras sean las penas, tendrán un mejor resultado disuasivo, pero en realidad el objetivo del Derecho Penal no es sancionar, sino que busca proteger los derechos de las personas, por lo tanto, las conductas delictuosas no podrán ser solucionadas; en este marco es que nuestro legislador lo tipifica como:

Art. 46° C Habitualidad Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años (...). Asimismo, tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441 y 444, en un lapso no mayor de tres años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia cualificada agravante (...).

La habitualidad es un estado subjetivo por el cual el delincuente o el contraventor se manifiesta socialmente peligroso como “inclinado al delito”, por motivos diversos del propósito de vivir con los productos de su delincuencia, con independencia del hecho de que él haya sufrido precedentes condenas y cumplido las respectivas penas; nótese que, para el penalista italiano (Manzini, 1948, citado por Peña Cabrera Freyre A. , 2007), la habitualidad era constitutiva de un estado “peligroso”, que se manifestaba en la proclividad hacia el delito, donde el acento de valoración no encontraba asidero en el hecho punible, sino en la personalidad del autor, es por eso que se creó una comisión con el fin de poder establecer si nuestro ordenamiento protegía a los ciudadanos.

La Comisión Revisora del Código Penal (1991), llegó a la conclusión de que “No resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo”, esto en respuesta a que carecía de lógica, humanidad y sentido jurídico, pues el fundamento que era atribuido era la existencia de una o varias condenas, por lo que ante la falta de disonancia se proscribió con el código 1991. Otro de los fundamentos es el alto costo que le significa al Estado, ya que se gasta en promedio anual de s/.9924.00 por reo (El comercio, 2018), toda esta inversión se da en razón de alimentación, seguridad, educación, entre otros. Con respecto al total de la población penitenciaria es de 90934 internos a diciembre del 2018, y con relación al delito en estudio hay 2684 internos, de los cuales 481 tienen la condición de reincidentes y habituales en el delito de omisión a la asistencia familiar (INPE, 2018).

La reincidencia y habitualidad son considerados como agravantes y deben ser valorados por el juzgador de manera cualificada, esto en concordancia con nuestra carta Magna que en su Artículo 139° Inc. 22 dice que. “debe considerarse la pena desde una postura preventiva, protectora y resocializadora”, por lo que se toma en consideración la institución jurídica de la reincidencia y habitualidad, esto haciendo hincapié a que la pena tiene la finalidad de prevenir nuevos delitos en salvaguarda de la paz social.

Analizando estas instituciones jurídicas vemos que desde su promulgación se buscó contrarrestar el incremento de la delincuencia por la falta de políticas públicas de seguridad ciudadana, sin lugar a duda no se trata de una solución general al problema, sino que muy por el contrario ha generado que se vulneren los bienes jurídicos que se protegen; tal es el caso del núcleo de toda sociedad que vendría hacer la familia.

Nuestra Constitución en su artículo 4°, defiende la integridad tradicional e histórica de la familia, esto en salvaguarda de la subsistencia y protección de todos sus integrantes es por eso que el legislador estableció en el Código Penal en el Libro Segundo, Título III, dedicó 4 capítulos como protección a la familia; dentro de estos capítulos resalta uno de ellos que ante la sola vulneración o incumplimiento hace peligrar su subsistencia.

Por lo tanto, el ejercicio del *ius puniendi* en un Estado Democrático no puede desechar las garantías propias del Estado de Derecho, porque giran en torno al principio de legalidad. El Derecho penal en un Estado Social y Democrático no puede renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino debe conducirla por y para los ciudadanos (Mir Puig S. , 1982), claro está, sin la afectación de ningún bien jurídico protegido. Ante esta controversia es que nos planteamos la siguiente interrogante.

1.2. Formulación del problema

¿Cuál es el efecto de la aplicación de la reincidencia y habitualidad en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria como impedimento de la suspensión de la pena, de acuerdo al artículo 57° del Código Penal, en el Derecho Alimentario?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general.

Determinar el efecto de la aplicación de la reincidencia y habitualidad en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria como impedimento de la suspensión de la pena, de acuerdo al artículo 57° del Código Penal, en el Derecho Alimentario.

1.3.2. Objetivos específicos.

- i. Determinar los fundamentos jurídicos de la reincidencia y habitualidad como mecanismo protector del bien jurídico de la familia.
- ii. Describir la naturaleza jurídica del derecho alimentario como garantía de la preservación del bien jurídico de la familia.
- iii. Analizar la finalidad de la pena en el test de proporcionalidad como garantía del derecho alimentario del bien jurídico de la familia.
- iv. Proponer una modificatoria del artículo 57°, inc. 3 del Código Penal en relación al delito de incumplimiento de obligación alimentaria.

1.4. Hipótesis

1.4.1. hipótesis general.

El efecto de la aplicación de la reincidencia y habitualidad en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria, como impedimento de la suspensión de la pena, es la desprotección del bien jurídico de la familia por la transgresión al Derecho Alimentario.

CAPÍTULO II. Metodología

2.1. Tipo de investigación

La investigación es de tipo no experimental, porque no se manipularon las variables, así mismo, este tipo de investigación nos permitirá describir la naturaleza real de la investigación.

Tabla 6
Tipo de investigación

Según:	Tipo de investigación
El nivel y grado de alcance	De acuerdo al nivel de nuestro trabajo es de tipo descriptiva correlacional, pues se analiza la relación causal del problema de investigación, así como explicar las causas generadoras del problema y sus efectos a través del método (Hernández, Fernández & Baptista, 2010).
El propósito	De acuerdo al propósito, la presente investigación es de carácter básica debido a que no se ha modificado ni manipulado variable alguna para obtener una discusión; es decir, se ha analizado doctrina, jurisprudencia y normatividad para describir la reincidencia y habitualidad en el Derecho Alimentario. En consecuencia, se puede decir que la investigación está orientada al progreso científico para enriquecer la teoría (Bernardo, Carbajal, & Contreras, 2019).
Su enfoque en los métodos	De acuerdo al enfoque de la investigación es cualitativo, porque se ha centrado en contenidos, elementos, y características de la reincidencia y habitualidad, y Derecho Alimentario, así como relacionarlos en el mismo contexto. (Hernández et. al, 2010)

Nota: Tomado de Hernández, Fernández & Baptista, 2010

2.2. Población y muestra

Tabla 7
Materiales, instrumentos y métodos

Enfoque en:	Materiales, Instrumentos y Métodos
Unidad de análisis	Artículos: 46° B, 46°C, 57° inc. 3, 149° del Código Penal
Universo	Por la naturaleza dogmática de la presente investigación el universo está conformada por la jurisprudencia relacionada a la reincidencia y habitualidad en el Derecho Alimentario.
Muestra	Se ha revisado tres jurisprudencias, de las cuales ha sido seleccionada de acuerdo a la utilidad del estudio, es decir se dio prioridad a las resoluciones emitidas por la Corte Suprema y Sala Especializada.

Nota: Selección de información según la línea de investigación

2.3. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos

Tabla 8

Método para recoger información

Métodos para la recogida de información.	
Método general	<p>Hipotético – deductivo. En la presente investigación nos permite tener un mayor desarrollo teórico y dogmático; el cual partirá de una formulación de hipótesis para comprobarlo a través del razonamiento, y así poder entender y delimitar la reincidencia y habitualidad frente al Derecho Alimentario; es decir, se busca la extracción de consecuencias a partir de una proposición.</p>
Método específico	<p>Dogmático. En este trabajo de investigación se ha empleado el método dogmático, que consiste en la interpretación de la norma basada en los principios doctrinales como fuente principal para la interpretación del sentido de la norma jurídica. El método dogmático también permite agenciarse de jurisprudencia con la que se cuenta al respecto, así como de los conocimientos subyacentes de la normatividad para hacer una adecuada aplicación de las disposiciones normativas en casos particulares.</p>

Nota: Métodos utilizados para la realización de la investigación

Tabla 9

Técnicas para recoger datos

Técnicas para la recogida de datos	
Análisis documental o Jurisprudencia	<p>Con la presente investigación nos limitaremos a analizar la institución jurídica de la reincidencia y habitualidad en el Derecho Alimentario. Es por esto, que la finalidad misma nos permitirá tener una exhaustiva revisión documental, jurisprudencial y la posterior correlación, análisis y síntesis de sus contenidos.</p>

Nota: Técnica utilizada de acuerdo a la Guía de Elaboración de la UPN 2018

Tabla 10

Instrumentos

Instrumentos	
Cuadros comparativos	<p>Se ha utilizado los cuadros comparativos, pues nos permitirá tener un mejor soporte para poder relacionar o comparar los pronunciamientos jurisprudenciales, así como también recurrimos al fichaje para recolectar la bibliografía que permite dar consistencia a la investigación.</p>

Nota: Instrumento utilizado de acuerdo a la Guía de Elaboración de la UPN 2018

2.4. Procesamiento y análisis de datos (procedimiento)

El presente trabajo de investigación consiste en la revisión sistemática de jurisprudencia, doctrina y norma respecto a la reincidencia y habitualidad en el Derecho Alimentario, y su aplicación excepcional en el marco de un sistema acusador garantista, obedeciendo además a los cánones establecidas por los convenios internacionales con respecto a los Derechos Humanos, así como lo establecido por la doctrina comparada y nacional; la mencionada revisión se ha llevado a cabo en observancia a las reglas del Overview, las que operan cuando se presenta la evidencia solo en forma descriptiva, es decir, sin existencia de análisis estadístico (Letelier, Manriquez, & Rada, 2005).

Por lo tanto, la investigación se ha centrado en la comprensión de las razones subyacentes a la reincidencia y habitualidad, considerando al Derecho Alimentario, ya que se privará de su libertad al agente que tiene como rol garante del mismo, esto por omitir prestar alimentos a sus dependientes; en ese sentido, el estudio ha profundizado en correlaciones entre las instituciones jurídicas, por lo que se ha constatado de las posiciones teóricas básicas para el conocimiento del tema, lo que determina el desarrollo de una investigación de tipo básica y no aplicada (Constancio González, 2004).

2.5. Matriz de consistencia

Tabla 11

Matriz de consistencia de la reincidencia y habitualidad en el Derecho Alimentario

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	POBLACIÓN Y MUESTRA	DISEÑO	INSTRUMENTOS Y TÉCNICAS
<p>¿Cuál es el efecto de la aplicación de la reincidencia y habitualidad en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria como impedimento de la suspensión de la pena, de acuerdo al artículo 57° del Código Penal, en el Derecho Alimentario?</p>	<p>Objetivo General: Determinar el efecto de la aplicación de la reincidencia y habitualidad en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria como impedimento de la suspensión de la pena, de acuerdo al artículo 57° del Código Penal, en el Derecho Alimentario.</p> <p>Objetivos específicos:</p> <p>i. Determinar los fundamentos jurídicos de la reincidencia y habitualidad como mecanismo protector del bien jurídico de la familia.</p> <p>ii. Describir la naturaleza jurídica del derecho alimentario como garantía de la preservación del bien jurídico de la familia.</p> <p>iii. Analizar la finalidad de la pena en el test de proporcionalidad como garantía del derecho alimentario del bien jurídico de la familia.</p> <p>iv. Proponer una modificatoria del artículo 57°, inc. 3 del Código Penal en relación al delito de incumplimiento de obligación alimentaria.</p>	<p>Hipótesis General: El efecto de la aplicación de la reincidencia y habitualidad en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria como impedimento de la suspensión de la pena es la desprotección del bien jurídico de la familia por la transgresión al Derecho Alimentario.</p>	<p>Variable 1</p> <p>La reincidencia y habitualidad</p> <p>Variables 2</p> <p>Derecho Alimentario</p>	<p>Unidad de análisis</p> <p>Artículos: 46° B, 46°C, 57° inc. 3, 149° del Código Penal</p> <p>Universo</p> <p>Por la naturaleza dogmática de la presente investigación el universo está conformada por la jurisprudencia (2006 – 2018) relacionado a la reincidencia y habitualidad en el Derecho Alimentario.</p> <p>Muestra</p> <p>Se ha revisado tres jurisprudencias, es decir se dio prioridad a las resoluciones emitidas por la Corte Suprema y Sala Especializada.</p>	<p>Diseño</p> <p>No experimental</p> <p>Nivel de Investigación</p> <p>Descriptiva de tipo correlacional</p>	<p>Técnica</p> <p>Análisis documental o Jurisprudencia</p> <p>Instrumento</p> <p>Cuadros comparativos</p>

CAPÍTULO III. Resultados

En los resultados obtenidos, se ha tomado en consideración los objetivos planteados, por lo que se partirá donde dio motivo a la investigación; el cual permitirá:

Determinar el efecto de la aplicación de la reincidencia y habitualidad en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria como impedimento de la suspensión de la pena, de acuerdo al artículo 57° del Código Penal, en el Derecho alimentario.

La institución jurídica de la reincidencia y habitualidad ha sido desarrollada como mecanismo de defensa contra el incremento de los actos delictivos, si bien ha generado polémica porque se dice que se estaría vulnerando el principio *ne bis in idem*, esto no ha sido de recibo por muchos constitucionalistas, así como por el Tribunal Constitucional; pues la postura de la reincidencia y habitualidad no estaría sancionando doble vez por un mismo hecho, sino que parte de la agravación de la pena por sus antecedentes.

Entendemos que no estamos ante un doble juzgamiento por un mismo hecho, pero si se entiende que al considerar sus antecedentes del individuo hay una doble valoración, porque se considera el comportamiento anterior, y el que es motivo de una nueva valoración; por lo que su análisis indefectiblemente influenciará en la nueva pena. En ese sentido se comprende, que la reincidencia, entre el primer delito cometido y el segundo se da una conexión tan fuerte, que el razonamiento de apreciación gira entorno a un mismo delito, siendo el primero un antecedente del segundo. Ante estas controversias los máximos intérpretes de los Derechos Humanos, han sabido ilustrarnos al decir que la reincidencia debe aplicarse a los individuos que no pueden reintegrarse a un comportamiento social idóneo. Es por eso que:

Tabla 12

Descripción de reincidencia por la Jurisprudencia

	Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala , 2005)	Tribunal Constitucional Peruano (STC 0003-2005 PI / TC)	Corte Suprema de Justicia de la República (Acuerdo Plenario 1-2008 / CJ-116)
Descripción	<p>Con sustento en la peligrosidad se podría sancionar al infractor actual o futuro no ya por lo que ha realizado su conducta, su comportamiento ilícito, dañoso y culpable, sino por lo que es, su personalidad, su tendencia, sus posibles decisiones y su conducta futura y probable, apreciada en la única forma en que podría serlo: a través de pronósticos. Esto genera, en fin, de cuentas, un Derecho penal de autor en el que se reacciona en función de la persona, que se contrapone al Derecho penal de acto, hecho o conducta en el que se reacciona en función del comportamiento efectivamente desplegado por el agente, el daño o el riesgo realmente producidos, la culpabilidad acreditada (f. j. C. 32).</p>	<p>"(...) la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un derecho penal de los ciudadanos y un derecho penal del enemigo; es decir, un derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que, para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación (f. j. 16 - 17).</p>	<p>La reincidencia es, sin duda alguna, una institución muy polémica. La finalidad de su inclusión responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial, basada en la mayor peligrosidad del sujeto. Esa calificación, como es evidente, tiene un alto valor simbólico social. El Tribunal Constitucional, por lo demás, reconociendo la jerarquía constitucional del principio de culpabilidad, no consideró que la agravante de reincidencia era incompatible con el mencionado principio (...) (f. j. 12).</p>
Efectos	<p>La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que la invocación de peligrosidad es claramente una expresión del ejercicio de <i>ius puniendi</i> del Estado sobre la base de características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el derecho penal del hecho, típico del sistema penal de la sociedad democrática, por el derecho penal de autor, que abre las puertas al autoritarismo, precisamente en una en la que se hallan en juego bienes jurídicos de gran jerarquía (Gomes, 2013).</p>	<p>De este modo la agravación de la imputabilidad por efecto de la reincidencia queda así determinada por el deber que el Estado tiene, al ejercitar su función de tutela jurídica, de procurar la reintegración del interés particular lesionado, pero también de proteger el entero orden jurídico, que con especial intensidad queda perturbado por la actividad criminal del reincidente (Alcócer Povis, 2015).</p>	<p>Las nuevas manifestaciones de criminalidad y la incapacidad del Estado para combatirla de manera efectiva, se ha intensificado el ejercicio del poder punitivo estatal que se traduce en acciones que podemos resumir en tres aspectos fundamentales: la agravación de las penas ya existentes; la creación de nuevas figuras típicas en los ordenamientos penales y la configuración de un Derecho penal de excepción que se caracteriza por la restricción de los derechos humanos de los inculpados destinatarios de tal modelo (Astrain Bañuelos, 2017).</p>

Nota: Los efectos que se ocasionan parten de la Constitucionalidad de la Institución Jurídica

La CIDH ha considerado que “calificar” a una persona por su comportamiento no se ajusta al principio de legalidad, porque se juzga de acuerdo al hecho realizado, es decir, que la conducta ilícita del individuo es sujeta de aplicación penal. Por lo tanto, no es de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que en su Artículo 9° dice: “(...) *Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.* (...)”.

Es por eso, que el Tribunal Constitucional deja en claro que nuestro Estado Democrático no puede implementar un derecho penal “simbólico”, sino que debe aplicarse las penas conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, respetando las garantías constitucionales frente a la vulneración de los bienes jurídicos protegidos por el mismo Estado, tomando siempre en consideración el principio de la dignidad humana; pues al no hacerlo se caería en un caos jurídico y primaría el principio del Talión: "ojo por ojo, diente por diente".

La Corte Suprema aborda la reincidencia desde la perspectiva de “a mayor represión penal por razones de prevención”, posición fácilmente discordante porque, no basta con sancionar con penas muy altas para evitar el delito, sino que se tendría que producir en el individuo un total menosprecio por el bien jurídico. Por lo tanto, debe verificarse, en cada caso, si se le puede reprochar al autor (reincidente) que no haya tomado como advertencia la anterior condena. Es por eso, que nuestro cuerpo normativo indica de manera precisa que debe responder a una circunstancia “cualificada”, ya sea para calificar de reincidente y habitual, tal como lo dice los máximos intérpretes de la Constitución española y peruana.

Tabla 13

Descripción de habitualidad por la Jurisprudencia

	Tribunal Constitucional de España (STC 150 / 1991)	Tribunal Constitucional de Perú (STC 0014 - 2006 PI/TC)
Posición	<p>Para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la agravante. Al respecto, no es ocioso recordar que el parámetro a utilizar para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada es la propia Constitución, y no determinadas categorías dogmáticas jurídico-penales, sobre las que no corresponde pronunciarse a este Tribunal. Así, por ejemplo, de entre los muchos criterios expuestos, cabe reseñar los siguientes: los que entienden que el fundamento de la agravante radica en la mayor peligrosidad del autor; en su mayor culpabilidad, bien por la conducta de vida o por el acto aislado; en la insuficiencia de las penas impuestas por el anterior o anteriores delitos a efecto de la prevención sobre el delincuente; en la perversidad del reo; en la habitualidad del delincuente; en el desprecio y rebeldía del reincidente frente al ordenamiento jurídico (f. j. 3).</p>	<p>De hecho, el Tribunal Constitucional no desconoce estas críticas de un sector de la doctrina penal en contra de una institución jurídico-penal como la habitualidad. Sin embargo, es claro que el examen constitucional de la habitualidad pasa por que este Tribunal precise previamente que el control constitucional abstracto de las leyes no se realiza en función de las construcciones doctrinarias realizadas en materia penal sobre la habitualidad, sino en función del conjunto de derechos, principios y valores que incorpora nuestra Constitución. De modo tal que el parámetro de validez constitucional de la ley impugnada al cual el Tribunal debe recurrir es la propia Norma Fundamental y no la doctrina penal, por muy autorizada que esta sea (f. j. 50).</p>
Efectos	<p>La jurisprudencia española se ha pronunciado en multitud de ocasiones sobre la licitud de agravar la pena al autor (o partícipe), pues hace frente a numerosos e interesantes argumentos que cuestionan la constitucionalidad de la circunstancia agravante de reincidencia. Sin embargo, parece que estos “limitados efectos agravatorios” no pueden predicarse, tal y cómo se indicó anteriormente, acerca de la multirreincidencia. De manera que, sin existir un pronunciamiento expreso al respecto, la sombra de la inconstitucionalidad continúa planeando sobre esta última institución, la multirreincidencia (Punte Rodríguez, 2013)</p>	<p>El pasado criminal del agente no tiene la virtualidad de agravar el injusto y, por tanto, no debería constituir en sí mismo un motivo de agravación de la pena por encima del máximo previsto para cada delito. Como bien dice Zaffaroni: la prisión deteriora física y psicológicamente al condenado, sumiéndolo en un mayor estado de vulnerabilidad; con lo cual, si el efecto más trascendente de la prisionización es la reincidencia, el Estado no puede agravar la pena del segundo delito que ha contribuido a causar. El legislador y el Tribunal Constitucional, como ya sabemos, son de otro pensar (Oré Sosa, 2008).</p>

Nota: Los efectos que se ocasionan parten de la Constitucionalidad de la Institución Jurídica

Ambas posiciones de los tribunales han sido muy enfáticas, porque conciben la idea de que la habitualidad como agravante es muy difícil de articular con las garantías y principios, pues con estos fundamentos se desprende que ningún país de los mencionados está en condiciones de implementar estos agravantes como política de reducción de la criminalidad.

Los límites al poder punitivo del Estado (que a veces olvidamos, no tiene por qué ser necesariamente el que consideramos más justo o legítimo) deben ser siempre protegidos para garantizar así el respeto a la dignidad del individuo. Una dignidad que siempre debe permanecer protegida, pero más aún cuando hablamos de una “defensa simbólica”, y no efectiva, de la sociedad (Punte Rodríguez, 2013).

Entonces, si el Estado desea poner límites al *ius puniendi*, queda claro que tendrá que acudir a su Norma Fundamental para poder resolver la constitucionalidad de la medida. Es por eso que una vez más tendríamos que citar a nuestra (Constitución Política del Perú, 1993), que nos dice que: “Nadie será procesado *ni condenado* por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; *ni sancionado con pena no prevista en la ley*” (Art. 2° Inciso 24 literal d).

Por lo tanto, no se puede pasar por alto lo que está estipulado en nuestra Carta Magna, tal como lo establece el Tribunal Constitucional y se refuerza con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en su artículo 9°; así mismo debe darse una tutela jurisdiccional que garantice el proceso de acuerdo al Artículo 139° Inciso 3 de nuestra Constitución.

La institución jurídica de reincidencia y habitualidad ha tenido varias modificaciones desde su implementación al Código Penal hasta la actualidad; una de ellas fue el Acuerdo Plenario 1-2008 / CJ-116 donde se establecía que la pena tenía que ser cumplida en todo o en parte para establecer reincidencia en un cierto tiempo que no exceda de cinco años; pero esta conceptualización había dejado muchos cabos sueltos, porque no se definía en términos precisos si la pena era atribuido a todo tipo de pena, o solo era para las consideradas penas privativas de la libertad de carácter efectiva. Lo que ponía en incertidumbre era comprobar si se estaba haciendo una correcta aplicación, porque el comportamiento renuente de un denominado “peligroso”, no podría ser atribuido a quien no manifestaba una condición cualificada, para tal caso era necesario un pronunciamiento más preciso. Este pronunciamiento se desarrolló recién con la Casación N° 1459-2017 / Lambayeque, donde establece lo siguiente en su fundamento de Derecho:

Tercero. (...) Es relevante puntualizar que la clase de pena que pueda dar lugar a la reincidencia ha ido variando con el tiempo. Inicialmente desde la Ley N° 28726, de nueve de mayo de dos mil seis se trataba de una condena o, mejor dicho, pena privativa de la libertad efectiva (es decir, cumplida en todo o en parte). En las tres sucesivas reformas se mantuvo esta opción, varió el presupuesto material de la reincidencia texto que en este punto mantiene el precepto vigente, y aplicable al sub-lite, instruido por el Decreto Legislativo número 1181, de veintisiete de julio de dos mil quince, pues ya no mencionó la expresión: “*condena privativa de la libertad*”, sino consignó la frase: “*una pena*”. Entonces, desde esa fecha, ya no se trata exclusivamente de la pena privativa de la libertad, sino comprende toda clase de pena efectiva después de haber cumplido en todo o en parte, esto es, (i) penas privativas de libertad que incluye la pena de vigilancia electrónica personal, incorporada por el artículo 29-A del Código Penal, según la Ley

número 29499, de diecinueve de enero de dos mil diez, (ii) penas limitativas de derechos y (iii) pena de multa (artículo 28 del Código Penal).

Sobre el particular cabe enfatizar que el Acuerdo Plenario N° 1-2008 / CJ-116 tuvo como referencia el texto normativo que estipulaba que uno de los presupuestos materiales era una pena privativa de la libertad. Con posterioridad al Acuerdo Plenario se modificó tal presupuesto material para incluir toda clase de pena efectiva. Esto ha permitido unificar criterio que muchas veces era interpretado sin tener la condición de cualificada, sino que era atribuido a todo comportamiento en un lapso que no exceda de cinco años. Pero en esta Casación también se fijó que la pena de prestación de servicios a la comunidad debía ser considerada como efectiva, por lo que se estableció bajo este argumento:

Cuarto. Que la pena de prestación de servicios a la comunidad, conforme al artículo 34 del código Penal, según el Decreto Legislativo número 1191, de veintidos de agosto de dos mil quince, por su propia naturaleza, siempre es efectiva la ejecución de esta pena ha sido desarrollada por el Decreto Supremo número 004-2016-JUS (...).

Ahora, se podría decir que con este pronunciamiento ya no habría más discusiones con respecto a la reincidencia y habitualidad, sino que se comenzaría aplicar de manera unificada, solo para los casos que tengan la condición de cualificada y que el tipo de pena impuesta no sería relevante porque, ya se sabía que era todo tipo de pena de carácter efectiva, por lo que comenzaron a surgir nuevos cuestionamientos con respecto a qué podía pasar con el delito de incumplimiento de obligación alimentaria. Ya que este delito se tipifica como:

Art. 149° El que omita cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial **será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas**, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial (...).

Este tipo de delito permite al juzgador tener un razonamiento más abocado, a que privar de la libertad sería como última ratio, porque puede sentenciar a prestación de servicios comunitarios o de lo contrario optar por una pena privativa de libertad de carácter suspendida, amparándose en el Artículo 57° del Código Penal.

Esta interrogante ha sido sujeta a un nuevo plenario para cubrir ese vacío que se tenía, porque se asumía que podía calificarse bajo el argumento de la sentencia de prestación de servicios a la comunidad que tiene el carácter de efectiva de acuerdo a la Casación N° 1459-2017 / Lambayeque, pues la pena de carácter suspendida es utilizada para penalizar los delitos que no son peligrosos para la paz social, tal como dice Villa Stein (2014).

El Derecho Penal moderno ha humanizado sus penas y las ha reemplazando por la de “privación de la libertad personal”, para delitos graves y fórmulas alternativas de punición a la privación de libertad, como multas u otras privativas de variados derechos, para los delitos menores o faltas (p. 549).

Es por esto que, ya se ha considerado en anteriores argumentos que la reincidencia y habitualidad ha sido considerada para los individuos que son renuentes a las normas de convivencia, es decir, a los denominados “peligrosos”, porque ponen en riesgo la paz social. Pero, ¿Qué pasaría si se presentase el caso de un sentenciado a pena suspendida en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria?, ¿Se podría aplicar reincidencia y habitualidad?, ¿Qué dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional?

Tabla 14

Finalidad de la pena suspendida

	Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Agustín Bladimiro Vs Perú)	Tribunal Constitucional Peruano (STC. N. 0 5303-2006-PHC/TC)
Finalidad De la pena Suspendida	La Comisión resalta que la eficacia del recurso se encuentra estrechamente vinculada con el alcance de la revisión. Esto, debido a que la falibilidad de las autoridades judiciales y la posibilidad de que cometan errores que generen una situación de injusticia, no se limita a la aplicación de la ley, sino que incluye otros aspectos tales como la determinación de los hechos o los criterios de valoración probatoria. De esta manera, el recurso será eficaz para lograr la finalidad para el cual fue concebido, si permite una revisión sobre tales cuestiones sin limitar <i>a priori</i> su procedencia a determinados extremos de la actuación de la autoridad judicial (f. j. 75).	Al respecto, conforme lo reconoció este Tribunal el fin del instituto jurídico de la suspensión de la pena es evitar la aplicación de las penas privativas de libertad de corta duración, a fin de salvaguardar los fines de resocialización consagrados en el artículo 139.º, Inc. 22, de la Constitución, correspondiendo aplicar penas menos traumáticas. En ese sentido, "la suspensión de la ejecución de la pena es una institución acorde con la Constitución, y la imposición ineludible de reglas de conducta, que lleva aparejada, es la correspondencia necesaria para la plena operancia de dicha institución, con los efectos legales que las normas penales prevén" (f. j. 2).
Aporte	La suspensión de la pena su posible menor capacidad que otras sanciones de reducir el nivel de reincidencia de los/las delincuentes se convierten en el núcleo de una discusión utilitarista relativa a la efectividad de esta institución. Como antes se ha expuesto, existe la hipótesis de que la suspensión de la pena podría ser efectiva para evitar la reincidencia en la medida en que fuera aplicada a delincuentes ocasionales que se abstuvieran de cometer nuevos delitos sólo por la influencia de la condena (aun cuando no fuera ejecutada) y por la amenaza de prisión en caso de nuevo delito (Cid Moliné, 2005).	La suspensión se amplía a las penas de prisión de hasta tres años impuestas a quienes hayan cometido el delito con motivo de su drogodependencia, si se encuentran deshabitados o sometidos a tratamiento; ni la reincidencia ni el haberse ya beneficiado de la suspensión excluye el beneficio en estos casos, aunque sí lo hace la habitualidad criminal (Díez Ripollés, 2006)

Nota: Posiciones de la Jurisprudencia que respaldan la finalidad de la suspensión de la pena

Considerando estos pronunciamientos entonces se puede concluir que la pena privativa de la libertad de carácter suspendida no surten los efectos penales y por lo tanto tendríamos que recurrir a resolver si la pena privativa de la libertad de carácter suspendida podría ser considerada como presupuesto de reincidencia en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria. Esta interrogante se ha resuelto de manera categórica recién con el Pleno Jurisdiccional Distrital Penal (2018), donde se presentaron dos posiciones para el debate y concluir cuál sería la posición de la Corte Superior de Justicia del Callao.

Tabla 15
Posturas del Plenario de la Corte Superior de Justicia del Callao

Postura Plenaria	¿Puede considerarse la suspensión de la ejecución de la pena, establecida en el artículo 57° del Código penal, como un presupuesto para que el juez pueda aplicar la Reincidencia regulada en el artículo 46-B del Código Penal?
<p>Primera postura Si puede considerarse la suspensión de la ejecución de la pena como una condena a computar para que el juez pueda aplicar la reincidencia.</p>	02
<p>Segunda postura No puede considerarse la suspensión de la ejecución de la pena como un presupuesto que implique su consideración para que el juez pueda aplicar la reincidencia.</p>	31

Nota: Votación que respalda la segunda postura plenaria

La conclusión a la que se llegó es que el pleno adoptó por mayoría la segunda postura indicando que: “No puede considerarse la suspensión de la ejecución de la pena como un presupuesto que implique su consideración para que el juez pueda aplicar la reincidencia”. Si analizamos el argumento expuesto es porque se considera que la pena privativa de carácter suspendida tiene un proceso de “prueba” donde está sujeta a determinadas reglas de conducta para evitar el contacto con la cárcel.

Lo importante de la aplicación de este tipo de pena es que se basan en una decisión de carácter político criminal, es decir, si se han humanizado las penas es para no permitir que todos los individuos necesariamente vayan a la cárcel, sino que tengan un tratamiento especial aquellos denominados “delincuente primarios”, que su comportamiento no es motivo de supresión total ante la sociedad, sino que con un tratamiento mas idóneo podría garantizarse que el bien jurídico vulnerado pueda repararse. Con respecto a la Habitualidad se puede inferir que para que se produzca esta institución jurídica, tendría que pasar necesariamente por la reincidencia, ya que al tener relación directa se puede determinar que sus consecuencias también tendrían que tener el mismo tratamiento por considerar que la imposición de la pena como agravante tiene que filtrarse necesariamente por la condición cualificada que es requisito esencial para la tipificación de esta institución jurídica.

Entonces, la aplicación de una pena privativa de la libertad de carácter suspendida tendrá que concluir con la posición mayoritaria del Pleno Jurisdiccional del Callao. Abocándonos a precisar esta conclusión del Pleno Jurisdiccional, nuestro legislador ha establecido en nuestro ordenamiento jurídico que para el delito de incumplimiento de obligación alimentaria la posibilidad de afectación del bien jurídico es de peligro por la sola inobservancia de la resolución, pero también se ha considerado que podría sentenciarse a prestación de servicios comunitarios, así como a pena privativa de la libertad de carácter suspendida para evitar una afectación mayor al bien jurídico de la familia. No se puede pretender asemejar el comportamiento de un renuente a internalizar las normas de convivencia, es decir, un denominado “peligroso”, con alguien que es considerado protector del bien jurídico de la familia.

i. Determinar los fundamentos jurídicos de la reincidencia y habitualidad como mecanismo protector del bien jurídico familia.

La reincidencia y habitualidad es una institución jurídica muy polémica, porque su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico ha sido con el objetivo de reprimir con mayor severidad los comportamientos que son reprochables penalmente por su renuencia a las normas que protegen bienes jurídicos. En este argumento, se puede inferir que la reincidencia y habitualidad es un mecanismo para circunstancias donde la pena básica, ya no es el tope máximo, sino que se permite agravar la sanción bajo la circunstancia cualificada, es decir, será el máximo de la pena más la circunstancia cualificada.

En nuestro ordenamiento jurídico las penas son eclécticas y permiten al juzgador hacer una evaluación concreta de cada caso; esto sin duda empieza por el análisis de la pena como una vulneración mínima del bien jurídico, y continúa con los atenuantes y agravantes tal como corresponda al caso para poder fijar en concreto el *quantum* de la pena. Este criterio adoptado por nuestro ordenamiento jurídico se basa en los principios de legalidad y favorabilidad para llegar a la idoneidad de la medida y la correcta aplicación de la pena.

Para calificar de reincidente y habitual el juzgador debe cumplir una labor preponderante porque de su análisis se podrá establecer si la vulneración del bien jurídico se encuentra dentro de los límites del delito en concreto o ha sobre pasado al campo de la cualificación tal como lo menciona el maestro Hurtado Pozo (1987).

La reincidencia y habitualidad tiene un alto valor simbólico para nuestra sociedad, es por eso que el legislador ha establecido como política criminal disuasiva esta institución jurídica. En ese entendido debemos analizar los artículos para comprender si esta institución jurídica resulta ser beneficiosa para proteger el bien jurídico de acuerdo a nuestro Código Penal:

Art. 46° B, Reincidencia: 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. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años. La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal (...).

Art. 46° C Habitualidad: Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años (...). Asimismo, tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441 y 444, en un lapso no mayor de tres años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia cualificada agravante (...).

La institución de la reincidencia y habitualidad es un mecanismo protector para la sociedad en su conjunto, es decir, tiene que pasar a ser considerado como “peligroso”, para

tener la condición de cualificada. No puede caer sobre un individuo una acción que es determinada a quien pone en grave peligro la sociedad y su conjunto; pues los efectos que generan dicha aplicación de esta institución jurídica generarían grave conflicto con lo que el Estado garantiza en relación al bien jurídico de la familia. En ese análisis se debe considerar si la propuesta de la política criminal abarca en su conjunto con la protección del bien jurídico de la familia.

Tabla 16

Efectos de la reincidencia y habitualidad

	Tribunal Constitucional Peruano (STC 0014 - 2006 PI/TC)	Tribunal Constitucional Español (STS 3173/1987)
Reincidencia y Habitualidad	<p>Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte, la interpretación que se realice de la Norma Fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emana; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional (f. j. 11).</p>	<p>La Constitución Española, donde es proclamada la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social que "imponen un Derecho Penal respetuoso del principio de culpabilidad por el hecho concretamente cometido. Dicho principio, a su vez, determina que la pena imponible no debe superar la medida determinada por la gravedad de tal culpabilidad por el hecho. Este punto de partida excluye, en consecuencia, que la pena aplicable sea establecida tomando en cuenta la culpabilidad de hechos anteriores ya sancionados o la personalidad del autor exteriorizada por hechos punibles cometidos en el pasado y que ya han sido motivo de sanción (f. j. 43)</p>
Efectos	<p>La reincidencia no puede cumplir funciones que correspondan a una circunstancia común y a una cualificada. Solo deben apreciarse en su rol de circunstancia cualificada calificada de una agravante siempre demanda que el juez determine la pena concreta dentro del nuevo marco conminatorio que ha fijado la ley como consecuencia punitiva para la reincidencia y la habitualidad (Mendoza Garay, 2018).</p>	<p>Ante el fracaso de la función de prevención especial de pena que la jurisprudencia revela, parece muy poco acertado que el ordenamiento jurídico reaccione, a su vez, reincidiendo en la pretensión de lograr finalidades de aseguramiento y prevención a través del mismo medio que fracasó ya con anterioridad (Rodríguez Mourullo, 1971).</p>

Nota: Efectos que son resaltados por la Jurisprudencia

La institución jurídica de la reincidencia y habitualidad ha sido respuesta a los reproches sociales por el incremento delictivo; se ha desarrollado toda una política criminal para combatir este flagelo, y dejar de presenciar situaciones donde el Estado no puede operar porque se encuentra limitado en su accionar por la vulneración de bienes jurídicos que el mismo protege. En ese entendido, se debe analizar si la Ley N° 28726, que dió marcha a esta institución jurídica de la reincidencia y habitualidad ha cumplido con el objetivo protector del bien jurídico de la familia, pues esta institución jurídica es utilizada como instrumento para agravar la pena a quien se considera “peligroso”, y no para quien se encarga de su subsistencia de este bien jurídico. De acuerdo al proyecto de ley (reincidencia y habitualidad) que se presentó en el año 2003, tuvo como objetivo:

- i. Respeto de los derechos de las personas.
- ii. Tranquilidad y mayor confianza de las personas.
- iii. Clima de seguridad.
- iv. Justas penas a quienes reinciden en la comisión de delitos.
- v. Prevención en la comisión de figuras penales.

Es decir, el objetivo primordial se desnaturalizó, pues sus efectos proponen reprimir de forma eficaz a quienes no quieren reintegrarse a la sociedad, así como ayudar a prevenir la comisión de delitos. Sin duda esta postura no es de recibo porque, según la realidad la pena no es ni será una herramienta para contrarrestar el fenómeno delincuencia. Para tomar una posición es necesario realizar un desarrollo completo contrastando jurisprudencia y doctrina como soporte del objeto mismo de la institución jurídica de la reincidencia y habitualidad.

Tabla 17

Objetivo de la reincidencia y habitualidad

	Respeto de los derechos de las personas	Tranquilidad y mayor confianza de las personas	Clima de seguridad.	Justas penas a quienes reinciden en la comisión de delitos	Prevención en la comisión de figuras penales
Aproximación: reincidencia y habitualidad	El respeto de a los derechos humanos impone la adecuación del sistema jurídico para asegurar la efectividad del goce de dichos derechos. El deber de respeto también comporta que haya de considerarse como ilícita toda acción u omisión de un órgano o funcionario del Estado que en ejercicio de los atributos de los que esta investido, lesione indebidamente los derechos humanos (Nikken, 1997).	La confianza legítima proviene del carácter perturbador que este principio tiene frente a los objetivos de los poderes públicos, e incluso puede cuestionar otros principios generales, especialmente el principio de legalidad. Por ello, solamente se considera infringida la confianza legítima cuando la normativa formada es legal, pero hasta tal punto desestabilizador que rompe los límites razonables en las relaciones (García Macho, 1987).	El clima de seguridad jurídica es un valor estrechamente ligado a los Estado de Derecho que se concreta en exigencias objetivas de: corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación). La seguridad jurídica se presenta, en su acepción subjetiva encarnada por la certeza del Derecho (Pérez Luño, 2000).	En lo referente al principio de culpabilidad se utiliza este término en lugar de responsabilidad, con la única consecuencia de acentuar la orientación preventiva de la pena. En lo que concierne al principio de proporcionalidad, se considera como criterio de determinación de la pena, la importancia y grado de afectación del bien jurídico para la determinación legal y judicial de la pena, sin desmedro de tener en cuenta además la protección a la víctima, así como criterios de humanidad y necesidad (Figueroa Navarro, 2008)	Sólo dos observaciones. Primero, establecer fronteras del sistema de justicia penal, que apunta a la cuestión de quien interviene, más bien preferiríamos apuntar a la cuestión de con qué se interviene, pues la justicia penal puede, sin embargo, actuar a través de recursos extrapenales. Y segundo, que la idea de “daños producidos por los delitos” debe ser comprendida en forma lo suficientemente amplia como para incluir la cuestión de las sensibilidades (Sozzo, 2008)
En relación: bien jurídico familia	La efectividad corresponde en primer lugar a los padres y a las personas encargadas de satisfacer las necesidades del niño, dentro de sus posibilidades y medios económicos; precisándose que el Estado debe ayudar a los padres y a las personas encargadas de satisfacer las necesidades del niño y, en caso ellos no puedan hacerlo, debe intervenir proporcionando asistencia material de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios (MIMP, 2011).	Los Estados tienen la tarea de proteger a la familia en todas las esferas de su interés, pudiendo hacerlo en forma directa cuando se trate de implementar programas sociales o a través de la ley, e introduce por primera vez el concepto del "interés superior del niño" como principio rector para quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación, responsabilidad que en primer término incumbe a los padres (González Fuentes, 2007).	El derecho de alimentos tiene el carácter de personalísimo, porque está establecido en consideración a la persona del alimentista. Es, además, un derecho intransferible, ya que no es negociable el derecho de alimentos como tal, siendo distinto el caso del monto a fijarse como pensión de alimentos, así en cuanto a la forma en que se va a cumplir con el derecho alimentario, es posible que la prestación pueda consistir en una suma líquida en dinero o en especie (Bustamante Oyague, S.f.).	La ratio legis de la norma es que el juzgador vaya más allá de la mera aplicación de la Ley, toda vez que de por medio se encuentran seres humanos que directa o indirectamente sufren las consecuencias del enfrentamiento familiar; de allí la necesidad de que la solución a la controversia se funde, además de lo que resulte más beneficio para el niño inmerso en la litis, así como las relaciones interpersonales necesarias a fin de asegurar su desarrollo integral (Sokolich Alva, 2013).	El principio de prevención es el principal inspirador del Derecho alimentario dado que tiene como finalidad principal garantizar la seguridad alimentaria. El principio de prevención se aplica frente a riesgos ciertos, es decir, que pueden ser cuantificados en cuanto a la probabilidad de que se produzca el daño, y la gravedad del mismo, y, por tanto, sobre los que no existe incertidumbre científica (Recuerda Girela, 2014).

Los objetivos que han planteado hacer efectiva la institución jurídica de la reincidencia y habitualidad en relación al bien jurídico de la familia colisionan por la transgresión al Derecho Alimentario, de acuerdo a que se tiene que respetar los derechos de las personas, este choque se da porque el concepto ontológico de respetar atribuye al goce de estos mismos, pues no se puede pretender limitar y satisfacer a la misma vez, sería inaudito. En este caso se tendría que hacer un test de proporcionalidad para sobre pesar que derecho se encuentra por encima del otro.

Otro de los aspectos es que con esta institución jurídica se pretende dar tranquilidad y confianza a quien ha sufrido vulneración y se encuentra en situación de abandono, pues se sabe que las decisiones adoptadas por las instituciones tienen que estar en concordancia con intereses superiores, es decir, cada vez que se tome una decisión tiene que haber un análisis donde se pueda sustentar que la medida adoptada no generará efectos que los perjudiquen.

La seguridad del Derecho Alimentario recae en el carácter personalísimo del alimentista, es decir, no puede comercializarse o renunciarse a dicho derecho, porque al ser considerado un derecho de primera categoría, es inherente al ser humano porque nace y se extingue con el mismo; y esto parte de la seguridad de la cual goza el ser humano, porque el Estado protege la vida humana, y se sabe que para garantizar el derecho a la vida el Estado tiene que protegerlo con políticas que impidan la vulneración o atenten contra ello. En delito de incumplimiento de obligación alimentaria, está penalizado con pena privativa de la libertad o prestación de servicios comunitarios, este tipo de pena sustenta que el juzgador tendría que evaluar qué es lo que más le conviene al alimentista, no se puede aplicar una pena sin corroborar la condición en la que quedará.

Es por esto, que el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016 / CIJ-116, donde se trataron diversos temas de índole penal, así como también se trató el delito a la omisión a la asistencia familiar, pues por su propia tipificación se necesitaba un pronunciamiento acerca del Derecho Alimentario, pues se podía comprender que bastaba con la resolución judicial en la instancia civil, pero dejaba un vacío con respecto a las personas que por sus posibilidades económicas no podían cumplir a cabalidad, es así que la corte estableció:

El delito de omisión de asistencia familiar, por su propia configuración típica, se exige la previa decisión de la justicia civil que se pronuncie acerca del derecho del alimentista y de la obligación legal del imputado, de la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Es claro que tales elementos no son los únicos para fundar el juicio de culpabilidad ni necesariamente determinan la imposición de una sentencia condenatoria – la posibilidad de actuar es esencial, pues lo que pasa no es el “**no poder cumplir**”, sino el “**no querer cumplir**”; es la consecuencia de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, según la cual solo comete un delito de dicha estructura quien omite la conducta debida pudiendo hacerlo (...) (f. j. 15).

Este plenario, sin duda permitió que muchos de los casos que venían presentándose ya no sean revisados como una mera analogía, sino que se analice las condiciones en las que quedaría el alimentista, por la limitación que surgiría si se impusiera una pena privativa de la libertad de carácter efectiva.

Es por esto que el marco de un Estado de Derecho las normas que se aplican tienen como fuente la Constitución, pues toda Ley que se promulga siempre se hace para y por el ciudadano, de allí que la necesidad de su aplicación siempre resulte beneficiosa y no perjudicable, en este caso el alimentista deberá ser el beneficiado, pues las normas permiten garantizar un desarrollo integral. Ahora con respecto a la sanción que recibiría el sujeto activo, se puede indicar que toda aplicación tiene que basarse en la proporcionalidad de la medida, y si esta cumple con los fines para lo cual se quiere alcanzar, pues no se puede hacer un desmedro con respecto a la protección de los que están en situación de abandono.

La política criminal preventiva en un Estado de Derecho, no puede pasar a tener trascendencia ejecutora, porque se desnaturaliza la figura preventiva, pues se conoce que, en el marco de un proceso penal, la última ratio es la aplicación de una medida coercitiva, claro está que el Estado no puede desprenderse de su rol protector, sino muy por el contrario siempre tiene que buscar soluciones extrapenales que ayuden a minimizar el daño, el riesgo de un bien jurídico que es sujeto de protección.

En relación al Derecho Alimentario, se conoce que su finalidad no puede ser sujeta de una negociación, pues al hacerlo el riesgo aumenta de tal manera que ya no se estaría hablando de una incertidumbre, sino de una vulneración ejecutada.

ii. **Describir la naturaleza jurídica del Derecho Alimentario como garantía de la preservación del bien jurídico de la familia.**

Toda persona es sujeto de este derecho, y para subsistir y desarrollarse debe contar con los alimentos, de acuerdo a la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su Artículo 25° Inc. 1, dice:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, **y en especial la alimentación**, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).

Este criterio ha sido suscrito por más de cincuenta Estados miembros de la Naciones Unidas, dentro los cuales el Perú no fue ajeno y lo aprobó en 1959 con la Resolución Legislativa N° 13282, y es por eso que nuestra Constitución Política en Artículo 6° garantiza este derecho:

La política nacional de población tiene como objetivo **difundir y promover la paternidad y maternidad responsable**. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecte la vida o la salud. **Es deber y derecho de los padres alimentar**, educar y dar seguridad a sus hijos (...).

Este artículo garantiza la subsistencia de todas las personas, pero pone mayor énfasis en el deber y derecho de los padres a alimentar a sus hijos, esto sin duda se da en el marco de la responsabilidad de los mismos que garantiza el propio Estado, porque debe promover y difundir normas que no atenten contra el derecho fundamental de supervivencia. En la misma línea Reyes Ríos (1999) dice que:

Se considera que el derecho alimentario es un derecho que corresponde a toda la humanidad, como un derecho natural, originado por las necesidades de la propia naturaleza humana, por lo tanto, puede ser considerado como un derecho humano de primera categoría, por su repercusión en todos los seres humanos, cuya omisión o limitación, como se dijo, no solo los llevaría a su aniquilamiento, sino además a la disminución en su formación. Se trata de un derecho de categoría especial, que forma parte, como todo el contenido del derecho de familia, del Derecho Social (p. 777).

Una vez comprendido la naturaleza e importancia de este derecho, tendríamos que ubicarnos dentro de la concepción jurídica que le dan distintos especialistas, pues se asume que por ser inherente al ser humano no tendría por qué llevar una profunda investigación de su naturaleza misma, sino tan solo hacer una revisión analítica y conceptual en la base misma de ser catalogada como un derecho fundamental; pues la tutela de ser sujeta de auxilio judicial no se encuentra en discusión, sino de comprender la naturaleza misma del bien jurídico que se debe proteger, por lo tanto se debe entender si se puede comprender como un deber del Estado ante la situación de abandono por incumplimiento de los llamados a garantizarlo.

La naturaleza jurídica de los alimentos se la considera como una obligación extracontractual irrenunciable e intransferible, se la categoriza de esta manera porque según el Instituto Interamericano del Niño abordó este tema en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. Aquí se trató el tema en cuestión y se concluyó en palabras del Dr. Operti Badan (1988).

Que se trata de una obligación legal, *ex delicto*, señala el profesor Operti que la obligación alimentaria contiene siempre como base una cierta relación jurídica del derecho de familia puede variar su carácter con lo cual no podría identificarse con la responsabilidad delictual y cuasi-delictual; en ciertos casos el nacimiento es el producto de un acto delictivo (forzamiento o violación, engaño, etc.) pero ello no sustrae el tema, en estos aspectos, del campo del derecho de familia (p. 776).

En ese entendido se puede sustentar que esta apreciación que se le da es por su base jurídica que se encuentra dentro del derecho de las obligaciones, así como su propia calificación no podría sostenerse que en los casos de incumplimiento u omisión no procedería la sanción de pena privativa de la libertad, porque el Derecho Alimentario no puede ser objeto de venta, cesión, gravamen o garantía y su carácter irrenunciable lo sustrae del comercio de los hombres para convertirlo en un derecho tutelado aún contra la voluntad del titular (Vaz Ferreira, 1963). Pretender distorsionar el elemento objetivo del Derecho Alimentario penalizando las conductas no solo forzaría al Derecho Penal a salir de su razón ontológica, sino que se estaría atropellando principios constitucionalmente establecidos.

En lo concerniente a si el Derecho Alimentario es motivo de discusión, se puede precisar que no hay mayor razonamiento, pues al ser considerado un Derecho Humano de primera categoría, solo tendría que analizarse que no existe limitaciones para el cumplimiento del mismo. Estas limitaciones al cumplimiento estricto por lo general caen sobre los padres, pues se presentan situaciones donde la incompatibilidad de los mismos hace que se comience a vulnerar el Derecho Alimentario, empezando una ardua batalla solicitando tutela jurisdiccional en amparo de su Derecho Constitucional.

Acudir a solicitar tutela jurisdiccional hace que el problema central del incumplimiento de la obligación alimentaria tome una vertiente que coaccionará al responsable a dárselo al alimentante, pues de aquí en adelante estará sujeto a un cumplimiento procesal, pues su incumplimiento sea por la razón que se presente tendrá que ser sujeta de sanción, desvirtuando por completo el objetivo central de la razón de ser del Derecho Alimentario.

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, el Derecho Alimentario es deber y derecho de los padres, así como también dice nuestra Constitución que la política nacional tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsable (Art. 6º). Entonces analizando estos objetivos se debe entender que difundir y promover parten como políticas de Estado, por ser un Derecho universal y no puede estar sujeto a ningún tipo de limitación porque atentaría su subsistencia. Este razonamiento tendría que corroborarse de acuerdo a las políticas que tiene el Estado, pues si pretende afectar un bien jurídico tendría que accionar inmediatamente un mecanismo que evite la vulneración al Derecho Alimentario.

Tabla 18

Rol del Estado como protector

	Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso de los “Niños de la Calle” Vs. Guatemala)	Tribunal Constitucional Peruano (STC N.º 0298-1996-AA/TC)
Rol del Estado	<p>El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él (f. j. 144).</p>	<p>Para un Estado y su colectividad, el proteger a la infancia y más aún, si se encuentra en situación de abandono, que promover la seguridad como valor aislado, pues independientemente de que tal dispositivo reposa directamente sus fundamentos en el artículo 1º de la Norma Fundamental y es, por consiguiente, rigurosamente tributario del principio "Dignidad de la Persona", a la larga, del cumplimiento de un dispositivo, depende, en los hechos, la eficacia y vigencia del otro. No es posible, que un Estado proclame la Seguridad Ciudadana como valorpreciado de hoy cuando alimenta las condiciones de su propia alteración a futuro. Si una colectividad permite, de espaldas a su propia realidad, que la desprotección a la niñez se solvente con actitudes de indiferencia crónica, lo único que engendra son las condiciones, para que la seguridad que hoy proclama como bandera, no vaya más allá de su propia existencia, como si el futuro de sus descendientes, paradójicamente la seguridad de ellos, no le interesara en lo absoluto (f. j. 11).</p>

Nota: Garantía Constitucional que los establece la Jurisprudencia

El rol del Estado de acuerdo a estos pronunciamientos está bien definido, no solo porque su rol protector permite convivir en un Estado de Derecho, sino que garantiza que todo lo concerniente al mismo por ser inherente al ser humano. No se puede difundir y promover políticas que atenten contra el Derecho Alimentario, porque aniquilarían el fin supremo de la sociedad y del Estado. Entonces para calificar un comportamiento omisivo de los padres que garantizan el Derecho Alimentario, como lo es el artículo 149º del Código Penal, el Estado ha tenido que promover una política que accione ante la situación de abandono alimentario que se encontraría los sujetos pasivos de acuerdo a nuestra Constitución (Art. 6º). En ese entendido se debe analizar si la institución de la reincidencia y habitualidad vulnera dicho Derecho por ser considerado como limitativo al cumplimiento estricto.

iii. Analizar la finalidad de la pena en el Test de Proporcionalidad como garantía del Derecho Alimentario del bien jurídico de la familia.

El test de proporcionalidad representa una pequeña pieza dentro de un sistema, de naturaleza más amplia, en el que se enmarca y al que pertenece, como el que encarnan la teoría general de los derechos fundamentales y de los límites frente a la actividad limitadora del legislador y de los demás poderes públicos. El principio de proporcionalidad está integrado por un conjunto de razonamientos o herramientas que permiten medir y balancear la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualquier definición o aplicaciones de la legalidad que limiten su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de vista (Barnes, 1998).

Muy de la mano de la noción de la persona humana como fin del Estado y el consecuente respeto irrestricto de su dignidad, se encuentra las pretensiones de justicia material. Sólo son tratos dignos con la naturaleza humana los tratos justos; los tratos injustos transgreden la propia dignidad del hombre. Precisamente el principio de proporcionalidad sirve para establecer en cada caso concreto si una medida, una orden o una conducta se apega o no a los requerimientos del valor justicia. Y es que el mencionado principio encarna una idea elemental de justicia material al proscribir toda injerencia inútil, innecesaria o desproporcionada en un derecho constitucional. Por lo demás, resulta extraordinario pensar en un verdadero Estado de derecho desvinculado del valor justicia. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango Constitucional (Castillo Córdova, 2005).

No se trata, por supuesto, de caer en una suerte de inseguridad jurídica, concediendo al juez de la facultad de restringir Derechos Fundamentales fuera de todo presupuesto normativo, pero creo que hay que aceptar que la labor de ponderación es para el juez en muchos casos inevitable, precisamente porque, al encontrarse subordinado al “imperio de la ley”, es garante de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos reconocidos en el Texto Constitucional (texto normativo, directamente aplicable en defecto de ley de desarrollo), y es imprescindible para solucionar, cuando el caso concreto del que esté conociendo así lo demande, los posibles conflictos entre Derechos Fundamentales que entren en choque. Esta operación dista mucho de calificar como límite arbitrario de un Derecho Fundamental siempre que se lleva a cabo utilizando un método jurídico, de acuerdo con razonamientos objetivos (Vidal Fueyo, 2005).

El test de proporcionalidad ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional desde dos versiones, una que hace mención a la igualdad y la otra que cita a cinco puntos para la discusión de los demás Derechos. En cualquier caso la recepción del test de proporcionalidad es vista por el Tribunal como la posibilidad de utilizar un método que discrimina lo objetivo y razonable de lo que no lo es, a esta separación es denominada como la intensidad de la intervención que trata de ser una medida que pretende llevar valores de expresión numérica para luego construir fórmulas en las que se hace un cálculo que arroja finalmente si la medida adoptada por el legislador y sometida a control, es o no Constitucional. La razón de ello queda ratificada en el análisis que tendría que examinarse, es decir, si una medida como la que es de privar de la libertad al que garantiza el Derecho Alimentario resulta proporcional con el fin que se pretende si previamente no se ha verificado si el mencionado fin es contrario al Derecho Alimentario que la propia Constitución garantiza (Rubio Correa M. A., 2011).

Tabla 19

Aplicación de la pena desde el Test de Proporcionalidad

	Subprincipio de idoneidad	Subprincipio de necesidad	Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu
(STC 0048-2004-PI/TC)	De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada (f. j. 65.1).	Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental (f. j. 65.2).	Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental (f. j. 65.3).
Apreciación	No se trata, por consiguiente, de hacer una conexión teórica entre la restricción del derecho constitucional y el fin buscado. Hay que tratar de averiguar si, dadas las condiciones que impone la realidad, es efectivamente posible que se produzca la relación causa - efecto entre restricción y fin (Rubio Correa M. A., 2011).	El tribunal ha planteado la necesidad de hacer la comparación entre la intensidad de afectación de los derechos constitucionales por el hecho sometido a control y la posible menor intensidad con que se afectarían los derechos constitucionales otros hechos hipotéticos que alcanzarán el mismo fin (Quiroz Papa de García, 2016).	Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro (Alexy, 1977).

Nota: Análisis que debe ser considerado para la imposición de una pena

Aplicar una pena desde el punto de vista Constitucional se centra en lo legítimo y lo idóneo, es decir si se pierde esta relación de causa efecto, se estaría vulnerando los principios generales del Derecho Penal. En ese entendido la proporcionalidad no debe perder su objetividad por la ineficacia de la política criminal del Estado, pues imponer una pena no busca la total eliminación del delincuente, sino que su accionar sea legítimo de cara a la sociedad. Por consiguiente la idoneidad facilitará al Estado a encontrar la mejor respuesta al delito.

La garantía del Estado a sus ciudadanos que han sido vulnerados sus derechos pasa por responder con la mejor alternativa al daño causado, sin vulnerar otros bienes jurídicos que el mismo Estado también protege, ya sea de la parte agraviada como del agresor. El aplicar una medida restrictiva debe sustentarse en la selección menos aflictiva posible, es decir la relación que se busca es “a mejor alternativa menos aflictiva, menor será la afectación del bien jurídico”. En ese entendido entonces se habrá cumplido con el test de proporcionalidad que la medida adoptada es la más necesaria sin existir otro medio alternativo.

En esta parte compartimos la posición de Alexy porque el Estado no debe pretender aplicar una pena solo por el reproche social, sino que tiene que ponderarse, es decir si se vulneró un bien jurídico en cualquiera de sus magnitudes, la reparación tiene que satisfacer al entorno afectado, no solo pretender castigar y pensar que solo era esa su función. En este subprincipio se trata de aplicar una medida que permita establecer que la respuesta del Estado ha sido muy bien acogida por el afectado, no como reproche sino como solución, pues no se debe pretender ser inquisitivo para solucionar una afectación.

La pena en el delito de omisión a la asistencia familiar en relación a la reincidencia y habitualidad

De acuerdo al Artículo 57° Inc. 3, del Código Penal dice que todo individuo que tenga la condición de reincidente o habitual, es decir, que haya cometido delito o falta en más de dos oportunidades y sea encontrado responsable de sus actos será condenado a prisión efectiva a pesar de que la pena no supere los cuatro años. Este artículo del Código Penal limita el actuar de los magistrados, ya que solo les permite evaluar los antecedentes y no revisar si el imputado podría afectar algún derecho fundamental con su encierro.

Con respecto a la afectación se puede decir que toda persona que se encuentra privada de su libertad, ya no podrá ejercer ninguna actividad que le permita sustentar su propia vida como la de personas que son dependientes. Esto se desprende del informe de la Defensoría del Pueblo (2018) que menciona que, con respecto al área de trabajo, se advierte que, de los 54 establecimientos penitenciarios supervisados, en la gran mayoría la actividad preponderante son las actividades productivas seguidas del trabajo en el área de cocina, la cual realizan para los concesionarios. Asimismo, labores no pagadas o ad honorem (por ejemplo, promotores de salud, mantenimiento, limpieza y otros similares), se realizan en más de la mitad de los penales que fueron supervisados. La posibilidad de acceso al trabajo está condicionada a la capacidad de aforo de los talleres, lo cual restringe las oportunidades laborales. Es por eso que Villa Stein (2014) dice que: “La pena privativa de la libertad es desde luego muy seria, ya que afecta al condenado lo mismo que a su familia, ello explica que se proponga límites máximos menores a las existentes, para garantizar la subsistencia del núcleo social” (p. 554).

Tanto la doctrina comparada como la doctrina peruana comparte el criterio que los delitos considerados de poca peligrosidad para la sociedad, la pena que se imponga debería ser una que no afecte ningún Derecho Fundamental personalísimo o que dependan del imputado, tomando estas recomendaciones se podría dejar de lado las penas privativas de libertad cortas. La institución jurídica de la reincidencia y la habitualidad ha sido considerada por el legislador como un agravante cualificado, por el comportamiento renuente del delincuente. Esta institución tiene por función ser represivo en la medida que pueda armonizar la eficacia de la misma. No obstante, en el análisis debe centrarse en el caso en concreto del delito de omisión a la asistencia alimentaria, no basta con realizar una analogía meramente abstracta, porque sin duda se estaría violentando los principios de legalidad y lesividad.

Todo comportamiento delictivo, está sujeto al análisis operacional de acuerdo a las disposiciones legales, esto, en el marco de una circunstancia común, pero cuando se trata de un comportamiento renuente pasa de la categoría común a la cualificada, es decir se comienza a tomar como referencia la pena privativa de la libertad no mayor a tres años o de veinte a cincuenta y dos jornadas de prestación de servicios comunitarios, en el caso de un reincidente se aumenta hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, y para un habitual se aumenta hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, la cual sería considerado como agravante cualificado por el grado de vulneración del bien jurídico y la culpabilidad del delincuente, pero con respecto a la imposición de la sanción, el ordenamiento jurídico tiene que basarse en criterios que permitan ponderar intereses superiores, donde se haga control difuso. Tal criterio es adoptado de los siguientes colegiados:

Tabla 20
Interés superior del niño desde la Jurisprudencia

	Tribunal Constitucional Peruano (STC 02079-2009-PHC/TC)	Corte Suprema de Justicia de la República (Consulta Exp. N° 13825 - 2015 del Santa)
Interés Superior Del Niño	<p>En consecuencia, el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente (f. j. 13).</p>	<p>(...) La pena privativa de libertad efectiva para el presente caso no asegura que pueda generar una verdadera prevención en el futuro; siendo que para los alimentistas puede generarse el riesgo de que se limiten las posibilidades de que el imputado pueda continuar cumpliendo con sus pensiones alimentarias; al respecto, se acota que el imputado ya cumplió con la obligación alimentaria por lo cual no habría objeto que asegurar por lo que el medio (la pena privativa de libertad efectiva) no resulta idóneo para cumplir los objetivos ni finalidad que pretende sino que puede resultar todo lo contrario, pues encontrándose privado de libertad impedirían al obligado a agenciarse de recursos económicos que le permita cumplir con sus obligaciones alimenticias, por las que precisamente sería condenado; con lo cual la aplicación de dicha norma al caso concreto no supera el subprincipio de idoneidad del conocido test de proporcionalidad; se indica que tampoco satisface el de necesidad, en tanto que existe una medida igualmente satisfactoria menos gravosa como es la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena; menos el test de proporcionalidad en sentido estricto, por cuanto no supera el perjuicio que puede causarse al mismo bien jurídico que se pretende tutelar (f. j. 12).</p>

Nota: La Jurisprudencia establece que existen intereses superiores que se deben garantizar

El Tribunal Constitucional ha dejado en claro que el interés superior del niño debe estar por encima de cualquier medida que se adopte. Esta jurisprudencia alcanza a todas las entidades estatales, públicas y privadas; es decir, todas ellas deben estar comprometidas en velar por el bienestar del niño. Esta sentencia alcanza a muchas instituciones que tienen que renunciar a su accionar, para conservar el interés superior del niño; algunas de estas instituciones son el Ministerio Público y el Poder Judicial, la primera tiene que velar por la integridad del niño y la segunda tiene que garantizar que toda acción que se ejecute donde sea parte un menor tendrá que ponderarse indefectiblemente en primer lugar el bienestar del niño.

Una de las primeras acciones es la que ha adoptado la Corte Suprema de Justicia, que, en el delito de omisión a la asistencia familiar, se sancione con pena suspendida, es decir los demandados tenga libertad para cumplir con sus actividades laborales, y así no poder afectar sus obligaciones en beneficios del sujeto pasivo. Sin lugar a duda esta posición de la Corte Suprema en una primera denuncia por el delito de omisión a la asistencia alimentaria refuerza la decisión del magistrado para sentenciar a prisión suspendida.

Esta posición que se adopta, refleja el interés superior del niño, ya que no se basa en el comportamiento del demandado, sino que busca que no se vea afectado el derecho alimentario del menor; por lo tanto, correspondería a los magistrados hacer control difuso teniendo como base el argumento de la Corte Suprema que lo resume en el siguiente fundamento jurídico.

Décimo quinto: (...) Al respecto, se tiene que la norma penal inaplicada, en virtud de la cual se restringe el derecho del condenado a obtener una suspensión de la pena impuesta, tiene como finalidad la de impedir que quienes son reincidentes o habituales, por su peligrosidad y riesgo a la seguridad ciudadana, circulen por las calles o entre las personas poniendo en riesgo la seguridad e integridad física o moral, o el patrimonio de éstas; por lo que al privársele de su libertad se aseguraría tranquilidad ciudadana, y se permitiría en abstracto una resocialización del condenado; sin embargo tal finalidad no resulta aplicable en el presente caso particular, pues la privación de la libertad impediría al condenado la oportunidad de agenciarse de medios económicos necesarios para cumplir con el deber legal y judicial de acudir con sumas de dinero a su menor hija para su manutención; resultaría contrario al propósito de la propia sanción penal impuesta;

por el contrario se pondría en riesgo la integridad de la menor hija del condenado, quien se vería privada de la posibilidad de contar con medios que le permitan su alimentación; es notorio que la pena privativa de libertad efectiva de por sí conllevaría en autos a que el imputado se encuentre limitado de seguir con el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de los agraviados, lo que conduce a que el medio o la pena citada como efectiva no fomentaría el cumplimiento del objetivo o lo que se pretende tutelar, de lo que se colige que como lo ha determinado el *Ad quem* la ejecución de la pena privativa de libertad efectiva no satisface el sub principio de idoneidad; con la citada conclusión arribada sería suficiente para que quede plenamente justificada la inaplicación de la norma penal sub análisis; no obstante el análisis de los otros sub principios corroboran lo expuesto líneas arriba; efectivamente se observa que la aplicación de la norma penal citada no supera el test de necesidad, en el presente caso en particular, por cuanto existe otras medidas que pueden lograr lo que en abstracto se pretende con ella, esto es, que pueda seguir cumpliendo con su obligación alimentaria, ya que para alcanzar el objetivo que se pretende existen otras medidas que no resultan limitativas, como lo es la suspensión de la ejecución de la pena efectiva por la de reglas de conducta por un periodo de prueba; por último, tenemos que la norma en estudio - inciso 3 del artículo 57° del Código Penal tampoco satisface para el presente caso el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, pues en el balance del costo y beneficio que resulta de aplicar la citada norma restrictiva, el daño sería mayor en este caso particular, que el beneficio que se pretende lograr; pues la pena privativa de libertad efectiva interviene de manera grave en el derecho del niño y adolescente a percibir alimentos, pues de la comparación de la medida efectiva y el derecho fundamental que se compromete con el medio (pena) resulta afectado el interés superior del niño que propugna la Constitución (Consulta Exp. N° 13825 - 2015 del Santa).

En esta consulta se ve plasmado un análisis muy minucioso de la institución jurídica de la reincidencia y habitualidad en el delito de omisión a la asistencia familiar, pues si bien el Estado garantiza la protección de la madre, niño, adolescente (...) en situación de abandono, este tiene que dar las condiciones para que no se vea afectado su derecho alimentario. Por lo tanto, queda claro que predomina la posición de la Constitución, ya que no se estaría pervirtiendo el Derecho Penal para vulnerar el derecho alimentario del sujeto pasivo, sino que ahora se estaría garantizando que no quede en total indefección por cumplir una condena que solo activa el *ius puniendi*, sino que no soluciona en nada el problema.

- iv. Proponer una modificatoria del artículo 57°, inc. 3 del Código Penal en relación al delito de incumplimiento de obligación alimentaria.**

Exposición de motivos

Según el INPE a diciembre del 2018 existen 2684 internos que han sido sentenciados por incumplimiento de obligación alimentaria, y 481 internos tienen la condición de reincidentes y habituales en el mismo delito, es decir, que todas estas personas tiene por lo menos un dependiente que se encuentra en situación de abandono, ya que una vez activado el *ius puniendi* del Estado, el sujeto pasivo queda en estado de indefección por no existir un programa de ayuda social que permita cumplir con su Derecho Alimentario.

Fundamentos Constitucionales

Teniendo en cuenta nuestra Constitución Política del Perú, en su artículo 4° establece:

Art. 4° *Protección del Niño, Madre, Anciano, Familia y El Matrimonio*

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. (...)

Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de los “Niños de la Calle” Vs. Guatemala (1999), estableció que “(...) En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna (...)”. Dejando en claro que el Estado no puede tomar acciones que atenten o limiten su desarrollo integral.

En esa misma línea el Tribunal Constitucional en la (STC 02079-2009-PHC/TC) ha establecido que “En consecuencia, el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés (...)”. Situación que permite comprender que el Estado debe priorizar toda acción en favor del sujeto pasivo, renunciando inclusive al ius puniendi.

Entonces, la importancia está plasmada no en el accionar del Estado imponiendo una sanción, sino que este pueda garantizar que las personas que se encuentran en situación de abandono tengan las condiciones para su desarrollo.

Sobre todo, porque haciendo un razonamiento garantista tendríamos que la privación de la libertad impediría al condenado la oportunidad de agenciarse de medios económicos necesarios para cumplir con el deber legal y judicial de acudir con sumas de dinero al sujeto pasivo. Esto en concordancia con el informe Retos del Sistema Penitenciario Peruano: Un diagnóstico de la realidad carcelaria de las mujeres y varones de la Defensoría del Pueblo (2018), que establece que por el hacinamiento de los centros penitenciarios es imposible que todos los sentenciados puedan tener acceso a actividades laborales para generar ingresos económicos para su manutención o inclusive para sus propios dependientes.

Es por estas razones que la propuesta de modificatoria del artículo 57°, inc. 3 del Código Penal se basa en argumentos Jurisprudenciales, Constitucionales y doctrinales que amparan y permiten tener un mejor panorama de cómo debe desarrollarse la acción del Estado en relación al Derecho Alimentario.

Análisis Costo-Beneficio

Con relación al costo-beneficio la presente propuesta no generará ningún gasto adicional al planificado por el Instituto Nacional Penitenciario, ya que se contribuirá con la reducción del hacinamiento crítico que presentan los centros penitenciarios del país. Es decir, el Estado ya no invertirá S/. 9924.00 por reo anualmente, sino que permitirá que este dinero pueda tener una mejor inversión en relación a la protección y goce de los Derechos de las personas que se encuentran en situación de abandono.

Concordancia con el Acuerdo Nacional y efecto de la norma en la Legislación Nacional

En concordancia con el Acuerdo Nacional que establece en el apartado II Equidad y Justicia Social en el décimo sexto acuerdo sobre el fortalecimiento de la familia, promoción y protección de la niñez, la adolescencia y la juventud. La presente propuesta se encuentra respaldada por nuestra Constitución que en su Artículo 6° dice:

La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud (...).

Tabla 21

Propuesta de modificatoria de la Suspensión de la Pena

Suspensión de la ejecución de la pena		
	Actual	Propuesta
Artículo 57° Requisitos	<p>El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación. 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años. <p>La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384° y 387°</p>	<p>El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación. 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual, a excepción del art. 149°. El plazo de suspensión es de uno a tres años. <p>La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384° y 387°</p>

CAPÍTULO IV. Discusión y conclusiones

4.1 Discusión

La institución jurídica de la reincidencia y habitualidad es muy polémica, porque se dice que viola el principio del *ne bis in idem*, pero esto ya ha sido motivo de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, y dejó en claro que no es inconstitucional, sino que se hace una doble valoración por el comportamiento renuente del individuo. Esta precisión con respecto a la institución jurídica en cuestión, ha permitido que se comience a utilizar como mecanismo protector contra los actos delictivos de los llamados “enemigos de la sociedad”, este calificativo se les atribuye porque, no solo con su comportamiento vulneran la paz social, sino que generan una situación de incertidumbre en la colectividad. Por su parte la CIDH establece que calificar a un individuo como “peligroso”, vulnera el sistema penal de una Sociedad Democrática, porque se estaría abriendo puertas a un sistema autoritario donde se aplicarían las penas no por el delito cometido, sino por la calificación que recibe del Estado.

En un Estado Democrático, se ha establecido que agravar las penas conduce a que nuestro ordenamiento jurídico desnaturalice el *ius puniendi*, porque su finalidad no es eliminar al individuo, sino protegerlo; esta concepción es compartida por el profesor Zaffaroni que sugiere que toda forma de agravar las penas debe ser sujeta de supresión en los Estados. Esta posición del profesor argentino es comprobada por la tesis de Apaza Huisa, que indica que dichas instituciones jurídicas no son más que una expresión de la ola expansionista del Derecho Penal, como una respuesta apresurada y poco debatida ante el reclamo de la población frente al incremento de la delincuencia.

El Derecho Simbólico, no busca combatir el incremento de la criminalidad, sino solo reprimir con mayor severidad dichas conductas; el seguir aplicando estas formas de agravar las penas demuestran que el Estado no está cumpliendo con su fin de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado, sino que está agravando aún más el problema de política criminal, pues las nuevas manifestaciones de criminalidad organizada reflejan la incapacidad del Estado para combatir las con efectividad.

Este problema según Alcócer Povis (2015) no puede ser atribuido solo al individuo, sino que la sociedad y el Estado tienen responsabilidad por no brindar las condiciones necesarias para lograr la resocialización del condenado. No obstante, no se pretende justificar su desarrollo en los ordenamientos jurídico penales, sino que se debe proponer criterios normativos que coadyuven a delimitarla, para facilitar la reinserción del penado, y no caer en el denominado principio del Talión del “ojo por ojo, diente por diente”, porque si caemos en esto se producirá un efecto en la sociedad que todos pueden actuar de acuerdo a sus razonamientos.

El Estado es el llamado a controlar este tipo de situaciones, con políticas criminales preventivas; no autoritarias y discordantes, porque no se puede sostener que “a mayor reprensión penal menos delincuencia”, si esto fuera así, entonces los índices que muestra el INEI serían mucho menores, pero lamentablemente se ha podido demostrar que cada vez son más las personas que son víctimas de este flagelo delincencial, por lo que la acción preventiva del Estado está quedando relegada a la suerte de un derecho simbólico, para apaciguar el reproche social.

Toda política criminal tiene que estar sustentada en el ejercicio Constitucional de un Estado de Derecho, no se puede distinguir entre dos tipos de Derecho Penal, uno que esté destinado a los ciudadanos y el otro al derecho penal del enemigo, hacer eso distingue claramente que no es un Estado Democrático, sino que se aplica el *ius puniendi* de manera selectiva a un renuente, vulnerando así las garantías constitucionales que “imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito” tal como lo indica la CIDH.

Otro de los puntos en cuestión es que aplicar esta institución jurídica haría que todos los ciudadanos que delinquieron por una situación incidental, tengan la misma condición que un enemigo de la sociedad, ya que lo que se busca es la total eliminación de esa conducta, no al ser humano, porque se atentaría contra los fines constitucionales que lo revisten de fin supremo.

Con respecto a la habitualidad tenemos que este tipo de comportamiento, ya no puede ser sujeto de una categorización de “peligroso”, porque todo ser humano no busca su autoeliminación, sino que hay problemas psicológicos de por medio que necesitan otro tipo de intervención de parte del Estado, pretender penalizar una conducta con la cual ya se demostró que ni en el primer juzgamiento la pena ha surtido los efectos disuasivos, mucho menos ha logrado su objetivo con la segunda penalización, entonces se puede interpretar que no fue eficaz porque sigue el comportamiento renuente del individuo. Es aquí donde la CIDH pone límites a los Estados con respecto a su poder punitivo, e identifica que ya no se trata de un comportamiento agresivo, sino que tiene que existir respeto a la dignidad humana y aplicar otro tipo solución, que vendría ser una intervención más efectiva como un tratamiento psicológico.

De acuerdo a los máximos intérpretes constitucionales, se abocan que la habitualidad (multirreincidencia), tiene que gozar de pleno respaldo Constitucional, no porque se pretenda efectivizar esta medida, sino que sus efectos no son los más idóneos de cara a combatir la delincuencia, pretender que mientras una persona tiene más ingresos a los centros penitenciarios va internalizar de mejor manera para que no vuelva a delinquir, es un razonamiento poco efectivo, porque no se trata una vez más de eliminar al fin supremo de la sociedad sino garantizar su protección.

El profesor Zaffaroni R. E., (2003) nos ilustra que la prisión deteriora física y psicológicamente al condenado, sumiéndolo en un mayor estado de vulnerabilidad; con lo cual, si el efecto más trascendente de la prisionización es la reincidencia, el Estado no puede agravar la pena del segundo delito que ha contribuido a causar, es decir, no sería un razonamiento aplicable a una conducta habitual porque su validez ya quedó demostrada que no es efectiva.

Entonces revisando nuestro cuerpo normativo tendría que eliminarse toda acción que no sea efectiva y que vulnere las garantías constitucionales, por lo que el Tribunal Constitucional Peruano así lo recomienda cuando dice que: “es claro que el examen constitucional de la habitualidad pasa por que este Tribunal precise previamente que el control constitucional abstracto de las leyes no se realiza en función de las construcciones doctrinarias realizadas en materia penal sobre la habitualidad, sino en función del conjunto de derechos, principios y valores que incorpora nuestra Constitución”. Se puede concluir que no se puede seguir tomando como válida lo que ha sido demostrado como no efectiva.

Ahora en relación a lo mencionado y de acuerdo a nuestro objeto de estudio vamos analizar el delito de incumplimiento de obligación alimentaria desde su estructura ya que se ha tenido que demostrar que la conducta es típica, antijurídica y culpable, tal como lo dice el Dr. Bramont-Arias Torres (2008); así mismo el profesor Roxin (1990) postula que la punibilidad no puede considerarse como parte del delito, porque es consecuencia de éste.

Para aplicar una penalización de este tipo tiene que estar en concordancia con el bien jurídico que se tutela, ya que al ser vulnerado no cabe otra posibilidad de protegerlo o repararlo. Si consideramos al bien jurídico de la familia entonces se tendría que tomar acciones para “proteger a la familia y promover (...)”. Pues se reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad” de acuerdo a nuestra Carta Magna.

Pero si es considerado como bien jurídico sujeto a protección, ¿por qué los mecanismos que se han adoptado permiten que se vulnere?, esta vulneración se da en dos aspectos, la primera desde una perspectiva individual, según Jossierand dice que uno de sus integrantes pone en peligro su subsistencia por su incumplimiento, y la segunda indica que se trata de un problema estructural por la ausencia de valores en la sociedad tal como lo dice Bernal del Castillo.

Sabemos que la familia es considerada como parte fundamental de la sociedad, entonces la familia contribuye a la sociedad, y no la sociedad a la familia, por lo que al darse esta característica se puede desprender que la familia se rige en base al principio de subsidiariedad.

Entonces, la intervención del Estado debe darse como protector de la familia y no como desintegrador, pues su función punitiva tiene que darse en el marco de cualquier afectación del mundo externo hacia su interior, este razonamiento es desarrollado en base a lo que estipula nuestro Código Penal en su artículo 208°, pues se abstiene en el *ius puniendi* cuando se trata de conflictos entre cónyuges, concubinos, ascendentes, descendientes o afines en línea recta, porque se considera que en su intervención siempre debe primarse el bien jurídico de la familia.

En ese mismo razonamiento es que debemos considerar de qué manera el Estado protege o afecta al bien jurídico de la familia, pues nuestra Constitución en Artículo 4°, garantiza esta protección y llama a los integrantes que conforman la sociedad a velar por su subsistencia, pues los mecanismos que se establezcan tienen que reunir las condiciones donde se asegure que su subsistencia esté garantizada. Así mismo en ese mismo artículo indica que si se diera una situación de vulnerabilidad como lo es el abandono, el Estado entra a tallar como protector, pero lo que no se ha comprendido es porqué se ha desvirtuado el concepto de protector, pues para Rodríguez Mourullo (1971) considera que protector es brindar las facilidades para su desarrollo integral.

En ese supuesto entonces nos toca analizar si las medidas que se adoptaron están acorde a las medidas protectoras de la familia. Como ya se ha mencionado, la Constitución respalda toda actividad que sea en pro de la subsistencia de la familia, esto se encuentra en nuestro Código Civil, pero en nuestro Código Penal solo se ha desarrollado cuatro capítulos, de los cuales uno de ellos permite de acuerdo a la Constitución penalizar a quien no cumple con su obligación, e inclusive permite agravar su situación si no se sujeta a las condiciones.

En relación a la reincidencia y habitualidad frente al Derecho Alimentario es un asunto que llama a la reflexión, pues nuestro legislador ha establecido penalizar este comportamiento e inclusive permitir agravar toda medida con respecto a la familia. La condición para penalizar es que uno de los integrantes de la familia incumpla con la obligación de manutención que permita subsistir al resto de integrantes del grupo familiar, si bien el legislador faculta al juzgador a que no active el *ius puniendi* del todo en una primera denuncia, sino que analice si es proporcional al fin que persigue.

Entonces, si el juzgador entiende que es conveniente aplicar el *ius puniendi*, se cree que el Estado como institución protectora activará un plan donde no se afecte el Derecho Alimentario, porque de lo contrario el artículo 4° solo será una estructura literal y no ejecutiva, porque se sabe que el Derecho Alimentario por ser inherente al ser humano no puede ser postergable, irrenunciable o gravado, ya que si no se cubre se estará atentando contra el sujeto pasivo titular del Derecho.

Ahora, que pasa entonces cuando la Constitución indica que el Estado protege a la familia y sabemos que por palabras de Rodriguez Mourullo (1971) proteger se entiende como brindar las facilidades para su desarrollo integral, creo que se presentaría un grave conflicto, porque el Estado no tiene una política protectora para este tipo de personas en esa situación en específico, cabe indicar que el rol del Estado no solo es punitivo, sino garantista, y debe velar por sus ciudadanos y más aún cuando se trata de un integrante del grupo familiar, es aquí donde debemos analizar si la política protectora está acorde a los fines mismos de su desarrollo integral del sujeto pasivo.

El Derecho Alimentario tiene una naturaleza que por sí misma no permite a las personas que facilitan puedan dejar de hacerlo, es por eso que debe analizarse si el Estado ha tomado la mejor decisión con respecto a penalizar a quien lo dejó de hacer o debió dar las facilidades como protector en el sentido estricto para que esta persona pueda cumplir con sus obligaciones. Con respecto a esto la tesis de Rubín Cortez indica que el incumplimiento no solo es un factor de decisión personal, sino que lo atribuye a las posibilidades del sujeto activo que reiteradas ocasiones se ve mermada por las condiciones socioeconómicas de la mayoría de los procesados ocasionando inclusive que sean catalogados como reincidentes y habituales.

Para evitar que sucedan estas contradicciones entre lo que estipula la Constitución y lo que realmente aplica el Estado, se desarrolló la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, donde el profesor Opertti Badan (1988) fundamenta que la obligación alimentaria contiene siempre como base una cierta relación jurídica del Derecho de Familia puede variar su carácter con lo cual no podría identificarse con la responsabilidad delictual y cuasi – delictual, es decir recomienda a los Estados a no penalizar estos comportamientos sino muy por el contrario brindar las facilidades para evitar la vulneración del bien jurídico de la familia. Otro sustento categórico es el que da el profesor Vaz Ferreira (1963) que dice que el derecho alimentario no puede ser objeto de venta, cesión, gravamen o garantía y su carácter irrenunciable lo sustrae del comercio de los hombres para convertirlo en un derecho tutelado aún contra la voluntad del titular, es por eso que pretender distorsionar el elemento objetivo del Derecho Alimentario penalizando las conductas no solo forzaría al Derecho Penal a salir de su razón ontológica, sino que se estaría atropellando principios constitucionalmente establecidos.

La tipificación que se ha venido dando permite demostrar que penalizar este delito no solo crea un vacío en el vínculo familiar, sino que además atenta contra el Derecho Alimentario del sujeto pasivo, así mismo considerar de forma similar el comportamiento de un integrante del grupo familiar frente a la de un enemigo de la sociedad es muy desproporcional, no se puede asemejar a quien dentro de sus posibilidades no puede cumplir con su responsabilidad frente a quien delinque sin importarle el resultado o la afectación que ocasione su accionar.

Con este razonamiento no se pretende hacer evasivo el rol de los padres como responsables del cumplir con su deber, el objetivo es identificar si estos mecanismos empleados contribuyen al cumplimiento o limitan el sentido estricto de proteger o favorecer al bien jurídico de la familia. Ahora en ese entendido se ha podido comprobar que la institución de la reincidencia y habitualidad es un mecanismo protector para la sociedad, ante situaciones delincuenciales, pero con respecto a la familia no podría aplicarse porque es parte fundamental de la sociedad tal como lo dice nuestra Constitución, y este debe tener un tratamiento garantista que no limite su subsistencia, sino que brinde las facilidades para la misma.

Estas facilidades no son concordantes con los fines de la institución jurídica de la reincidencia y habitualidad, pues uno de sus objetivos se enfoca en el respeto de los derechos de las personas que son sujetas de actos delictivos, es por eso que Nikken (1997) indica que respeto es la efectividad del goce de dichos derechos, entonces se entra en contradicción si se relaciona con el derecho alimentario, pues esta institución limitaría el accionar del ser humano. Así mismo otro objetivo es brindar tranquilidad y mayor confianza, por lo que al limitar su cumplimiento hace que la persona sujeta de este derecho, se encuentre en un estado de incertidumbre.

Otro de los objetivos es que se cohabite en un clima de seguridad; para Pérez Luño entiende por clima de seguridad al valor estrechamente ligado al Estado de Derecho, dicho estado que no se produce en relación al Derecho Alimentario, pues estaría condicionado el comportamiento del sujeto activo y si este incumpliría con su obligación, el Estado debe activar un plan protector, pero como no lo tiene, el sujeto pasivo quedaría en un estado total de abandono, tanto por el sujeto activo como por el Estado.

Similar situación es la de aplicar justas penas a quienes reinciden, es decir, tiene que aplicarse el principio de proporcionalidad; para Figueroa Navarro lo entiende como la importancia y grado afectación del bien jurídico y si este responde a la necesidad estricta de protegerlo o repararlo, entonces si analizamos en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria, podemos concluir que si se penaliza con pena privativa de la libertad de carácter efectiva, la posibilidad de cubrir este derecho sería nula, porque está limitado totalmente de todo accionar, poniendo en grave peligro la subsistencia del sujeto pasivo.

Por último, indica que la institución jurídica de la reincidencia y habitualidad podrá prevenir futuras figuras penales; para que este objetivo sea efectivo no se necesita limitar derechos, sino establecer recursos extrapenales tal como lo dice Sozzo (2008), pues el fin del Derecho Alimentario es garantizar la subsistencia no limitarlo. Otro punto como política preventiva es que la aplicación del *ius puniendi* no forma parte de riesgos inciertos, ni de hechos científicamente no comprobables, sino que se basa en comportamientos estrictamente realizados, por lo que los delitos de peligro están en cuestionamiento.

Para dilucidar mejor este cuestionamiento, se analizó si correspondería considerar a la pena privativa de la libertad de carácter suspendida como presupuesto de reincidencia. En ese entendido se debe comprender que sentenciar a este tipo de pena tiene por objetivo evitar el contacto con el centro penitenciario, por lo que tendría que sujetarse a un periodo de prueba donde tendrá que cumplir una serie de reglas de conducta. Este criterio para la CIDH es vista como la eficacia de la sanción impuesta, pues desde el punto de vista del penado como del agraviado, si se considera que el hecho delictuoso puede repararse, entonces no habrá necesidad de privar de la libertad, sino que se adoptará por una medida donde el sentenciado tendría que repararlo, así mismo, Cid Moliné considera que suspender la pena logra efectividad porque la reparación que se le impone al sentenciado crea una valoración del bien jurídico vulnerado, por lo tanto la función del Estado cumple con su rol Constitucional.

Desde la perspectiva del Tribunal Constitucional Peruano considera que aplicar este tipo de pena salvaguarda los fines de la resocialización consagrados en el artículo 139° de la Constitución, por lo que, este tipo de pena se sujeta a proteger al ser humano como fin supremo eliminando la conducta, más no al ser humano. Otro factor importante es el que aporta Díez Ripollés (2006), pues indica que, al encontrar culpable al individuo en un delito, hace que se lo juzgue por dicho comportamiento, dejando de lado otros bienes jurídicos que, si protege al individuo, es decir, habría un desamparo total, cuando en realidad lo único que se buscaba era que ese comportamiento que estaba siendo juzgado, sea reformado por uno adecuado a la paz social. Por lo tanto, se debe considerar que la pena suspendida está amparada constitucionalmente porque su efectividad logra una valoración del bien jurídico vulnerado, permitiendo una resocialización eficaz del sentenciado.

Ahora si bien ya hubo un pronunciamiento por parte de la Corte Suprema, definiendo cuales serían los criterios para poder calificar como presupuesto de reincidencia, se sabe que serían todas las penas, pero hace hincapié en que tendrían que ser consideradas como efectivas, inclusive en su cuarto fundamento de derecho indica que también está incluido las penas de prestación de servicios comunitarios porque se está ejecutando una acción, y por lo tanto sería considerado como presupuesto de reincidencia, por lo que dejo para el debate, que las penas privativas de la libertad también podrían ser de carácter suspendida.

Con respeto a este punto es donde se produjo mucha controversia por lo que la Corte Superior del Callao, decidieron realizar un Pleno Jurisdiccional, estableciendo un criterio Constitucional que la pena privativa de la libertad de carácter suspendida no podría ser considerada por las razones expuestas, es decir, no podría considerarse porque tener la condición de “prueba” no hace que el sentenciado pueda enmarcarse dentro del criterio de la Corte Suprema, porque ya se estableció que tiene que ser de carácter efectiva.

Al producirse este efecto entonces, el razonamiento sería que, si un juez sentencia a pena privativa de la libertad de carácter suspendida en el delito de incumplimiento de obligación de alimentaria, este no podría considerarse como presupuesto de reincidencia, ni mucho menos de habitualidad, porque no tienen el carácter de pena efectiva. Este razonamiento hace que la institución de la reincidencia y habitualidad sea objetiva, aplicándola estrictamente a quienes no pueden llevar un tipo de vida acorde a las normas de convivencia social, no siendo así el caso del delito de incumplimiento de obligación alimentaria, por lo que el derecho alimentario no puede suspenderse, ni mucho menos renunciar al ser considerado derecho de primera categoría.

Se sabe, que, para tipificar un delito de incumplimiento de obligación alimentaria, debe existir un proceso previo en lo civil, donde se ha establecido la capacidad de pago del demandado; ahora para entablar un proceso penal, el código lo tipifica como el que omite un mandato jurisdiccional, hasta aquí se podría decir que ya no se necesita más que acreditar que el alimentista no recibió la pensión alimenticia como se ordenaba en la resolución. Entonces, nos preguntamos qué pasaría si por alguna posibilidad ajena al alimentante, este ya no podría cumplir con su obligación.

En este caso el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016 / CIJ-116 ha establecido que lo que se penaliza no es el “no poder cumplir”, sino el “no querer cumplir”, esto en salvaguarda de los propios comportamientos omisivos, según la cual solo comete un delito de dicha estructura quien omite la conducta debida pudiendo hacerlo. Este plenario, sin duda permitió que muchos de los casos que venían presentándose ya no sean revisados como una mera analogía, sino que cumplan los requisitos que garantizan un debido proceso, como el derecho a la defensa, así como la destrucción completa de la Presunción de Inocencia del procesado. Por lo tanto, el fiscal como titular de la acción penal, tiene el deber en el marco de un debido proceso acreditar reuniendo todos los medios probatorios que indiquen que la persona que no está cumpliendo con su obligación teniendo los medios y las posibilidades para hacerlo, se rehúsa a cumplir por lo que este criterio ha sido tomado por la Sala Penal de Tumbes donde establece que la fiscalía debe considerar que en cuanto a este delito, la instancia judicial se convierta en un “mero órgano tramitador o ejecutor de decisiones extrapenales”; lo cual desnaturalizaría por completo las funciones del órgano Fiscal como defensor de la legalidad y además responsable de la carga de la prueba.

Una vez puntualizado cada una de las interrogantes debemos referirnos a la sanción que se debería imponer. Se sabe que la pena cumple dos funciones, el primero es atribuido ¿para qué sirve la pena? y la segunda ¿Qué efectos tendrá en la sociedad?. Entonces si partimos de la primera posición debemos indicar que la pena tendría que ser merecida o necesaria, se conoce que es merecida según Bustos Rubio porque el hecho atribuido es típico, antijurídico y culpable, por lo tanto es merecida. Con respecto a si es necesaria se puede considerar si es conveniente o no, esto desde la perspectiva de asemejar si existen medios menos dañosos o por el contrario sean idóneos; por lo general esto se aplica cuando se pretende reparar el daño o proteger un bien jurídico que es considerado útil para la sociedad. Entonces la aplicación de una pena para el delito en estudio tendría que ser idóneo con el bien jurídico que se está protegiendo, pues como se sabe este bien jurídico tiene que ser protegido en el sentido de dar las facilidades para su desarrollo.

En relación a la segunda función, debemos indicar que la pena es considerada como política criminal orientada a combatir la lucha contra el delito y la criminalidad organizada y como política jurídica como respuesta para alcanzar fines correspondientes a otros sectores del ordenamiento legal. Entonces si se conoce que la primera posición va a combatir las conductas que son reprochables porque atentan contra la paz social, debemos indicar que nuestro objeto de estudio no se encontraría en este supuesto, porque lo que se busca es garantizar su subsistencia y no limitarla. Ahora desde el punto de política jurídica se dice que debe alcanzar fines correspondientes, es decir, se busca amedrentar al individuo con la imposición de una pena, pervirtiendo los principios del Derecho Penal.

Una vez definido cada uno de estos criterios se debe garantizar que la imposición de una pena, se hará en el marco de un Derecho Constitucional que garantiza la protección del ser humano como fin supremo de la sociedad, es por esto que la Comisión Revisora del Código Penal, indica que la pena privativa de la libertad es considerada como la más aflictiva, esta es confiada solo para delitos graves, pues se recomienda aplicar otro tipo de sanciones a delincuentes de poca peligrosidad, tomando en consideración que, los gastos que demanda la construcción y sostenimiento de un centro penitenciario obligan a nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenazan significativamente la paz social y la seguridad colectiva. Esta recomendación se da porque si se hace un análisis económico se puede considerar que mantener a un interno le cuesta al Estado la suma de s/. 9924.00 nuevos soles por año y si se toma en consideración el delito de incumplimiento de obligación alimentaria que la pena máxima sería de tres años, se estaría hablando de s/. 29772.00 nuevos soles lo que le estaría costando al Estado, sin duda un costo bastante elevado, y tomando en consideración que el alimentista no gozaría de ninguna protección, pues la posibilidad sería totalmente nula, porque el alimentante se encontraría limitado de toda posibilidad de acción laboral.

En este supuesto, se analizó que correspondería en beneficio del alimentista, ya que la situación de abandono pensionario en la quedaría es inminente, desnaturalizando por completo el fin de la pena, ya que lo que se buscaba no era una situación absoluta de abandono sino que el responsable tenga las facilidades para cumplir con su obligación, por lo tanto ante este tipo de situación se debe tomar las palabras de Vaz Ferreira (1963) que dice que el incumplimiento u omisión no procedería la sanción de pena privativa de la libertad, porque el Derecho Alimentario no puede ser objeto de venta, cesión, gravamen o garantía.

Entonces, si se quiere proteger el bien jurídico de la familia y al no tener un programa de protección de parte del Estado para personas que se encuentren ante esta situación se debe realizar un test de proporcionalidad permitiendo determinar que le es más favorable al Estado y que garantiza la Constitución.

Por lo tanto, queda claro que la imposición de una pena desde el punto de vista Constitucional debe centrarse en lo legítimo y lo idóneo, es decir, analizar la relación de causa efecto; en ese entendido debe entrar a tallar la proporcionalidad, para no perder su objetividad; por consecuente la idoneidad facilitará al Estado a encontrar la mejor respuesta al delito, garantizando así al alimentista que a pesar de que ha sido vulnerado su Derecho Alimentario, se tomará la mejor alternativa al daño causado, sin vulnerar otros bienes jurídicos que el mismo Estado también protege, ya sea de la parte agraviada como del agresor.

El Estado no debe pretender aplicar una pena solo por el reproche social, sino que tiene que ponderarse, es decir, si se vulneró un bien jurídico en cualquiera de sus magnitudes, la reparación tiene que satisfacer al entorno afectado, no solo pretender castigar y pensar que solo era esa su función. En ese sentido se debe aplicar una medida que permita establecer que la respuesta del Estado ha sido muy bien acogida por el afectado, no como reproche sino como solución, pues no se debe pretender ser inquisitivo para solucionar una afectación. Este criterio ha sido desarrollado con mayor amplitud por la Corte Suprema, y establece que bajo ninguna institución jurídica debe primarse la acción punitiva del Estado, sino que debe garantizarse el Derecho Alimentario.

Por lo tanto, debe comprenderse que ninguna circunstancia está por encima del Derecho Alimentario ya el daño sería mayor que el beneficio que se pretende lograr; pues la pena privativa de libertad efectiva interviene de manera grave en el derecho del niño y adolescente a percibir alimentos, pues de la comparación de la medida efectiva y el derecho fundamental que se compromete con el medio (pena) resulta afectando el interés superior del niño que propugna la Constitución.

Queda claro, que predomina la posición de la Constitución, ya que no se estaría pervirtiendo el Derecho Penal para vulnerar el Derecho Alimentario del sujeto pasivo, sino que ahora se estaría garantizando que no quede en total indefección por cumplir una condena que solo activa el *ius puniendi*, sino que no soluciona en nada el problema.

Después, de haber desarrollado todos estos argumentos se debe considerar que el Estado debe garantizar no solo de forma literal lo que dice la Constitución, sino que su accionar debe preponderar intereses superiores que ayudarán a tener una sociedad más justa y menos aflictiva, donde la solución no se encuentra en la imposición de penas que no ayudan en nada a combatir el problema.

4.2 Conclusiones

- i. La reincidencia y habitualidad en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria no son un mecanismo protector del bien jurídico de la familia, porque esta institución jurídica ha sido incorporada al Código Penal para agravar las penas de los que contravienen la paz social; pues siendo altamente punitivo su efecto limita el accionar de quien es responsable de garantizar el Derecho Alimentario del sujeto pasivo.
- ii. Los fundamentos jurídicos de la reincidencia y habitualidad no permiten aplicarse a la protección del bien jurídico de la familia porque la razón ontológica de protección del bien jurídico es de garantizar el goce de derechos y no limitarlos, colisionando así con el Derecho Alimentario que tiene carácter personalísimo.
- iii. La naturaleza jurídica del Derecho Alimentario es inherente al ser humano por ser intransmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable por lo que parte de un deber de asistencia y un derecho para la preservación de la vida y salud de la persona, y cuya limitación colisiona con la protección del bien jurídico de la familia transgrediendo así la garantía Constitucional como instituto natural y fundamental de la sociedad.
- iv. La imposición de una pena para un reincidente y habitual en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria tiene que ceñirse a los criterios del test de proporcionalidad ya que el Tribunal Constitucional ha establecido que cada medida que se adopte o acto que comprometa el Derecho Alimentario del sujeto pasivo, debe anteponerse a otro interés inclusive al ius puniendi del Estado.
- v. El delito de incumplimiento de obligación alimentaria no puede estar sujeto a la condición de la institución jurídica de reincidencia y habitualidad, ya que la finalidad del Derecho Alimentario no puede ser sujeta de ninguna carga que lo limite.

4.3 Recomendaciones

- i. Al Congreso de la República se recomienda unificar criterios de intervención del Estado con respecto a la penalización de los integrantes del grupo familiar en los procesos entre sí mismos, ya que al activar el ius puniendi del Estado en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria, quedan en total indefección el resto de integrantes del grupo familiar, por lo que es necesario regirse por el principio de subsidiariedad, al no existir ningún mecanismo que garantice el cumplimiento del Derecho Alimentario.
- ii. Al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables se recomienda un programa de ayuda social para personas que se encuentran en situación de abandono por incumplimiento de obligación alimentaria, ya que nuestra Constitución garantiza su protección según el artículo 4°. Así mismo, se debe proponer una política pública para garantizar qué personas que se encuentran imposibilitadas de cumplimiento de obligación alimentaria tengan oportunidades laborales dentro del mismo Estado; esto como garantía de cumplimiento, ya que se podrá retener de sus haberes la manutención correspondiente.
- iii. Al Congreso de la República se recomienda la modificatoria del artículo 57° inc. 3 donde se establezca “(...). a excepción del artículo 149°”, ya que los fundamentos jurídicos de la reincidencia y habitualidad no son un mecanismo protector del bien jurídico de la familia, sino muy por el contrario transgreden el Derecho Alimentario por su limitación.
- iv. A los Congresistas de la República iniciar una moción donde los S/. 9924.00 (dividido en 12 cuotas) que se invierte por cada reo sentenciado a pena privativa de la libertad por el delito de incumplimiento de obligación alimentaria sea destinado en favor del sujeto pasivo como garantía del Derecho Alimentario, y que el responsable cumpla con trabajo comunitario como sanción, para así no desvirtuar la protección del Estado.

Referencias

- Acuerdo Plenario 1-2008 / CJ-116 (Corte Suprema de Justicia de la República). Recuperado el 19 de Marzo de 2019, de <https://img.legis.pe/wp-content/uploads/2018/02/Legis.pe-AcuerdoPlenario-1-2008-Reincidencia-habitualidad-y-determinanci%C3%B3n-de-la-pena.pdf>
- Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016 / CIJ-116, N° 2-2016 / CIJ-116 (Corte Suprema de Justicia de la República 01 de Junio de 2016). Recuperado el 07 de Mayo de 2019, de http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo_Plenario_Extraordinario_2-2016.pdf
- Alcácer Guirao, R. (2001). La reparación en Derecho Penal y la atenuante del artículo 23,5 del CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación. *Revista del Poder Judicial*, 1(63), 99-100.
- Alcócer Povis, E. (2015). *El reincidente como "enemigo": aproximación al tema*. Lima.
- Alcocer Povis, E. G. (2016). La reincidencia como agravante de la pena; consideraciones dogmáticas y de política criminal. Barcelona, España: Universitat Pompeu Fabra. Recuperado el 28 de Febrero de 2019, de <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/400654/tegap.pdf?locale-attribute=en>
- Alexy, R. (1977). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Antolisei, F. (1960). *Manual de Derecho Penal - Parte General*. Buenos Aires: Uteha.
- Apaza Huisa, L. M. (2016). La reincidencia y habitualidad ¿Política criminológica de lucha contra el crimen o expresión del derecho simbólico? (Tesis Inédita de pregrado). Lima, Perú: Universidad de San Martín de Porres. Recuperado el 28 de Febrero de 2019, de http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/2385/1/apaza_hlm.pdf
- Aponte Cardona, A. (2012). El desplazamiento forzado como crimen internacional: Nuevas exigencias a la dogmática juridico-penal. *Vnivesitas*, 15-52. Recuperado el 13 de Marzo de 2019, de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/5103/3942>
- Armengol, P. (2002). *La reincidencia*. Pamplona: Analecta.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de Diciembre de 1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. París, Francia. Recuperado el 17 de Abril de 2019, de <https://www.humanium.org/es/wp-content/uploads/2012/12/Declaraci%C3%B3n-Universal-de-Derechos-Humanos.pdf>
- Astrain Bañuelos, L. E. (2017). *El derecho penal del enemigo en un Estado Constitucional: Especial referencia en México*. México: Marcial Pons.

- Barnes, J. (1998). El principio de proporcionalidad. *Cuadernos de Derecho Público* (5), 16 - 49. Recuperado el 21 de Noviembre de 2019, de https://www.researchgate.net/profile/Javier_Barnes/publication/279929497_El_principio_de_proporcionalidad_Estudio_preliminar_Cuadernos_de_Derecho_Publico_ISSN_1138-2848_N_5_1998_pags_15-50/links/559e844f08aead377e5785ed.pdf
- Berdugo Gómez de la Torre, I., Arroyo Zapatero, L., García Rivas, N., Ferré Olivé, J. C., & Serrano Piedecabras, J. R. (1999). *Lecciones de Derecho Penal - Parte General*. Barcelona: Editorial Praxis.
- Bernal Del Castillo, J. (1997). *El delito de impago de pensiones*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- Bernardo Zárate, C. E., Carbajal Llanos, Y. M., & Contreras Salazar, V. R. (2019). *Metodología de la Investigación*. Lima: Universidad San Martín de Porres.
- Bramont Arias Torres, L. A., & Garcia Cantizano, M. (1996). *Manual de derecho penal: parte especial*. Lima: Lima San Marcos.
- Bramont-Arias Torres, L. M. (2008). *Manual de Derecho Penal*. Lima: Editorial y Distribuidora de Libroa S.A. .
- Bustamante Oyague, E. (S.f.). *Las necesidades del alimentista y las posibilidades del obligado*. (L. Gandarillas, Ed.) Obtenido de Academia: https://www.academia.edu/9779104/LAS_NECESIDADES_DEL_ALIMENTISTA_Y_LAS_POSIBILIDADES_DEL_OBLIGADO
- Bustos Rubio, M. (2015). Notas sobre el contenido de la punibilidad. Especial referencia a las mal denominadas "excusas absolutorias". En A. Gaspar Chirinos, & R. Martínez Huamán, *Estudios de Política Criminal y Derecho Penal* (pág. 567). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Campana Valderrama, M. (1997). *La naturaleza jurídica de la pensión de alimentos*. Lima: Ed focat.
- Casación N° 1459-2017 / Lambayeque, 1459-2017 (Corte Suprema de Justicia de la República 20 de Setiembre de 2018). Recuperado el 06 de Mayo de 2019, de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/793907004725c4ada626ff5d3cd1c288/CS-SPP-RC-1459-2017-LAMBAYEQUE.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=793907004725c4ada626ff5d3cd1c288>
- Casación N° 9586 - 2009 Lambayeque, N° 9586 - 2009 (Corte Suprema de Justicia de la República 23 de Junio de 2011). Recuperado el 07 de Mayo de 2019, de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/47a7d000406674ebbcaff95cb2bb342/9586-09+FUNDADO++inciso3+art.139.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=47a7d000406674ebbcaff95cb2bb342>

- Caso Agustín Bladimiro Vs Perú, Caso 12.700 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 02 de Abril de 2014). Recuperado el 07 de Mayo de 2019, de <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12700FondoEs.doc>
- Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú, Serie C No. 292 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de Abril de 2015). Recuperado el 07 de Mayo de 2019, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_292_esp.pdf
- Caso de los “Niños de la Calle” Vs. Guatemala, No. 11.383 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de Noviembre de 1999). Recuperado el 08 de Mayo de 2019, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf
- Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala , 12.403 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de Junio de 2005).
- Castillo Córdova, L. (2005). EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. *Revista Peruana de Derecho Público*, 6(11), 127 - 151. Recuperado el 22 de Noviembre de 2019, de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1908/Principio_proporcionalidad_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional_peruano.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Cid Moliné, J. (2005). La suspensión de la pena en España: descarceración y reincidencia. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1(15), 223 - 239. Recuperado el 07 de Mayo de 2019, de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2005-15-5070/Documento.pdf>
- Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337 (Congreso de la República del Perú 07 de Agosto de 2000).
- Código Penal. (08 de Abril de 1991). *Decreto Legislativo N° 635*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- Comisión Revisora del Código Penal de 1991. (1991). *Exposición de Motivos del Código Penal, Decreto Legislativo N° 635*. Lima: Ministerio de Justicia. Recuperado el 05 de Marzo de 2019, de <http://spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp>
- Congreso de la República del Perú. (05 de Mayo de 2006). Ley N° 28726. *Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46, 48, 55, 440 y 444 del Código Penal y el artículo 135 del Código Procesal Penal*. Lima, Peru. Recuperado el 26 de Abril de 2019, de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_93.pdf
- Constancio González, M. (2004). La Investigación Básica. La Investigación en Ciencias. Cuestiones Previas. *Educación Científica. Volumen 7, Suplemento 2*, 41-50.
- Constitución Política del Perú. (1993).
- Consulta Exp. N° 13825 - 2015 del Santa (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la República 23 de Marzo de 2016). Recuperado el 16 de Abril de 2019, de https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/Consulta-13825-2015-Del-Santa-Legis.pe_.pdf

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (Organización de los Estados Americanos 22 de Noviembre de 1969). Recuperado el 14 de Abril de 2019, de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/82C8F9A4E32C68070525755F00830687/\\$FILE/05_ConvencionAmericana.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/82C8F9A4E32C68070525755F00830687/$FILE/05_ConvencionAmericana.pdf)
- Defensoria del Pueblo. (2018). *Retos del Sistema Penitenciario Peruano: Un diagnóstico de la realidad carcelaria de las mujeres y varones*. Lima: VORENO EIRL. Recuperado el 2019 de Noviembre de 2019, de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/01/Informe-de-Adjuntia-006-2018-DPADHPD-1.pdf>
- Díez Picazo, L., & Gullón, A. (1983). *Sistema del Derecho Civil* (Vol. IV). Madrid: Tecnos.
- Díez Ripollés, J. L. (2006). La evolución del sistema de penas en España 1975-2003. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07(08), 07-25. Recuperado el 07 de Mayo de 2019, de http://www.bufoetlinerros.eu/files/contenidos/Evoluci%C3%B3n%20del%20istema%20de%20penas%201975_2003.pdf
- Diniz, M. (2002). *Curso de Derecho Civil Brasileiro*. Sao Paulo: Saravia.
- Durán Migliardi, M. (2011). Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. *SciELO - Scientific Electronic Library Online*, 67(5), 123 - 144.
- Durán Migliardi, M. (2016). La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función. *SciELO - Scientific Electronic Library Online*, 29(1), 275 - 295.
- El comercio. (12 de Agosto de 2018). Cárceles peruanas: Estado invierte s/. 9.924 anuales por cada reo. (D. Macera, Ed.) *El comercio*. Recuperado el 16 de Abril de 2019, de <https://elcomercio.pe/economia/peru/carceles-peruanas-gasta-s-1-3-mlls-sobrepoblacion-penitenciaria-noticia-545829>
- Etcheberry, A. (1998). *Derecho penal. Parte general* (3a ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Ferrajoli, L. (1986). *Poder y control*. Madrid: Trotta.
- Feuerbach, P. (1986). *Libro de texto de derecho vergonzoso común válido en Alemania*. Berlín: La editorial científica Aalen.
- Figuroa Navarro, A. (2008). *La reforma penal de la determinación de la pena*. Friburgo: Universidad de Friburgo. Recuperado el 02 de Mayo de 2019, de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_07.pdf
- Gallas, L. (1959). *La teoría del delito en su momento actual*. (J. Cordoba Roda, Trad.) Barcelona: Bosch.
- García Macho, R. (1987). *Reserva de Ley y potestad reglamentaria*. Barcelona: Ariel.
- Garro Aburto, J. L. (2017). Reincidencia y Habitualidad en Procesos Penales a Consecuencia de la Ley 30076 (Tesis inédita de Maestría). Lima, Perú: Universidad César Vallejo. Recuperado el 28 de Febrero de 2019, de

http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/7524/Garro_AJL.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Gomes, L. F. (2013). *JUSBRASIL*. Obtenido de Reincidencia como agravante de la pena: STF ignora jurisprudencia de la Corte Interamericana: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121931572/reincidencia-como-agravante-da-pena-stf-ignora-jurisprudencia-da-corte-interamericana>
- Gómez de Maya, J. (2011). Las penas restrictivas de la libertad ambulatoria en la codificación española (Tesis inédita). Murcia, España. Recuperado el 15 de Abril de 2019, de <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/38432/TJGDM.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Gómez Rivero, M. (2010). *Nociones fundamentales de Derecho Penal, parte general*. Madrid: Tecnos.
- González, C. (1988). *Teoría General de las Circunstancias modificativas de responsabilidad criminal*. Valencia: Universidad de Valencia.
- González Fuentes, C. G. (2007). *El derecho de alimentos desde la perspectiva de los derechos fundamentales*. Lima: Banco Mundial - Proyecto de mejoramiento de los servicios de justicia. Recuperado el 02 de Mayo de 2019, de http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/Alimentos_BM_101108.pdf
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. (2010). *Metodología de la Imvesyigación*. México D.F.: MCGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.
- Hoyos, A. (1996). *El debido proceso*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Themis.
- Hurtado Pozo, J. (1987). *Manual de Derecho Penal*. Lima: Eddili. Recuperado el 05 de Mayo de 2019, de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20080609_04.pdf
- INEI. (2019). *Informe Técnico de Seguridad Ciudadana*. Instituto Nacional de Estadística e Informática, Lima. Recuperado el 08 de Enero de 2019, de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_seguridad_ciudadana_enero2019.pdf
- INPE. (2018). *Informe Estadístico Penitenciario*. Lima: Instituto Nacional Penitenciario. Recuperado el 14 de Marzo de 2019, de <https://www.inpe.gob.pe/normatividad/estad%ADstica/1697-informe-diciembre-2018/file.html>
- Jescheck, H. H. (1993). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Granada: Comares.
- Jiménez de Asúa, L. (1964). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Losada.
- Jiménez de Asúa, L. (2001). *Crónicas del derecho penal en hispanoamérica (1949 a 1959)*. Mexico: Editorial Jurídica Universitaria.
- Josserand, L. (1952). *Derecho Civil*. Buenos Aires: Jurídicas Europa América.

- Kiss, A. (2015). Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo “adelantado”? *Revista para el análisis del Derecho*, 1(1), 1-26. Recuperado el 13 de Marzo de 2019, de <http://www.indret.com/pdf/1102b.pdf>
- Letelier, L., Manriquez, J., & Rada, G. (2005). Revisiones sistemáticas y metaanálisis: ¿son la mejor evidencia? *Revista médica de Chile*, 246-249.
- López Pérez, L. (2009). *Apuntes sobre la prevención especial o individual de la pena*. Lima: Universidad San Martín de Porres.
- Manzini, V. (1996). *Tratado de derecho penal*. Roma: El foro.
- Martinez de Zamora, A. (1971). *La reincidencia*. Murcia: Universidad de Murcia.
- Meini, I. (2014). *Lecciones de derecho penal - Parte general*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Mendez Costa, M. J. (2001). *Derecho de Familia* (Vol. III). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Mendoza Garay, A. (2018). Inconstitucionalidad de la reincidencia como circunstancia cualificada agravante de la pena. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, LXVIII(272), 597 - 625. Recuperado el 02 de Mayo de 2019, de <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/download/67582/59274>
- MIMP. (2011). *Situación del Derecho Alimentario: Avances y Desafíos*. Lima: Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social.
- Mir Puig. (1998). *Derecho Penal - Parte General*. Barcelona: Tecfoto.
- Mir Puig, S. (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A.
- Mir Puig, S. (2006). *Derecho Penal. Parte general* (7a ed.). Barcelona: Reppertor.
- MMDS. (2011). *Situación del Derecho Alimentario: Avances y Desafíos*. Lima: Dirección general de la familia y la comunidad. Recuperado el 20 de Noviembre de 2019, de <https://observatoriodelasfamilias.mimp.gob.pe/archivos/Infofamilia-2011-3.pdf>
- Monteiro, W. (2010). *Curso de direito civi: direito de familia*. (R. Tavares da Silva, Trad.) Sao Paulo: Saraiva.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2000). *Derecho Penal - Parte General*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Navas, I. (2015). Acción y omisión en la infracción de deberes negativos en derecho penal. *Scientific Electronic Library Online*, 10(20), 678-693. Recuperado el 13 de Marzo de 2019, de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v10n20/art08.pdf>
- NCPP. (29 de Julio de 2004). Nuevo Código Procesal Penal. Lima, Perú: Decreto Legislativo N° 957.
- Nikken, P. (1997). Sobre el concepto de Derechos Humanos. *Seminario sobre Derechos Humanos* (págs. 17 - 36). Habana: Instituto Interamericanos de Derechos Humanos.

- Operti Badan, D. (1988). *Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores*. Montevideo: El Instituto Interamericano del Niño .
- Oré Sosa, E. (26 de Mayo de 2008). El pasado criminal como factor de agravación de la pena. La reincidencia y habitualidad en la sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 00014-2006- PI/TC. Lima, Perú.
- Orrego Acuña, J. A. (2009). *Los alimentos en el Derecho Chileno*. Santiago: Editorial Metropolitana.
- Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M. (2014). *Tratado de Derechos de las Obligaciones* (2a ed., Vol. I). Lima: Thomson Reuters.
- Ovalle, j. (1996). *Teoría General del Proceso*. México D.F.: Producción Gráfica Mediterránea.
- Pedreira Gonzáles, F. (2004). *La prescripción de los delitos y las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2007). *Derecho Penal - Parte General: Teoría del Delito y de la Pena y sus Consecuencias Jurídicas*. Lima: Rodhas S.A.C.
- Pérez Luño, A. E. (2000). La seguridad Jurídica: Una garantía del derecho y la justicia. *Universidad de Sevilla*(15), 25 - 38. Recuperado el 02 de Mayo de 2019, de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-2000-15-48A09575/PDF>
- Pleno Jurisdiccional Distrital Penal 2018 (Corte Superior de Justicia del Callao 10 de Diciembre de 2018). Recuperado el 07 de Mayo de 2019, de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e87aad8048241e63916199a38f54faeb/penal+callao.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e87aad8048241e63916199a38f54faeb>
- Prado Saldarriaga, V. (1991). La Penas de la Reforma Penal. *Anuario de Derecho Penal*, 5(6), 89 - 90.
- Punte Rodríguez, L. (2013). Fundamento dogmático de la agravación por reincidencia. *RJUAM*, 2(26), 183-202.
- Quintero Olivares, G. (1996). *Curso de Derecho Penal - Parte General*. Barcelona: Cedecs Editorial S. L.
- Quiroz Papa de García, R. (2016). El Hábeas Data, protección al derecho a la información y a la autodeterminación informativa. *SciELO - Scientific Electronic Library Online*, 87(126), 23 - 49.
- Recuerda Girela, M. (2014). Los principios generales del derecho alimentario europeo. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 1(26), 167 - 190. Recuperado el 02 de Mayo de 2019, de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:REDUE-2014-26-6030/Documento.pdf>
- Reglamento de la CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de Noviembre de 2000). Recuperado el 08 de Mayo de 2019, de https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Reglamento_CorteIDH.pdf

- Reyes Ríos, N. (1999). Derecho alimentario en el Perú: propuesta para formalizar el proceso. *Revista de Derecho PUCP*, 773 - 801. Recuperado el 03 de Mayo de 2019, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/6433/6489>
- Rodriguez Mourullo, G. (1971). Aspectos críticos de la elevación de la pena en casos de multirreincidencia. En M. Gallegos Diaz , *El sistema español de determinación legal de la pena: estudio de las reglas de aplicación de penas del Código Penal* (pág. 530). Madrid: Ediciones ICAI.
- Roxin, C. (1990). *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas.
- Rubín Cortez, W. (2017). El factor socioeconómico como condicionante para la reincidencia en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria en los juzgados penales unipersonales de Huánuco. Periodo enero 2014-Noviembre 2015. Huánuco, Perú: Universidad de Huánuco. Recuperado el 02 de Marzo de 2019, de http://distancia.udh.edu.pe/bitstream/handle/123456789/667/T_047_22515229_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Rubio Correa, M. (2015). *Para conocer la Constitución de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio Correa, M. A. (2011). *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ruiz Perez, M. A. (2003). *El delito de Omisión a la asistencia familiar, reflexiones y propuesta para la mejor aplicación de la normativa que la regula*. Recuperado el 08 de Mayo de 2019, de Poder Judicial: http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C4-10_delito_omision_asistencia_familiar_210208.pdf
- Salinas Siccha, R. (2008). *Derecho Penal-Parte Especial*. Lima: Grijley.
- Sancinetti. (1991). *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Serrano Piedecabras Fernández. (1999). *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*. Lima: Gráfica Horizonte.
- Sokolich Alva, M. I. (2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano. *Vox Juris*, 25(1), 81 - 90. Recuperado el 02 de Mayo de 2019, de <http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/1083/1/5.pdf>
- Sozzo, M. (2008). *Inseguridad, prevención y policía*. Quito: FLACSO - Municipio metropolitano de Quito.
- STC 0003-2005 PI / TC, 0003 (Tribunal Constitucional Peruano). Recuperado el 13 de Abril de 2019, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00003-2005-AI%20Resolucion2.pdf>
- STC 0014 - 2006 PI/TC, 0014 (Tribunal Constitucional Peruano). Recuperado el 13 de Abril de 2019, de http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20080616_34.pdf

- STC 0019 - 2005 PI/TC (Tribunal Constitucional Peruano). Recuperado el 13 de Mayo de 2019, de <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00019-2005-AI.pdf>
- STC 0048-2004-PI/TC (Tribunal Constitucional Peruano). Recuperado el 13 de Mayo de 2019, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>
- STC 02079-2009-PHC/TC (Tribunal Constitucional Peruano). Recuperado el 16 de Abril de 2019, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02079-2009-HC.html>
- STC 150 / 1991, 150 (Tribunal Constitucional Español). Recuperado el 13 de Abril de 2019, de <https://tc.vlex.es/vid/15-p-ba-25-an-8-9-i-as-15356662>
- STC 4831-2005-PHC/TC, N° 4831-2005 (Tribunal Constitucional Peruano 08 de Agosto de 2005). Recuperado el 08 de Mayo de 2019, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04831-2005-HC.pdf>
- STC N.° 04944-2011-PA/TC, EXP. N.° 04944-2011-PA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 16 de Enero de 2012). Recuperado el 07 de Mayo de 2019, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/04944-2011-AA.html>
- STC N.° 3960-2005-PHC/TC, EXP. N.° 3960-2005-PHC/TC (Tribunal Constitucional Peruano 20 de Julio de 2005). Recuperado el 08 de Mayo de 2019, de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03960-2005-HC.html>
- STC N.° 0298-1996-AA/TC, Exp. N.° 0298-1996 (Tribunal Constitucional Peruano 03 de Abril de 1998). Recuperado el 08 de Mayo de 2019, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/00298-1996-AA.html>
- STC. N. 0 5303-2006-PHC/TC, 5303-2006-PHC/TC (Tribunal Consitucional Peruano 25 de Setiembre de 2006). Recuperado el 07 de Mayo de 2019, de <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/05303-2006-HC.pdf>
- STC. N.° 1014-2007-PHC/TC, EXP. N.° 1014-2007-PHC/TC (Tribunal Constitucional Peruano 05 de Abril de 2007). Recuperado el 07 de Mayo de 2019, de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01014-2007-HC.html>
- STS 3173/1987 (Tribunal Constitucional Español 06 de Abril de 1990). Recuperado el 08 de Mayo de 2019, de <https://supremo.vlex.es/vid/-414688334>
- Terrazos Poves, J. R. (2004). El Debido Proceso y sus Alcances en el Perú. *Derecho & Sociedad*, 1(23), 160 - 168. Recuperado el 07 de Mayo de 2019, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/download/16865/17174>
- Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia: La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Vaz Ferreira, C. E. (1963). *Lógica Viva (Adaptación práctica y didáctica) Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay* (Vol. Texto original 1910). Montevideo: Cámara de Representantes.
- Vega Rodríguez, P. (2018). Habitualidad al delito de omisión de asistencia familiar. Un estudio sobre la admisión del pago fraccionado de la reparación civil. Ayacucho, Perú:

Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga. Recuperado el 02 de Marzo de 2019, de http://repositorio.unsch.edu.pe/bitstream/handle/UNSCH/2690/TESIS%20D86_Veg.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Vidal Fueyo, C. (2005). El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez. *ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO*, 427 - 447. Recuperado el 22 de Noviembre de 2019, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21745.pdf>

Villa Stein, J. (2014). *Derecho Penal - Parte General*. Lima: Ara Editores E.I.R.L.

Villavicencio Terreros, F. (1990). *Lecciones de Derecho Penal - Parte General*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores.

Von Liszt, F. (1917). *Tratado de Derecho Penal*. (L. Jiménez de Asúa, & Quintiliano Saldaña, Trads.) Madrid: Editorial REUS.

Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Editar.

Zaffaroni, R. E. (2003). *Manual de Derecho Penal, Parte General* (6a ed.). Buenos Aires: Ediar.

Anexos

ANEXO N.º 1. Consulta Exp. N.º 13825 - 2015 del Santa

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

**CONSULTA
EXP. N.º 13825 - 2015
DEL SANTA**

Lima, veintitrés de marzo
de dos mil dieciséis.-

VISTOS; y con el acompañado, **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Es materia de consulta la sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa, mediante resolución número trece, de fecha cinco de agosto de dos mil quince, obrante a fojas doscientos catorce, que aplicando el control constitucional difuso previsto en el artículo 14º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, *inaplica* al caso concreto el inciso 3 del artículo 57º del Código Penal, por incompatibilidad constitucional.

SEGUNDO: Debe entenderse por control constitucional a aquel mecanismo que verificará si las leyes contradicen a la Constitución en la forma o el fondo; y hablamos de control de legalidad, cuando se verificará si las normas de menor jerarquía contravienen a normas con rango de ley. Sin embargo, tanto el control de constitucionalidad y de legalidad de las normas jurídicas comprenden la protección de los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Carta Magna, en el marco de un régimen democrático de gobierno.

TERCERO: Siendo esto así, en la doctrina y en la legislación comparada existen dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas; uno de ellos originario del sistema *Common law* norteamericano, conocido como *Judicial Review*, y que en nuestro medio se le identifica como *control difuso*; este modelo se remota en sus inicios a lo resuelto por el Juez Marshall en el Caso *Marbury vs Madison*¹ en Estados Unidos de Norteamérica en el año mil ochocientos tres; en este caso se señala que todos los jueces y todos los tribunales deben decidir en los casos concretos que le sean sometidos de conformidad con la Constitución, *inaplicando* la ley que contraviene a ella. El otro, de origen europeo continental, conocido como el sistema de *Control*

¹ALEJANDRO AMAYA, Jorge: "Marbury Vs Madison" – Sobre el Origen del Control Judicial de Constitucionalidad, 1ª Edición, Rosario Ediciones AVI SRL, 2013, pág. 113
(...) "De tal modo, la terminología especial de la Constitución de los EE.UU., confirma y enfatiza el principio, que se supone esencial para toda constitución escrita, de que la ley repugnante a la Constitución es nula, y que los tribunales, si como los demás poderes, están obligados por ese instrumento"

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA**

Concentrado; doctrina autorizada atribuye su creación a las ideas, vinculadas a la famosa pirámide jurídica, promovidas desde mil novecientos veinte por Hans Kelsen, con la Constitución de Austria, perfeccionada con la Constitución de mil novecientos veintinueve; la característica relevante de este sistema es que deja el control de la constitucionalidad de las leyes en manos de un solo órgano o tribunal ad hoc, con facultad de expulsar del ordenamiento jurídico a éstas cuando contravienen la Constitución, por el fondo o la forma; en este modelo dicho órgano constitucional actúa como legislador negativo.

CUARTO: La Constitución peruana -vigente desde mil novecientos noventa y cuatro- ha adoptado el **sistema mixto de control constitucional**; ello significa que existe instalado en nuestra estructura jurídica constitucional no solo el control en abstracto de la constitucionalidad de las normas con rango de ley, el que se ejerce a través de un órgano constitucional autónomo –Tribunal Constitucional²;- con el poder de decidir cuándo una ley o norma con rango de ley es incompatible en todo o en parte con la Constitución, sea por la forma o por el fondo; sino que además se ha autorizado a los jueces ordinarios –del Poder Judicial- a efecto que ejerzan el control sobre la constitucionalidad de las normas legales en las causas que de manera específica se ventilan ante sus despachos.

Bajo este contexto, debemos entender que el *Control Difuso* de la constitucionalidad de las leyes, es competencia de cualquier órgano jurisdiccional del Poder Judicial, sin importar la especialidad; siendo que la ley no dejará de estar vigente, y solo se inaplicará al caso litigioso. Pudiéndose entender que este modelo, solo se aplicará en una controversia específica, real y concreta, es decir, se aplica a un proceso instaurado, y cuya decisión judicial de inconstitucionalidad, no puede ni va más allá de los límites del proceso mismo; es por ello que se puede asegurar que los efectos de la aplicación de este control solo afectará y/o traerá consecuencias jurídicas a las partes vinculadas al proceso, por ende no es *erga omnes*.

²Art. 201 de la actual Constitución Política del Estado, establece que: "El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente...".

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA**

QUINTO: De la misma manera, corresponde entender que la *Consulta* es una institución procesal de orden público, que viene impuesta por la ley, que no es en esencia un recurso sino un mecanismo procesal a través del cual se impone al órgano jurisdiccional el deber de elevar el expediente al superior y a éste el de efectuar el control de la constitucionalidad de la resolución dictada en la instancia inferior.

SEXTO: En tal sentido, tratándose de una consulta por incompatibilidad de una disposición constitucional y otra norma de inferior jerarquía, el artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial³ ha establecido que cuando los Jueces de cualquier especialidad, al momento de resolver, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; previéndose que respecto de las resoluciones en las que se haya efectuado el control constitucional las mismas deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas.

SÉPTIMO: Sin embargo, este control constitucional debe ejercerse como *última ratio*, dado que no puede soslayarse la función legislativa que le asigna la Constitución al Congreso de la República, pues por tal hecho las leyes promulgadas se presumen constitucionales, y se entiende que deben guardar estrecha armonía entre sí, así como con la Carta Magna; tal presunción acompaña de igual modo a los demás procedimientos de creación legislativa reconocidos por la Carta Política.

OCTAVO: Bajo este contexto, una de las manifestaciones del carácter eminentemente excepcional que distingue a la prerrogativa del control difuso se

³Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.

Artículo 14.- De conformidad con el Art. 138 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA**

encuentra prevista en el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual declara: "Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución" (subrayado agregado).

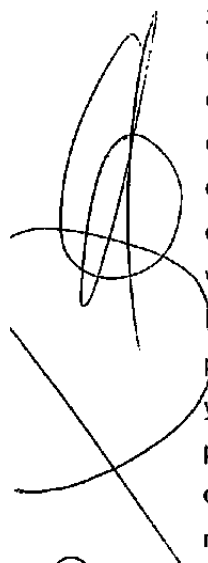
NOVENO: En virtud a lo dispuesto por este precepto constitucional, la decisión de optar por la inaplicación de una disposición legal solo puede ser adoptada por el órgano jurisdiccional –en la solución de una controversia– cuando no sea posible desprender de ella una interpretación que para el caso concreto guarde armonía con el texto constitucional o, como lo denomina la doctrina, una interpretación conforme a la Constitución; puesto que, de ser posible para el órgano jurisdiccional desprender del texto legal objeto de análisis una interpretación de este tipo, deberá limitarse únicamente a optar por ella –descartando las interpretaciones que resulten contrarias a los valores constitucionales–, sin afectar para el caso concreto la eficacia de la ley.

DÉCIMO: Al respecto, es preciso tener en cuenta que la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última *ratio*, razón por la cual no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario, en atención a la trascendencia que esta decisión implica, el juzgador deberá tener en cuenta que, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el solo hecho de haber sido expedidas por el Órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa, siguiendo para el efecto, todo un proceso de formación de la ley, que es conocido en la doctrina como el "*iter legislativo*", están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto, *a priori* se presume que todas las leyes son constitucionales y que éstas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental; por esta razón, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha previsto que la inaplicación de una norma legal, solo


*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA**

puede ser viable cuando no sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución.



UNDÉCIMO: En el caso de autos, se aprecia de sus antecedentes que al condenado Roberto Vicente Pérez Díaz se le siguió un proceso de alimentos; en dicho proceso mediante resolución número cinco, obrante en copias certificadas a fojas treinta y nueve -que contiene la sentencia de fecha treinta de enero de mil novecientos noventa y ocho-, se ordena al citado Pérez Díaz cumpla con pagar mensualmente a favor de su menor hija la suma de ciento veinte Nuevos Soles (S/.120.00) y a favor de su cónyuge la suma de ochenta Nuevos Soles (S/.80.00); el mencionado obligado incumplió con efectuar los pagos oportunamente, pese a estar debidamente notificado en su domicilio real y procesal; tal hecho dio lugar a que el órgano jurisdiccional a cargo del citado proceso, expida la resolución número sesenta y cuatro, obrante en copias certificadas a fojas cuarenta y cuatro, de fecha nueve de julio de dos mil trece; mediante dicha resolución se aprueba la liquidación de pensiones alimenticias devengadas en la suma de tres mil seiscientos cincuenta y tres Nuevos Soles con sesenta y dos céntimos (S/.3,653.62), correspondiente al periodo que va de enero del dos mil doce a junio del dos mil trece; dicha liquidación debidamente aprobada, le fue válidamente notificada, en su domicilio real como en el procesal; pese a ello, el obligado -ahora condenado-, mantuvo su incumplimiento, absteniéndose de abonar las respectivas pensiones mensuales, como la suma aprobada por devengados; tal actitud, renuente al pago de las pensiones alimenticias adeudadas, constituye delito de Omisión a la Asistencia Familiar, previsto en el artículo 149°, primer párrafo, del Código Penal; dicha norma sanciona la conducta del sujeto agente que no cumple con pagar su obligación de prestar alimentos establecidas mediante una resolución judicial firme, imponiendo dicho dispositivo legal una pena privativa de libertad no mayor de tres (3) años.



DUODÉCIMO: La sentencia objeto de consulta considera que el supuesto previsto en el inciso 3 del artículo 57° del Código Penal que señala: *El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos*

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA**

siguientes: (...) 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.", debe ser inaplicado en tanto que la pena privativa de libertad efectiva para el presente caso- no asegura que pueda generar una verdadera prevención en el futuro; siendo que para los alimentistas puede generarse el riesgo de que se limiten las posibilidades de que el imputado pueda continuar cumpliendo con sus pensiones alimentarias; al respecto, se acota que el imputado ya cumplió con la obligación alimentaria por lo cual no habría objeto que asegurar por lo que el medio (la pena privativa de libertad efectiva) no resulta idóneo para cumplir los objetivos ni finalidad que pretende sino que puede resultar todo lo contrario, pues encontrándose privado de libertad impedirían al obligado a agenciarse de recursos económicos que le permita cumplir con sus obligaciones alimenticias, por las que precisamente sería condenado; con lo cual la aplicación de dicha norma al caso concreto no supera el subprincipio de idoneidad del conocido test de proporcionalidad; se indica que tampoco satisface el de necesidad, en tanto que existe una medida igualmente satisfactoria menos gravosa como es la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena; menos el test de proporcionalidad en sentido estricto, por cuanto no supera el perjuicio que puede causarse al mismo bien jurídico que se pretende tutelar.

DÉCIMO TERCERO: *Atendiendo a los fundamentos de la sentencia materia de consulta, esta Sala Suprema conviene precisar que según el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad importa tres subprincipios o elementos: "1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada. 2. Subprincipio de necesidad. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se*

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA**

analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental. 3. Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental" (Sentencia N° 0048-2004-P/I/TC, fundamento sesenta y cinco).

DÉCIMO CUARTO: Ahora bien, de lo actuado en estos autos tenemos que, conforme a los alcances del artículo 149° del Código Penal, el imputado Roberto Pérez Díaz fue condenado a tres (3) años y seis (6) meses de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres (3) años bajo reglas de conducta por delito de incumplimiento de obligación alimentaria; al respecto, corresponde mencionar que, como se precisa en la sentencia materia de consulta, el imputado ha cumplido con la obligación alimentaria que fue objeto del proceso de alimentos y por el que fue procesado, conforme puede apreciarse de los pagos presentados en el juicio oral; asimismo se tiene que si bien el imputado cometió el mismo ilícito anteriormente, sin embargo en dichos procesos también ha cumplido con su obligación conforme a los depósitos presentados en autos; esto es, que sobre los hechos por los que ha sido procesado el imputado pone de manifiesto proseguir a dar cumplimiento con su deber de prestar alimentos a favor de los agraviados; no obstante ello, la medida adoptada por los órganos jurisdiccionales de mérito –Juzgado y Sala Superior Penales- de intervenir en la estructura legal vigente en materia penal a efecto de declarar en la sentencia condenatoria materia de consulta la suspensión de la ejecución de la pena, pese a la expresa prohibición legal contenida en el artículo 57° inciso 3 del Código Penal dada la condición de habitual del condenado, conforme lo prevé el artículo 46-C de la misma norma penal –conforme queda establecido en el fundamento diez de la sentencia de vista-, se considera justificada en aplicación de la norma constitucional de proporcionalidad.

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA**

DÉCIMO QUINTO: ¿Se justifica constitucionalmente, en el caso de autos, la intervención del órgano jurisdiccional de inaplicar el artículo 57° inciso 3 del Código Penal? En ese escenario, examinando los hechos acontecidos y el derecho aplicado por la instancia superior, resulta menester efectuar el respectivo estudio del test de proporcionalidad, a efecto de establecer si la intervención de los órganos jurisdiccionales se ajusta a los requerimientos de proporcionalidad, que exige la última parte del artículo 200° de nuestra Norma Constitucional, así como la de poner a buen recaudo los derechos del niño a percibir sus alimentos, en el marco de la protección del interés superior del niño y el adolescente, conforme se expone en la sentencia materia de consulta; al respecto, se tiene que la norma penal inaplicada, en virtud de la cual se restringe el derecho del condenado a obtener una suspensión de la pena impuesta, tiene como finalidad la de impedir que quienes son reincidentes o habituales, por su peligrosidad y riesgo a la seguridad ciudadana, circulen por las calles o entre las personas poniendo en riesgo la seguridad e integridad física o moral, o el patrimonio de éstas; por lo que al privársele de su libertad se aseguraría tranquilidad ciudadana, y se permitiría –en abstracto- una resocialización del condenado; sin embargo tal finalidad no resulta aplicable en el presente caso particular, pues la privación de la libertad impediría al condenado la oportunidad de agenciarse de medios económicos necesarios para cumplir con el deber legal y judicial de acudir con sumas de dinero a su menor hija para su manutención; resultaría contrario al propósito de la propia sanción penal impuesta; por el contrario se pondría en riesgo la integridad de la menor hija del condenado, quien se vería privada de la posibilidad de contar con medios que le permitan su alimentación; es notorio que la pena privativa de libertad efectiva de por sí conllevaría en autos a que el imputado se encuentre limitado de seguir con el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de los agraviados, lo que conduce a que el medio o la pena citada como efectiva no fomentaría el cumplimiento del objetivo o lo que se pretende tutelar, de lo que se colige que –como lo ha determinado el *Ad quem*- la ejecución de la pena privativa de libertad efectiva no satisface el sub principio de idoneidad; con la citada conclusión arribada sería suficiente para que quede plenamente

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA**

justificada la inaplicación de la norma penal sub análisis; no obstante el análisis de los otros sub principios corroboran lo expuesto líneas arriba; efectivamente se observa que la aplicación de la norma penal citada no supera el test de necesidad, en el presente caso en particular, por cuanto existe otras medidas que pueden lograr lo que en abstracto se pretende con ella, esto es, que pueda seguir cumpliendo con su obligación alimentaria, ya que para alcanzar el objetivo que se pretende existen otras medidas que no resultan limitativas, como lo es la suspensión de la ejecución de la pena efectiva por la de reglas de conducta por un periodo de prueba; por último, tenemos que la norma en estudio –inciso 3 del artículo 57° del Código Penal- tampoco satisface –para el presente caso- el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, pues en el balance del costo y beneficio que resulta de aplicar la citada norma restrictiva, el daño sería mayor en este caso particular, que el beneficio que se pretende lograr; pues la pena privativa de libertad efectiva interviene de manera grave en el derecho del niño y adolescente a percibir alimentos, pues de la comparación de la medida efectiva y el derecho fundamental que se compromete con el medio (pena) resulta afectado el interés superior del niño que propugna la Constitución.

DÉCIMO SEXTO: En consecuencia, al no satisfacer la aplicación de la norma bajo análisis el test de proporcionalidad en este caso particular, esta Sala Suprema considera que en el caso de autos se ha presentado un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables al caso *sub litis*, de un lado, la norma constitucional que reconoce como un derecho fundamental de la persona el interés superior del niño –artículo 3° de la Constitución Política del Estado-, que las medidas restrictivas del derecho fundamental guarden razonabilidad y proporcionalidad y, de otro, la norma contenida en el inciso 3 del artículo 57° del Código Penal, sin que sea posible obtener una interpretación de esta última norma que guarde armonía con el texto constitucional.

DÉCIMO SÉPTIMO: En tal sentido, al advertirse que la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

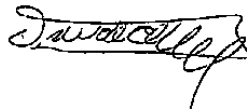
**CONSULTA
EXP. N° 13825 - 2015
DEL SANTA**

inaplicarse la primera y preferirse esta última, corresponde aprobar la consulta formulada.

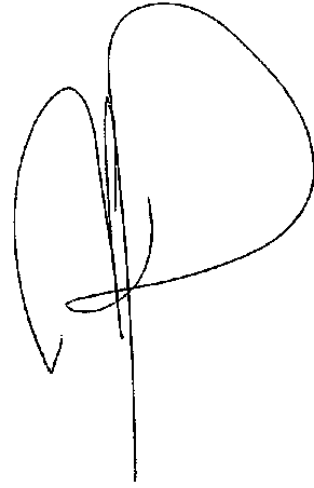
Por estas consideraciones: **APROBARON** la sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa, mediante resolución número trece, de fecha cinco de agosto de dos mil quince, obrante a fojas doscientos catorce, que **INAPLICA** al caso concreto el inciso 3 del artículo 57° del Código Penal; en los seguidos por Gianella Arline Pérez Vilchez y otra contra Roberto Vicente Pérez Díaz, sobre Omisión a la Asistencia Familiar; y los devolvieron. **Juez Supremo Ponente: Lama More.-**

S.S.


WALDE JÁUREGUI



LAMA MORE



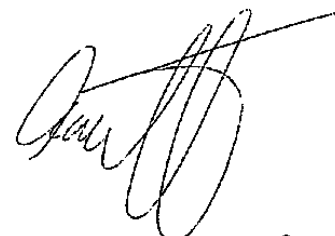
VINATEA MEDINA



RUEDA FERNÁNDEZ



TOLEDO TORIBIO



Pfa/Oaa

Dr. PEDRO FRANCIA JULCA
SECRETARIO
Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema
de Justicia de la República

ANEXO N.º 2. Pleno Jurisdiccional Distrital Penal 2018 – Corte Superior del Callao



PODER JUDICIAL DEL PERÚ
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CALLAO

CONCLUSIONES DEL PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL PENAL - 2018

La Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Distrital con sede en la ciudad del Callao, presidida por la señora Magistrada Dra. Rosa Ruth Benavides Vargas, deja constancia de que luego de llevado a cabo el debate de cada uno de los temas sometidos al Pleno, los señores Magistrados participantes, han arribado a las conclusiones que se exponen a continuación:

TEMA N° 01:

LA SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN DE LA PENA COMO PRESUPUESTO DE REINCIDENCIA

En la praxis judicial se observa que la suspensión de la ejecución de la pena, regulada en el artículo 57° del Código Penal, es considerada como presupuesto para aplicar la figura de la reincidencia, establecida en el artículo 46°-B del Código Penal. Sin embargo, la reincidencia tiene como premisa principal que el sujeto haya cumplido en todo o en parte una pena (se considera pena: privativa de la libertad, restrictiva de libertad, limitativa de derechos y multa), y no la suspensión de la ejecución de la pena.

PROBLEMA:

¿PUEDE CONSIDERARSE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA, ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 57° DEL CÓDIGO PENAL, COMO UN PRESUPUESTO PARA QUE EL JUEZ PUEDA APLICAR LA REINCIDENCIA, REGULADA EN EL ARTÍCULO 46°-B DEL CÓDIGO PENAL?

Primera Postura:

Si puede considerarse la suspensión de la ejecución de la pena como una condena a computar para que el juez pueda aplicar la reincidencia.

Segunda Postura:

No puede considerarse la suspensión de la ejecución de la pena como un presupuesto que implique su consideración para que el juez pueda aplicar la reincidencia.

- 1. GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, la Dra. Rosa Ruth Benavides Vargas, Presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los

señores Magistrados Relatores de cada Grupo de Trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

Después de haber escuchado la participación de cada uno de los relatores se advierte que **POR MAYORÍA** los Grupos N° 01, 02, 03 y 04 concluyeron que, no puede considerarse la suspensión de la ejecución de la pena como un presupuesto que implique su consideración para que el juez pueda aplicar la reincidencia.

El voto en minoría sostuvo que sí puede considerarse la suspensión de la ejecución de la pena como una condena a computar para que el juez pueda aplicar la reincidencia.

2. **VOTACIÓN:** Concluido el debate plenario, la Presidenta de la Comisión de Acto Preparatorios, Dra. Rosa Ruth Benavides Vargas, invitó a los señores jueces Superiores, Especializados y de Paz Letrado participantes a emitir su voto respecto a las dos posiciones propuestas, siendo el resultado el siguiente:

Por la posición número 01: 02 votos

Por la posición número 02: 31 votos

Abstenciones: 00 votos

3. **CONCLUSIÓN PLENARIA:** El Pleno adoptó **POR MAYORÍA** la segunda postura que enuncia lo siguiente:

“No puede considerarse la suspensión de la ejecución de la pena como un presupuesto que implique su consideración para que el juez pueda aplicar la reincidencia”.

TEMA 02:

APLICACIÓN DE LAS SALIDAS ALTERNATIVAS EN EL DELITO DE LESIONES LEVES SI LA VÍCTIMA ES MUJER

Se ha podido advertir en las audiencias de requerimiento de incoación de proceso inmediato respecto al delito de lesiones leves contra una mujer, que a pesar que el Representante del Ministerio Público, el imputado y la parte agraviada logran arribar a una salida alternativa, llámese principio de oportunidad y/o terminación anticipada, estas deban ser desestimadas por el Juez y procederse a la remisión del caso al Juzgado Unipersonal para el Juicio respectivo, puesto que la ley tácitamente prohíbe arribar a acuerdos reparatorios en estas investigaciones penales.

PROBLEMA:

¿PROCEDEN LAS SALIDAS ALTERNATIVAS (EL ACUERDO REPARATORIO O PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y/O TERMINACIÓN ANTICIPADA) EN EL DELITO DE LESIONES LEVES, SI LA VÍCTIMA ES MUJER Y HA SIDO LESIONADA POR SU CONDICIÓN DE TAL, ORIGINADA POR LA MODIFICATORIA DE PENA Y DEMÁS

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN REALIZADA AL ARTÍCULO 122° DEL CÓDIGO PENAL POR LA LEY 30364?

Primera Postura

Sí, procede el acuerdo resarcitorio entre el Ministerio Público y las otras partes procesales, mediante la aplicación del acuerdo reparatorio, principio de oportunidad y/o terminación anticipada en el delito de lesiones leves, cuando la víctima es mujer y ha sido lesionada por su condición de tal.

Segunda Postura

No procede acuerdo alguno en el delito de lesiones leves, cuando la víctima es mujer y ha sido lesionada por su condición de tal.

1. **GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, la Dra. Rosa Ruth Benavides Vargas, Presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores Magistrados Relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

Después de haber escuchado la participación de cada uno de los relatores se advierte que **POR MAYORÍA** los Grupos N° 01, 02, 03 y 04 concluyeron que, sí procede el acuerdo resarcitorio entre el Ministerio Público y las otras partes procesales, mediante la aplicación del acuerdo reparatorio, principio de oportunidad y/o terminación anticipada en el delito de lesiones leves, cuando la víctima es mujer y ha sido lesionada por su condición de tal.

El voto en minoría sostuvo que no procede acuerdo alguno en el delito de lesiones leves, cuando la víctima es mujer y ha sido lesionada por su condición de tal, pero que debería evaluarse en cada caso en concreto.

2. **VOTACIÓN:** Concluido el debate plenario, la Presidenta de la Comisión de Acto Preparatorios, Dra. Rosa Ruth Benavides Vargas, invitó a los señores jueces Superiores, Especializados y de Paz Letrado participantes a emitir su voto respecto a las dos posiciones propuestas, siendo el resultado el siguiente:

Por la posición número 01: 26 votos

Por la posición número 02: 07 votos

Abstenciones: 00 votos

3. **CONCLUSIÓN PLENARIA:** El Pleno adoptó **POR MAYORÍA** la primera postura que enuncia lo siguiente:

“Sí, procede el acuerdo resarcitorio entre el Ministerio Público y las otras partes procesales, mediante la aplicación del acuerdo reparatorio, principio de oportunidad y/o terminación anticipada en el delito de lesiones leves, cuando la víctima es mujer y ha sido lesionada por su condición de tal”.

TEMA 03:

ALCANCES DE LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA POR LA EDAD

Necesidad Judicial de establecer los alcances en la aplicación de la Responsabilidad Restringida por la edad respecto a la comisión de los delitos que califican de muy graves conforme a lo preceptuado en el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal.

PROBLEMA:

LA EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA POR LA EDAD EN LOS DELITOS QUE CALIFICAN DE MUY GRAVES ¿DEBE SER INTERPRETADA CONFORME A LO INDICADO EN EL ACUERDO PLENARIO N° 4-2016/CIJ-116, ESTO ES, RESULTA INCONSTITUCIONAL Y NO DEBE APLICARSE O EL JUEZ DEBERÁ RESOLVER EN CADA CASO EN CONCRETO PUDIENDO APLICAR OTRAS ATENUANTES Y/O INTERPRETACIONES?

Primera Postura:

La exclusión de la aplicación de la responsabilidad restringida por la edad en los delitos que califican de muy graves debe ser interpretada conforme a lo indicado en el Acuerdo Plenario N° 4-2016/CIJ-116, esto es, resulta inconstitucional y no debe aplicarse.

Segunda Postura:

La exclusión de la aplicación de la responsabilidad restringida por la edad en los delitos que califican de muy graves deberá resolverse en cada caso en concreto pudiendo aplicar otras atenuantes y/o interpretaciones.

- 1. GRUPOS DE TRABAJO:** En este estado, la Dra. Rosa Ruth Benavides Vargas, Presidenta de la Comisión de Actos Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores Magistrados Relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas preliminarmente, conforme se detalla a continuación:

Después de haber escuchado la participación de cada uno de los relatores se advierte que **POR MAYORÍA** los Grupos N° 01, 02, 03 y 04 concluyeron que, la exclusión de la aplicación de la responsabilidad restringida por la edad en los delitos que califican de muy graves debe ser interpretada conforme a lo indicado en el Acuerdo Plenario N° 4-2016/CIJ-116, esto es, resulta inconstitucional y no debe aplicarse.

El voto en minoría sostuvo que la exclusión de la aplicación de la responsabilidad restringida por la edad en los delitos que califican de muy graves deberá resolverse en cada caso en concreto pudiendo aplicarse otras atenuantes y/o interpretaciones

- 2. VOTACIÓN:** Concluido el debate plenario, la Presidenta de la Comisión de Acto Preparatorios, Dra. Rosa Ruth Benavides Vargas, invitó a los señores jueces Superiores, Especializados y de Paz Letrado participantes a emitir su voto respecto a las dos posiciones propuestas, siendo el resultado el siguiente:

Por la posición número 01: 25 votos

Por la posición número 02: 05 votos

Abstenciones: 03 votos

3. **CONCLUSIÓN PLENARIA:** El Pleno adoptó **POR MAYORÍA** la primera postura que enuncia lo siguiente:

“La exclusión de la aplicación de la responsabilidad restringida por la edad en los delitos que califican de muy graves debe ser interpretada conforme a lo indicado en el Acuerdo Plenario N° 4-2016/CIJ-116, esto es, resulta inconstitucional y no debe aplicarse”.

Callao, 10 de diciembre de 2018

Dra. Rosa Ruth Benavides Vargas

Presidencia de la Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Distrital - 2018
Corte Superior de Justicia del Callao