



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD Y SERVICIOS COMUNITARIOS PARA
LOS DEUDORES ALIMENTARIOS Y SU CONVENIENCIA PARA EL INTERÉS
DE LOS HIJOS ALIMENTISTAS**

(Propuesta legislativa)

**TESIS PARA OPTAR AL TITULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

PRESENTADO POR:

Bach. Karol Oshin Valderrama Meléndez

ASESOR:

Enrique Castro Cuba Barineza PhD.

CUSCO – PERU

2016



DEDICATORIA

A mis padres quienes guiaron mi camino, con todas sus enseñanzas, inculcándome valores y respeto por los demás; gracias a ellos he aprendido que uno tiene que luchar por lo que realmente quiere; a nunca rendirse, a seguir adelante.

A mis hermanos y familia por su apoyo constante y consejos; en especial a Karina quien ha demostrado mucha fuerza y coraje para salir adelante; siendo un ejemplo de perseverancia, convirtiéndose así en el pilar más importante de mi carrera profesional.

A José Luis, por tu apoyo, comprensión y amor incondicional.



AGRADECIMIENTO

Quiero dejar constancia de mi gratitud ante todo a la Universidad Andina del Cusco, que me ha permitido continuar estudiando hasta obtener mi título profesional y poder continuar mi vida profesional.

Agradecer también a todos mis docentes quienes a lo largo de estos años me educaron con sus enseñanzas jurídicas y morales a diario en esta etapa de mi vida, en especial al Dr. Enrique Castro Cuba Barineza por su paciencia y sabiduría gracias a su ayuda se pudo realizar este trabajo de investigación.



RESUMEN

Aportando una alternativa al conocimiento jurídico, se pone a consideración el proyecto de tesis universitaria titulada: “PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD Y SERVICIOS COMUNITARIOS PARA LOS DEUDORES ALIMENTARIOS Y SU CONVENIENCIA PARA EL INTERÉS DE LOS HIJOS ALIMENTISTAS”. Esta investigación responde a la necesidad, principalmente, el de establecer la conveniencia de sancionar a los deudores alimentarios con la pena limitativa de prestación de servicios alimentarios en lugar de la utilización de penas privativas de libertad pues se consideramos que la pena privativa de libertad no es la más adecuada pues vulnera varios derechos como son de libertad, salud, dignidad, igualdad, trabajo y derechos financieros. Finalmente con los objetivos específicos se pretende determinar si eliminar la pena privativa de la libertad, contenida en el Art. 149 del Código Penal Peruano, para los deudores alimentarios y preservar los servicios comunitarios de estos, constituye una medida que favorece los intereses de los hijos alimentistas. En ese sentido, la investigación está estructurada en cuatro capítulos: el capítulo primero es referente al problema de investigación, el mismo que aborda el planteamiento y formulación del problema, objetivos, justificación y delimitación del estudio. El capítulo segundo trata sobre el marco teórico, antecedentes de investigación, bases teóricas, sistema de hipótesis y variables de estudio. El capítulo tercero es referente a los argumentos utilizados para la realización de esta propuesta legislativa pues parte de lo expuesto se colegir que favorece al reo y al menor alimentista la utilización de la pena limitativa de prestación de servicios comunitarios pues no vulnera los derechos de deudor alimentario y evita el contagio criminal además no genera gastos para el estado la reclusión del deudor alimentario

PALABRAS CLAVE: Pena Privativa de la libertad, pena limitativa de prestación de servicios comunitarios, deudor alimentario.

**ABSTRACT**

Providing an alternative to legal knowledge, the university thesis project entitled "PRIVATIVE PENALTY OF FREEDOM AND COMMUNITY SERVICES FOR FOOD DEBTORS AND ITS CONVENIENCE FOR THE INTEREST OF THE FOOD CHILDREN" is proposed. This research responds to the need, mainly, to establish the convenience of sanctioning food debtors with the limiting penalty of the provision of food services instead of using custodial sentences because we consider that the custodial sentence is not The most appropriate because it violates several rights such as freedom, health, dignity, equality, work and financial rights. Finally, the specific objectives are to determine whether to eliminate the custodial sentence, contained in Article 149 of the Peruvian Penal Code, for maintenance debtors and to preserve community services, constitutes a measure that favors the interests of the children Food. In this sense, the research is structured in four chapters: the first chapter refers to the research problem, which addresses the approach and formulation of the problem, objectives, justification and delimitation of the study. The second chapter deals with the theoretical framework, research background, theoretical bases, hypothesis system and study variables. The third chapter refers to the arguments used for the realization of this legislative proposal since part of the above is inferred that favors the inmate and the minor child the use of the limiting penalty of provision of community services because it does not violate the rights of debtor food And prevents the criminal contagion in addition does not generate expenses for the state the imprisonment of the debtor alimentary

KEY WORDS: Privative punishment of freedom, limiting penalty of provision of community services, debtor alimentary.



INDICE

DEDICATORIA..... ii

AGRADECIMIENTO iii

RESUMEN iv

ABSTRACT v

CAPITULO I..... 1

1. ASPECTOS METODOLOGICOS 1

Planteamiento del Problema 1

1.1 Formulación del Problema 6

1.1.1 Problema principal 6

1.1.2 Problemas secundarios..... 6

1.2 Objetivos de la investigación 7

1.2.1 Objetivo general..... 7

1.2.2 Objetivos específicos 7

1.3 Justificación de Investigación. 8

1.4 Metodología aplicada al estudio..... 9

1.4.1 Diseño metodológico 9

1.4.2 Unidad de estudio 10

1.5 Técnicas e instrumentos de recolección de Datos..... 10

1.5.1 Técnicas 10

1.6 Hipótesis de trabajo 11

1.7 Categorías de estudio..... 11

CAPITULO II..... 12

2. MARCO TEORICO..... 12

SUBCAPITULO I..... 12

2.1 LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD Y SU TRATAMIENTO JURIDICO
DOCTRINAL 12

2.1.1 Definición de la pena privativa de la libertad 12

2.1.2 Reseña histórica de la pena privativa de la libertad 19

2.1.3 Orígenes de la pena privativa de la libertad 25

2.1.4 Crisis de la pena privativa de libertad 26

2.1.5 Derechos vulnerables en aplicación de la pena privativa de libertad 32



- 2.1.6 Sustitución de la pena privativa de la libertad.....34
- SUBCAPITULO II39
- 2.2 PENAS LIMITATIVAS DE DERECHOS: PRESTACION DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD.....39
 - 2.2.1 Definición de Pena Limitativa de derecho39
 - 2.2.2 Definición de la prestación de servicios a la comunidad.....43
 - 2.2.3 Fundamentos y origen de la prestación de los servicios a la comunidad ...50
 - 2.2.4 Finalidad de la Prestación de servicios a la comunidad50
 - 2.2.5 Características de la prestación de Servicio a la Comunidad.....53
 - 2.2.6 Naturaleza jurídica de la Prestación de Servicio de la comunidad57
- SUBCAPITULO III59
- 2.3 DEUDOR ALIMENTARIO.....59
 - 2.3.1 Definición De Omisión de Asistencia Familiar59
 - 2.3.2 La penalización del incumplimiento alimentario62
 - 2.3.3 Fuentes del derecho alimentario63
 - 2.3.4 Características del derecho a los Alimentos64
 - 2.3.5 Posibilidad Del Obligado..... 70
 - 2.3.6 Deudores alimentarios71
 - 2.3.7 Relación de los deudores alimentarios con los hijos.....73
- CAPITULO III.....75
- 3. RESULTADO DE LA INVESTIGACION: ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA MODIFICACION DEL ART. 149 DEL CODIGO PENAL PERUANO75
 - 3.1 Situación actual de la penalidad impuesta a los deudores alimentarios en el Perú 75
 - 3.2 Argumentos basados en el interés de los hijos alimentistas.....76
 - 3.2.1 Ruptura del vínculo familiar.....76
 - 3.2.3 Estigmatización social del niño79
 - 3.2.4 Afectación a la autoestima y al desarrollo psicológico del hijo alimentista 80
 - 3.2.5 Afectación en el rendimiento escolar del hijo alimentista82
 - 3.3 Argumentos basados en la dignidad e interés del deudor alimentista.....82
 - 3.3.1 Criminalización del deudor alimentario84
 - 3.3.2 Imposibilidad de acceder a una actividad laboral remunerada conforme a su condición o habilidad profesional84
 - 3.3.3 Estigmatización social.....85



3.3.4	Afectación a su salud física y mental.....	87
3.4	Propuesta legislativa.....	88
CONCLUSIONES.....		92
RECOMENDACIONES.....		94
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....		95



CAPITULO I

1. ASPECTOS METODOLOGICOS

Planteamiento del Problema

Actualmente la situación penitenciaria en el Perú se encuentra en crisis pues vemos que la delincuencia se incrementa día a día; y las instituciones públicas (INPE, Ministerio Público, Poder Judicial) no se abastecen para poder brindar soluciones de forma eficaz y eficiente; al contrario, su aplicación es muy lenta y engorrosa debido a muchos factores como son: la excesiva carga procesal, el alto número de la población carcelaria, el bajo presupuesto económico que se le brinda; teniendo como consecuencia la necesidad de aplicar nuevas alternativas en lugar de la pena privativa de libertad; dando prioridad a casos que no contengan actos delictivos graves como es el caso de omisión de asistencia familiar.

Situación que preocupa pues del análisis del último informe estadístico penitenciario 2016¹; podemos colegir que el número total de la población penitenciaria es de 96,304 entre establecimientos penitenciarios (79,976) y

¹ INFORME ESTADISTICO JULIO – 2016 Instituto Nacional Penitenciario



establecimientos libres (16,328). De los que se encuentran en los establecimientos penitenciarios 38,079 son procesados y 41,897 son sentenciados.

La población penal en la ciudad de Cusco es un total de 4,125 varones y 314 mujeres; entre ellos 1,921 varones han sido procesados y 2,399 se encuentran sentenciados; en el caso de las mujeres 119 tienen condición de procesadas y 195 condición de sentenciadas. Si hablamos de la ocupación carcelaria en la región del Cusco en porcentajes tiene una capacidad de ocupación en un 226% entendiéndose de esta manera que exceden en un 126% existiendo sobrepoblación y en conformidad con el informe existe efectivamente hacinamiento carcelario.

Así específicamente en los casos de incumplimiento de la obligación alimentaria se presentan un total de 1,906 casos a nivel nacional y en la Ciudad de Cusco el número ha incrementado en un total de 24 en los últimos meses; situación alarmante pues en el informe estadístico penitenciario enero 2016² se advierte que los casos de Incumplimiento de Obligación Alimentaria en la ciudad de Cusco era un total de 16 y a la fecha ha incrementado en la mitad haciendo un total de 24 casos que vienen en aumento poniendo en riesgo el bienestar del deudor alimentario por lo expuesto en los párrafos siguientes.

² INFORME ESTADISTICO ENERO – 2016 Instituto Nacional Penitenciario.



En los casos de omisión de Asistencia Familiar conlleva al desamparo tanto a la madre como al menor alimentista vulnerando sus derechos y, no cumple con el fin de la pena que es la de rehabilitar al delincuente dicha situación crea la necesidad de buscar nuevas alternativas de solución inmediata que efectivamente cumpla con el fin resocializador mediante la utilización de medidas alternativas estamos hablando de las penas limitativas mencionadas sí en el Código Penal pero no aplicadas.

Además, sancionar puniblemente el acto del incumplimiento en la asistencia familiar es una medida extrema y no cumple desde mi punto de vista con el objetivo preventivo y represivo de la pena pues, no solo castiga al obligado quien será recluso sino castiga indirectamente al menor con la ausencia paterna y es más genera un gasto económico al estado, pues éste ocupara un lugar en el establecimiento penitenciario y se le brindara alimentos que beneficiosamente podría ser para otros reos que cometan ilícitos penales graves y que verdaderamente necesiten ser reclusos y rehabilitados además; de esta manera el padre que no cumple con prestar los alimentos será privado de su ambiente familiar, laboral, entorno social y su autonomía llevándolo así hasta al contagio criminal y veremos que no se cumple con el objetivo resocializador y preventivo al contrario veremos que estas personas en adelante podrían ser parte de algún grupo criminal por la convivencia que éste tuvo con los internos. Y además las cosas no acaban ahí el reo al momento de salir del centro penitenciario se encontrará con diversas taras sociales pues se le dificultará obtener algún puesto de trabajo por más simple que sea debido a sus



antecedentes penales, el menor o menores alimentistas serán víctimas de bullying en los colegios, barrios y demás por tener a su padre un este centro penitenciario, pues, la sociedad hoy día es cruel, juzga y señala sin saber a quién daña.

Este proyecto de investigación propone una alternativa para evitar el uso coercitivo de la pena privativa de libertad la cual debería ser aplicada en ultima ratio por una más simple y eficaz que es sancionar a los obligados que incumplen con asistir a su familia con la aplicación del servicio comunitario a través de la creación de proyectos regionales o municipales donde éste pueda cumplir con su sanción la cual está estipulado el artículo 149 del código penal pero que en la realidad nadie lo usa como es el servicio comunitario, debido que la falta de instituciones encargadas del manejo y cuidado para que se cumplan dicho servicio.

En conclusión, con la presente investigación no se pretende minimizar el Delito contra la familia, se entiende que, el que incumple o trata de evadir el cumplimiento de Asistencia Familiar trasgrede lo estipulado en el artículo 149° Código penal y por ende, merece un castigo pero analizando la problemática actual y el hacinamiento en el centro penitenciario de Q'eqoro la mejor alternativa definitivamente no sería la pena privativa de la libertad pues no solo aísla de la sociedad al individuo sino que como ya se explico puede que este mantenga malas influencias en el periodo de internamiento.



La utilización de la pena privativa de libertad en los hechos delictivos de menor gravedad es solo un reflejo de la mala utilización del sistema de penas en el país. Pues no es un secreto la mala organización penitenciaria ni la falta de recursos para el funcionamiento de estos. Ahora es momento de dejar atrás la utilización de la pena privativa de libertad; por una menos gravosa y efectiva: las penas limitativas que por cierto están reconocidas en el código penal peruano pero lamentablemente pocos son los magistrados que las han utilizado debido a la deficiente regularización de éstos y la desproporcionalidad en la sustitución de la pena privativa de libertad situación que también proponemos regularizar y aumentar como complemento las sanción de revocación de pena en caso de incumplimiento; estas son las razones las cuales motivaron la investigación; encontrar y sustentar los motivos y razones por las que si se debería de utilizar las penas limitativas en este caso la pena de prestación de servicios a la comunidad y por lo antes mencionado debería ser aplicado en los casos de omisión de asistencia familiar por ser este un delito menor y no peligroso para la sociedad y así quizá después de un análisis poder proyectar y aplicarlo en otros delitos menores que no ocasionen mayor riesgo para la sociedad.

Y de esta manera trataremos de establecer criterios que motiven a los magistrados para que puedan imponer estas medidas alternativas en lugar de la pena privativa de libertad.



1.1 Formulación del Problema

1.1.1 Problema principal

¿Eliminar la pena privativa de la libertad, contenida en el Art. 149 del Código Penal Peruano, para los deudores alimentarios y preservar los servicios comunitarios de estos, constituye una medida que favorece los intereses de los hijos alimentistas?

1.1.2 Problemas secundarios

1° ¿La prisión efectiva de libertad es el mejor correctivo para poder solucionar las deudas alimentarias?

2° ¿El alimentista se ve beneficiado con la reclusión del obligado?

3° ¿Se le resocializa efectivamente al obligado alimentista que cumple la prisión efectiva en un centro penitenciario?

4° ¿Qué ventajas para el hijo alimentista se derivan de la aplicación del servicio comunitario en lugar de la prisión efectiva del deudor alimentistas?



1.2 Objetivos de la investigación

1.2.1 Objetivo general

Determinar si eliminar la pena privativa de la libertad, contenida en el Art. 149 del Código Penal Peruano, para los deudores alimentarios y preservar los servicios comunitarios de estos, constituye una medida que favorece los intereses de los hijos alimentistas.

1.2.2 Objetivos específicos

1° Determinar si la prisión efectiva de libertad es el mejor correctivo para poder solucionar las deudas alimentarias.

2° Precisar si el alimentista se ve beneficiado con la reclusión del obligado.

3° Conocer si se le resocializa efectivamente al obligado alimentista que cumple la prisión efectiva en un centro penitenciario.

4° Identificar qué ventajas para el hijo alimentista se derivan de la aplicación del servicio comunitario en lugar de la prisión efectiva del deudor alimentistas.



1.3 Justificación de Investigación.

El presente proyecto de investigación se justifica por las siguientes razones:

- a) **Conveniencia.-** Es conveniente realizar esta investigación por tratarse de un problema social, que amerita interés a todos los ciudadanos debido a que se ve involucrado el bien jurídico de la libertad como pena en los casos del Delito de Omisión de Asistencia Familiar.
- b) **Relevancia social.-** Con la presente investigación se busca acabar con los problemas que viene suscitándose debido a la carencia de sistemas que brinden nuevas alternativas en vez de la utilización de la pena privativa de libertad la cual se debería imponer en ultima ratio.
- c) **Valor teórico.-** Con esta investigación lo que se pretende es que las personas no pasen por una situación igual, además que está centrado en presentar las razones por las cuales la aplicación y reajuste del servicio comunitario beneficiaria a la sociedad y no vulneraria los derechos del obligado pues este ya no ingresaría a un centro penitenciario como consecuencia de su incumplimiento pues se debe analizar que en varios casos no solo es la mera desobediencia sino además surgen diversos problemas como económicos, de salud no solo personales sino de las personas que cuentan con él y por estas circunstancias el obligado no paga los alimentos.



- d) **Utilidad metológica.-** Con la investigación se podría solucionar los casos de Omisión de Asistencia Familiar sin llegar a un encarcelamiento.

1.4 Metodología aplicada al estudio

1.4.1 Diseño metodológico

El diseño de la presente investigación se precisa en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 1

Enfoque de investigación	Cualitativo: Dado que nuestro estudio no está basado en mediciones estadísticas sino en el análisis y la argumentación respecto a la realidad materia de estudio.
Tipo de investigación jurídica	Dogmática propositivo: Según la clasificación del Dr. Jorge Witker. Nuestro estudio pretende establecer las razones suficientes para elaborar una propuesta legislativa en relación a las penas por incumplimiento de pago de la pensión alimenticia.

Fuente: Elaboración del autor



1.4.2 Unidad de estudio

La unidad de estudio de nuestra investigación está constituida por el tema de la utilización de los servicios comunitarios en el Delito de Omisión de Asistencia Familiar. El análisis de dicha unidad de estudio conlleva a concluir con una propuesta legislativa.

1.5 Técnicas e instrumentos de recolección de Datos

1.5.1 Técnicas

La técnica que hemos empleado en nuestro estudio es:

- **Análisis documental:** El análisis documental es un trabajo mediante el cual por un proceso intelectual extraemos unas nociones del documento para representarlo y facilitar el acceso a los originales. Analizar, por tanto, es derivar de un documento el conjunto de palabras y símbolos que le sirvan de representación.

En este amplio concepto, el análisis cubre desde la identificación externa o descripción física del documento a través de sus elementos formales como autor, título, editorial, nombre de revista, año de publicación, etc., hasta la descripción conceptual de su contenido o temática, realizada a través de los lenguajes de indización, como palabras clave o descriptores del tesoro.

1.6 Hipótesis de trabajo

ELIMINAR LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD, CONTENIDA EN EL ART. 149 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO, PARA LOS DEUDORES ALIMENTARIOS Y PRESERVAR LOS SERVICIOS COMUNITARIOS DE ESTOS, CONSTITUYE UNA MEDIDA QUE FAVORECE LOS INTERESES DE LOS HIJOS ALIMENTISTAS.

1.7 Categorías de estudio

Cuadro N° 2

Categorías	Sub categorías
Categoría 1° Pena Privativa de la Libertad	<ol style="list-style-type: none">1. definiciones2. origen y desarrollo3. crisis de la pena privativa de libertad
Categoría 2° Servicio Comunitario	<ol style="list-style-type: none">1. Definición2. Características3. Ventajas y desventajas
Categoría 3° Deudor Alimentario	<ol style="list-style-type: none">1. Definiciones2. Obligación de alimenticia3. Incumplimiento de la obligación alimenticia

Fuente: Elaboración por el autor



CAPITULO II

2. MARCO TEORICO

SUBCAPITULO I

2.1 LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD Y SU TRATAMIENTO JURIDICO DOCTRINAL

2.1.1 Definición de la pena privativa de la libertad

Terradillos (1994) sostiene que la pena privativa de la libertad es *“la pérdida de libertad ambulatoria de un penado mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario durante un tiempo determinado previamente por una sentencia judicial y ejecutada conforme a la legislación vigente de forma que favorezca la resocialización”*

Considero que la pena privativa de libertad no sólo está en crisis, sino que ha perdido legitimidad, pues de lo analizado podemos colegir que ha fracasado como instrumento de control social. Ya sea ejecutándola en las



mejores condiciones posibles (países europeos) o en las peores condiciones (países latinoamericanos), los resultados han sido siempre negativos. Nuestro país no ha sido la excepción a tan nefasto y paradójico destino.

Es más, la prisión en el Perú se ha convertido en el indicador más degradante en las carencias sociales y políticas de nuestro tiempo. El mismo autor también toma en consideración lo dicho por Hurtado pues éste no se equivoca cuando sostiene que la promulgación del Código de 1863 y la construcción de la Penitenciaría Central de Lima, han sido los más serios esfuerzos desplegados por el Estado para organizar un sistema penitenciario eficiente. Ya que de aquel entonces a la fecha la situación de nuestras cárceles ha ido deteriorándose de modo permanente, sin que ningún gobierno haya aplicado medidas adecuadas para superar los problemas que le afectan.

Entonces es importante buscar la aplicación de medidas sancionadoras aplicadas en delincuentes de poca peligrosidad como es el caso del deudor alimentario.

Cuello (1974), manifiesta que las penas privativas de libertad, *“son aquellas que consisten en la reclusión del condenado en establecimiento especial y bajo un régimen determinado”*.

No solo bajo un régimen determinado sino en condiciones determinadas ya que se le considera al recluso como un ser sin derecho o si los tiene, puede ser vulnerado sin que éste pueda reclamar algo. Es más dentro de la sociedad se cataloga al delincuente como un sujeto de cuarta categoría.



Mapelli (2005) opina que la pena es *“una institución de derecho público que limita un derecho a una persona física e imputable como consecuencia de una infracción criminal impuesta en una sentencia firme por un órgano judicial.”*

Además consideramos que en la actualidad la pena privativa de libertad es la más significativa y más grave del sistema penal, no tanto porque limita la libertad, el bien por excelencia en las sociedades, sino que también vulnera otros derechos como los de trabajo, salud, educación, familia entre otros.

Además consideramos en esta investigación que la pena privativa de libertad, se refiere a que ésta puede servir como medio preventivo para evitar que las personas delincan debido a que estas se van a sentir amenazadas por las consecuencias de la pena o, porque a través de la pena las personas podrían resocializarse y con esto evitar seguir delinquiendo; pero en el caso de la omisión de asistencia alimentaria no se habla de delincuentes o no se debería hablar con estos términos porque en la mayoría de casos de omisión de asistencia familiar los deudores alimentarios no poseen trabajo y tienen más de una persona a su cargo como en el caso de padres separados; la nueva familia también tiene que vivir con el poco sustento que el deudor alimentario percibe. Y en lugar de resocializarse este corre el riesgo del contagio criminal; es de este entender que se debería aplicar

Así mismo; la pena privativa de la libertad es la pérdida de la libertad ambulatoria, así como, en los casos más frecuentes, de otras libertades y



derechos como la expresión, la dignidad, la tranquilidad, la vida, la salud y la honra mediante un pronunciamiento de las autoridades judiciales de cada país, que no siempre requiere de las formalidades del debido proceso y que en casi todos los casos se realiza con el objeto de olvidar al reo y de fomentar nuevos delincuentes para la sociedad. (Gonzales, 2000)

El vínculo, transparente o no, que supuestamente existe entre el delito y la pena debe ser destruido en tanto que impide toda investigación acerca del significado autónomo de la historia de los sistemas punitivos. La pena no es una simple consecuencia del delito, ni su cara opuesta, ni un simple medio determinado para los fines que han de llevarse a cabo.

Por su parte Fernández (1993) comenta que la pena privativa de libertad *“implica quitarle a la persona éste bien tan preciado por un tiempo determinado, en proporción a la gravedad del hecho ilícito y a la culpabilidad del autor, supresión de la libertad que se impone por razones de utilidad.”*

Sobre esta definición, hay que aclarar no se mide la afectación que se le causa por un determinado tiempo; pues, por un periodo largo o corto si se llega a vulnerar varios derechos que a lo largo de nuestra tesis los hemos mencionado, por eso consideramos que la omisión de asistencia familiar es un delito con baja peligrosidad cuya sanción penal debe de tratarse con la aplicación de mecanismos sancionadores alternos al de la pena privativa como es el caso de la prestación de servicios comunitarios; cuya aplicación conserva un equilibrio con la paz social y el impacto que causa en el individuo.



La pena privativa de libertad aplicada al alimentante remiso, en su virtud de la legislación penal, no han dado el resultado esperado y, al contrario la disfuncionalidad de la familia anterior y también la actual, en los casos de padres separados ha aumentado y agravado ostensiblemente con la reclusión del obligado a prestar alimentos para cumplir con su condena, pues ha perdido su puesto de trabajo o no puede realizar su actividad laboral habitual y, como consecuencia directa e inmediata, no recibe la retribución que le reporte dinero suficiente para poder sustentar a su anterior familia, origen del problema y al que se agrega ahora la actual, agravándose la situación de dos familias y no solo de una, la del problema original-

Concordamos con lo expuesto por el autor anterior, ya que solo con la aplicación de la pena privativa de libertad agravamos la situación no solo del menor alimentista sino empeora la situación del deudor alimentario y colateralmente se le vulnera a la nueva familia si ese fuese el caso. Entonces se puede colegir que lo mejor es la utilización de penas alternativas y una mejor opción es la aplicación del servicio comunitario.

Según Muñoz (1998) “las llamadas penas privativas de libertad, consisten en la reclusión del condenado en un establecimiento penal (prisión, penitenciaría, reformatorio, etc.), en el que permanece en mayor o menor grado, privado de su libertad, y sometido a un determinado régimen de vida y por lo común sujeto a la obligación de trabajar.”



Se considera a la pena privativa de la libertad es la reina de todas las penas, cuyo fin es el restablecimiento del orden jurídico alterado por el delito mediante el castigo del culpable privándole de su libertad, teniendo también como objetivo la corrección del delincuente para que su conducta futura corresponda a una verdadera rectitud interna, rehabilitándolo para lograr su readaptación a la sociedad, cosa que en la actualidad no sucede.

Para Silva (2008) *“La privación de la libertad es un espacio en el que existe una situación de evidente control y autoridad sobre las personas. Desde el momento mismo en que una persona es detenida pasa a estar bajo la vigilancia y autoridad de quién lo resguarda. Esta circunstancia es la que coloca a la persona privada de la libertad en una situación de alta vulnerabilidad en la que sus derechos pueden ser violados o limitados”*.

En el momento exacto cuando se le vulnera el derecho de libertad del individuo este se coloca en un estado de sumisión, debido a varios factores como por ejemplo el poder que ejercen los encargados de su resguardo, lo que les hace más susceptibles para que se transgredan sus derechos con facilidad, contando únicamente con los derechos humanos como armas de protección, que permiten limitar el poder de quienes están por encima de ellos, garantizando de alguna forma la integridad personal de los internos que ante todo son seres humanos y que al igual que las demás personas requieren de la protección del Estado; otro factor será el comportamiento de los demás internos que solo se protegen a través de la ley del más fuerte pues por su lado trataran de ganar respeto dentro del centro penitenciario.



Bustos (1984), considera que *“la pena privativa de la libertad impone al condenado la obligación de permanecer encerrado en un establecimiento, la más de las veces carcelario. El penado pierde su libertad ambulatoria por un tiempo de duración variable”*.

De lo antes citado indicamos que la pena privativa de libertad, como su nombre lo dice priva al individuo de su libertad y lo somete a un específico régimen de vida, que en la mayoría de casos tiene un resultado negativo, pues se busca la rehabilitación del condenado siendo el Estado el garante de los derechos de las personas privadas de la libertad pero en la realidad no hay un efectivo ejercicio de tales derechos y menos de la rehabilitación de los reos, puesto que en los centros carcelarios lo que más ha habido son atentados a la dignidad de los sentenciados con todo tipo de arbitrariedad y abuso de poder quedando de lado la rehabilitación.

Para Hassemmer (1991) *“la pena privativa de libertad, no es otra cosa que una respuesta meramente simbólica, con ello se puede evidenciar que el Derecho penal tiende a ser cada vez más selectivo y estigmatizaste, en relación directa con la función simbólica que este cumple. Incluso se habla que el preso pasa a ser un ciudadano de segunda categoría, debido a la denigración de que es objeto a través de la pena privativa de libertad”*.

La pena privativa de libertad viene siendo objeto de innumerables críticas, todo ello se puede evidenciar en los múltiples intentos de conseguir la aplicación de sanciones “alternativas” a la pena de internamiento; pues



advertimos que la pena privativa de libertad es ineficaz y no obtiene el fin esperado al contrario corrompe a los condenados; por eso es recomendable aplicar otras medidas alternas a la de prisión preventiva de la libertad.

Bramont Arias (2008) sostiene que la pena privativa de libertad, consiste en privar de la libertad a una persona, entendiendo libertad al carácter ambulatorio, a la movilidad con que normalmente se desenvuelve la persona, siendo que esta medida se materializa cuando la persona ha cometido un delito considerado por el ordenamiento jurídico como grave. Por la pena privativa de libertad el sujeto activo del delito es internado físicamente en un local cerrado, que edifica el Estado por tiempo determinado y durante el cual debe someterse a un tratamiento específico para su posterior readaptación y reincorporación al seno de la comunidad. El Estado mediante esta pena segrega a todos aquellos asociados que con su quehacer conductual han quebrado las bases del contrato social, en tal sentido, la cárcel se convierte en una institución total, son pues unos muros que separan al penado de la sociedad libre.

2.1.2 Reseña histórica de la pena privativa de la libertad

Garrido (2000) indica que la privación de libertad estrictamente considerada como sanción penal, fue desconocida en el antiguo Derecho Penal y pertenece a un momento histórico muy avanzado, *“la pena privativa de libertad es una institución punitiva propia del Estado moderno que surge de la*



Revolución Francesa, especialmente sobre la base de una idea humanitaria, utilitaria y resocializadora”.

La República del Perú termina su proceso de independencia de España en 1824, cuando se produce la última batalla en la gesta independentista. Al firmarse el protocolo de Ayacucho (9 de diciembre de 1824), acabó el Virreinato Peruano, y comenzó el proceso de formación de la República. Dicho proceso duro muchos años, en los cuales reinaba la inestabilidad política y las luchas internas por el poder. Fue recién durante el primer gobierno de Ramón Castilla en que el Estado alcanzó un cierto orden, ya que anteriormente aún no se había comenzado con esa labor. Castilla entra al poder por elecciones populares en 1845, y comienza también la organización jurídica, porque aún nos regían leyes que provenían de las reales ordenanzas de la Corona Española.

El Perú de estos años se adscribe en lo que respecta a su sistema jurídico, a un tipo de sistema jurídico de influencia Europea Continental. Esta influencia no sólo se produce en el campo normativo, sino también en el aspecto económico, ya que el país se orienta hacia un sistema de producción capitalista no muy desarrollada sino muy por el contrario incipiente.

La fuerte influencia en el marco jurídico definitivamente es producto de una tradición heredada de España, la misma que tiene su origen en el sistema jurídico de Europa Continental.

Fue en el segundo gobierno de Castilla (1856) en que se empieza el proceso de creación del primer Código Penal Peruano. Este proceso fue aplazado



por la Nueva Constitución Liberal que se estaba preparando. Tal constitución no tuvo éxito, así que tuvo que ser cambiada por la Constitución Conservadora de 1860 (la de más larga data en la historia republicana del Perú, ya que se mantuvo vigente hasta 1920).

Fue durante el gobierno de Ramón Castilla que se promulgó el Primer Código Penal Peruano en el año de 1862. Fue en este cuerpo normativo en donde se hace referencia a la pena privativa de libertad. Dentro de la “Sección Cuarta” bajo el acápite “De las Penas”, en el “Titulo 1º”, se hace referencia a las penas previstas en aquel Cuerpo Normativo y su duración.

En su artículo 23º se hace mención en primer lugar, a las penas graves, y dentro de estas se incluyen la de penitenciaria, la de cárcel, la de reclusión, la de confinamiento, y la de arresto mayor. En segundo lugar, se hace mención a las penas leves, y dentro de estas la que interesa destacar es la de arresto menor. Asimismo, este Código deja muy claro en su artículo 25º que ni la detención ni la prisión de los procesados durante el juicio se reputará como pena.

Del análisis del artículo 28º se puede apreciar que entre la penitenciaria, la cárcel, la reclusión, el confinamiento, el arresto mayor y el arresto menor, sólo los diferencia el tiempo de la pena, y el lugar en el que se ejecuta la pena, tal como se verá a continuación.



En los artículos 71° y 72° se puede ver que las diferencias entre la pena de penitenciaria y las penas de cárcel y reclusión aparte del tiempo, son el lugar donde se ejecuta la sanción, en la primera se realiza en un Centro Penitenciario y en las segundas en la Cárcel. Otra diferencia está en lo que respecta al trabajo penitenciario, ya que al tenor de lo establecido en el Título 4° la pena de penitenciaria no permite el trabajo, mientras que para el caso de la pena de cárcel se impondrá trabajo. En lo que respecta a la reclusión podrá haber una elección del trabajo a realizar cuando no haya incompatibilidad con las disposiciones reglamentarias pertinentes (artículo 73°). En las otras penas tampoco hay imposición del trabajo penitenciario.

Debe quedar claro que dentro de la concepción de este Código no se considera al trabajo penitenciario como una forma de redención de pena, más bien parece ser que es concebido como parte de la pena, es decir, tiene el carácter de trabajo forzado. Con ello, se puede apreciar una cierta influencia de las concepciones penitenciarias de los sistemas *pennsylvanico* y *auburniano*, que se verá aún más clara en las penas previstas del siguiente Código Penal.

El Código Penal de 1862 tuvo una duración similar a la de la Constitución Conservadora de 1860, es decir, 62 años. En 1919 el Perú entra al gobierno más largo de su historia, 11 años de gobierno caudillista a cargo del presidente Augusto B. Leguía. Dicho presidente cambia la Constitución en 1920, y a los cuatro años promulga el Código Penal de 1924 que tuvo vigencia hasta la promulgación del Cuerpo Normativo de 1991.



En el Código Sustantivo de 1924 se establece en el “Titulo IV” bajo acápite de “Penas, medidas de seguridad y otras medidas” la regulación de la pena privativa de libertad. Se habla en el artículo 10° de las penas de internamiento, penitenciaria, relegación, y prisión. El artículo 11° señala que la pena de internamiento tiene carácter indeterminado y tiene como mínimo la aplicación de 25 años de pena en un Centro Penitenciario. Este régimen es muy parecido al descrito líneas arriba al hacer referencia a los regímenes de Auburn y Pennsylvania, ya que se caracterizaba por aislamiento celular continuo, trabajo obligatorio aislado durante el primer año, y después de ello el trabajo podrá ser colectivo. En el artículo 12° se hace referencia a la pena de penitenciaria que durará desde 1 año hasta 20 años, siendo el lugar de realización de la pena variable, ya sea en un Centro Penitenciario (llamado en el Código Penitenciaria Central) o en una Penitenciaría Agrícola o en una Colonia Penal. Al igual que en el Código de 1862, el Cuerpo Normativo en análisis establecía que el trabajo era obligatorio durante el primer periodo, que podría oscilar entre una semana y seis meses, así como el aislamiento celular. El trabajo que el interno realiza es el típico trabajo de los regímenes norteamericanos, es decir, refacción de caminos y carreteras públicos, edificación de edificios escolares, y en cualquier otra obra pública del Estado.

En este punto es claro que la ley penal no se aplicó en su totalidad ni hasta el momento de su derogación, ya que posteriormente los marcos Constitucionales (muy cambiantes en aquellos días) no permitieron los trabajos



forzados. Por lo que en este punto se produjo una derogación tácita de los trabajos forzados.

Al tenor del artículo en análisis se puede concluir que la Penitenciaría Central tenía un carácter más riguroso que la Penitenciaría Agrícola y la Colonia Penal, que en la práctica no se llegaron a aplicar. El artículo 13° señala que la Relegación podrá tener dos modalidades, una de naturaleza temporal indeterminada y la otra de naturaleza temporal fija, la primera se cumplirá en la Penitenciaría Central y la segunda se cumplirá alternativamente en una Penitenciaría Agrícola o en una Colonia Penal. El artículo 14° señala que la Prisión tendrá una duración de 2 días hasta 20 años, y podrá ser cumplida en una Penitenciaría Agrícola o una Colonia

Penal. El artículo 15° establece que cuando la Prisión se ejecute en la cárcel habrá necesariamente trabajo obligatorio a elección del penado. Debe quedar claro que, todas las disposiciones de este cuerpo normativo en lo referente a las diversas formas de aplicarse la privación de libertad quedó tan sólo en “letra muerta”, ya que nunca se implementó tales opciones, aplicándose todas ellas en un Centro Penitenciario sin mayor diferenciación.

En 1979, después de un periodo de dictaduras militares se sanciona la Constitución Política de 1979, en ella se hace mención expresa a la finalidad de la pena privativa de libertad, adscribiéndose a las ideologías RE, es decir, a la Teoría de la Prevención Especial Positiva. Por lo tanto, el Código Penal de 1924 quedó modificado ya que las diversas formas de privación de libertad pasaron a llamarse “Pena Privativa de Libertad”.



En 1991 después de una larga espera se promulga el Código Penal (actualmente vigente en el Perú), el mismo que se ajusta al marco legal establecido por la Constitución de 1979, y por tanto dicho Código establece claramente que la finalidad de la pena privativa de libertad es la resocialización. En 1993 se produce un cambio constitucional y se promulga la Constitución Política de 1993, la misma que en este punto no realiza ningún cambio, ya que también establece que la finalidad de la pena privativa de libertad es la resocialización. (Rodríguez, 1999)

2.1.3 Orígenes de la pena privativa de la libertad

El origen de la pena privativa de libertad es relativamente moderno. Aparece con el Estado liberal especialmente sobre la base de una idea humanitaria, utilitaria y resocializadora. Su humanitarismo radicaba en modificar la situación existente de tormentos, penas de galeras y en general, las de carácter corporal. Su utilitarismo en aprovechar para el Estado y para regular el mercado de trabajo, la mano de obra ociosa y marginal. Su resocialización consistía en disciplinar al campesino y al marginal para el trabajo en la fábrica (Melossi & Pavarini, 1985).

Para García (1987) el origen de la pena privativa de libertad como una institución definida y con características similares a la vigencia se encuentra en la Europa de los siglos XVI al XVIII; sin embargo, los lugares donde retener a la persona acusada o culpable de un delito han existido siempre, lo que han variado en el decurso progresivo del tiempo ha sido su concepción de los cepos de



exposición pública a la mazmorra subterránea y oculta, y hasta las modernas prisiones modelo.

Asimismo, para Hentig (1967) la pena privativa de libertad fue el nuevo gran invento social, intimidando siempre, corrigiendo a menudo, que debía hacer retroceder al delito, acaso derrotarlo, en todo caso encerrarlo entre muros.

2.1.4 Crisis de la pena privativa de libertad

Howard (1995) realiza un recorrido por diversas instituciones segregatorias de gran parte de Europa, en dicho peregrinaje constató la crisis que ya existía en la política del internamiento de aquellos años. Define aquellos centros de reclusión como lugares de concentración indiferenciada de toda marginalidad social, en donde se puede observar cuerpos sufrientes, abandonados a la pudrición, enfermedades.

Por lo expuestos nos mantenemos que la pena privativa de libertad no es el mejor correctivo ya que desde la antigüedad no ha cambiado mucho al contrario los centros penitenciarios se han ido degradando al pasar los años y por ende las instalaciones no son las adecuadas más bien ayudan al contagio de enfermedades, como la tuberculosis que es la enfermedad más común en los centros penitenciarios, problemas respiratorios por la humedad que existen en la celdas entre otros.

La crisis, vista desde el Derecho penal, es una contradicción que se expresa concretamente: en un no cumplimiento de los objetivos de prevención



de la actividad delictiva. Ciertamente es que esta contradicción se muestra mucho más aguda en la privación de libertad, pues en ella no sólo no se cumple con el objetivo de prevenir, sino se ha convertido en el mejor de los casos en un reproductor de antivalores (cultura carcelaria) y en el peor la prisión se transforma en reproductor o promotor del crimen (perfeccionando los medios y los modos de cometer delitos) y así en fuente generadora de las propias conductas que trata de evitar el Derecho. (Rodríguez, 2007).

A lo largo de nuestra investigación apreciamos que existe incongruencia con la finalidad de la pena privativa de la libertad pues como bien claro dice el autor que antecede indica que el fin es prevenir pero en los casos de omisión de asistencia familiar ocurre todo lo contrario en lugar de prevenir facilita el contagio criminal, pues al internar en un centro penitenciario al obligado; éste se envuelve en una situación caótica pues no solo ve suspendida su vida y proyectos que pudo tener en un futuro sino que se encuentra desesperado por conseguir dinero para pagar la deuda y seguir pagando las cuotas que vienen y por otro lado en el centro penitenciario es difícil conseguir algún ingreso que pueda solventar sus gastos, porque analizando la situación penitenciaria la mayoría de internos no trabaja en los talleres que brinda el penal pues por el mismo hacinamiento de los centros penitenciarios no hay lugares disponibles para los nuevos internos.



Cuello (1974), critica el excesivo alcance de la función de resocializadora de la pena, en cuanto a las diversas modalidades de sanciones penales, debido a que afirma que hay penas (la pena capital, la pecunia, la privación de libertad de corta duración) que por su naturaleza excluyen el fin reformador.

Además, objeta el excesivo alcance en cuanto a los diversos sentenciados, siendo que, según su criterio, asimismo, hay condenados que no necesitan ser reformados.

El mismo autor también menciona por su parte el hacinamiento, es una condición que agrava la crisis al generar las propias conductas que se pretenden evitar, pero ella no es resultado exclusivo del empleo de la privación de libertad ni de la pena en general, sino además de la prisión preventiva y esto atañe a otro orden del sistema penal, o a un momento distinto, anterior, a la pena pero resultado de la actuación del sistema penal.

Pues, hay penas que por su naturaleza excluyen el fin reformador, la pena capital, las pecuniarias, las privativas de derechos, incluso las privativas de libertad de corta duración que por su brevedad impiden desarrollar un tratamiento reeducador. Por otra parte, un gran número de delincuentes no desprovistos de moralidad y del sentimiento de la dignidad personal no necesitan ser reformados, como los que delinquen movidos por un fuerte ímpetu pasional respetable, o por imprudencia, o por ignorancia muchas veces excusable (como los que infringen la exuberante e intrincada legislación en materia económica y fiscal), los delincuentes políticos, cuando son efectivamente impulsados por móviles de esta índoles, etc. De modo diverso, otros delincuentes no son, o no



parecen, asequibles a un régimen reformador, en particular los criminales habituales y profesionales, y aun no pocos que, no obstante delinquir por primera vez son en extremos peligrosos por su inclinación al delito, como los denominados delincuentes por tendencia.

Así pues, masas enormes de delincuentes o por no estar necesitados de tratamiento reeducativo, o por no ser considerados como refractarios al mismo, escapan a la actuación reformadora, que sería superflua o ineficaz para ellos.

(Chang Kcomt, 2013) Como se aprecia, la parte general del Código Penal contempla gran diversidad de clases de pena, dentro de las que la pena privativa de libertad constituye la menos favorable de cara a los fines preventivos que la pena debe cumplir según el marco constitucional. Sin embargo el legislador, al momento de determinar el marco abstracto de la pena de los delitos de la Parte Especial, recurre con mayor frecuencia a la clase de pena que menos favorece a la resocialización; es decir, recurre a la pena privativa de libertad, lo que evidencia que el peruano es un código carcelario en el que se llega a absurdos, como el dejar elegir al juez (al momento de la individualización judicial de la pena concreta) entre imponer una pena privativa de libertad o una pena de multa. No es concebible una pena alternativa que permita elegir al juez entre multa o cárcel, en tanto es obvio que, a la luz de los criterios preventivos de la pena, se tendría siempre que elegir la primera.



Lo cierto es que la prisión nunca logró los resultados esperados en aplicación de los mecanismos de la justicia ni tampoco logró, en la mayoría de los casos, la resocialización de los penados. Es que el establecimiento tradicional cambia radicalmente las condiciones de vida. De decidir el hombre su propia forma de actuar y distribuir su tiempo, pasa a un sistema en el cual todo está regimentado; hasta las funciones fisiológicas, que deben tener lugar en determinado momento del día y no en otro.

La prisión no solo altera los la forma de pensar del individuo; también, unifica las actitudes de los seres con los que se rodea, más específicamente con los compañeros de celda. Obliga a una convivencia no deseada; corta toda iniciativa individual. Anula los vínculos con el mundo exterior, con la familia, con los amigos, hace perder el empleo o la ocupación, privando de los ingresos del jefe al grupo familiar. Crea un submundo interno en el que hay dominadores y dominados, incrementa las tendencias delictivas constituyéndose en un factor criminógeno de primer orden. Y en definitiva el rencor en un momento estalla en sublevaciones cruentas.

Como indica Abad (2004) casi desde sus inicios, “la pena privativa de libertad fue blanco de duros cuestionamientos, los cuales apuntaban ya sea a su grado de aplicación, a las consecuencias de su ejecución, al incumplimiento de sus finalidades o a sus efectos. Se viene anunciando como noticia de última hora la crisis de la prisión; unos buscando perfeccionarla, mientras- otros buscan abatirla o sustituirla”.



La crítica que refiere el autor podemos resumirlas en sus efectos nocivos en el que lo sufre y su fracaso como medio de resocialización. Pero cabe aclarar que los argumentos contra la pena de prisión están bastantes difundidos por importantes autores que los han analizado en profundidad como los que ya estamos mencionando.

Y por su parte Tocora (1990) califica a la pena privativa de libertad *“como una atmosfera violenta y pestilente, pues las prisiones se han convertido en centros de hacinamiento y reclusión de seres humanos que se degradan”*.

Aquí también podemos colegir lo expuesto por el autor pues no se logra la resocialización al contrario degradamos al obligado alimentista quien no merece ser recluso y tratado como un delincuente.

Por su parte Cordova (1977) sostiene que la crisis actual de la pena privativa de la libertad y la tendencia a buscar penas sustitutivas que se logren adecuar mejor a los fines del Estado moderno, en especial para las penas cortas privativas de libertad que aparecen como las más nocivas para el desarrollo personal y la dignidad del sujeto, por eso el postulado re socializador debe entenderse en la dirección de la búsqueda de alternativas a la prisión, ya que una resocialización mediante la cárcel es una contradicción de principios, pues no se puede educar para la libertad, precisamente privando de libertad.

Asimismo, la resocialización resulta cuestionable, ya que no se puede determinar a qué tipo de sociedad, ni tampoco hasta qué punto puede intervenir el Estado en la conciencia del sujeto, ni cuáles son los valores cuestionados.



Como indica Torres (2010) son pocos los órganos jurisdiccionales que recurren a los servicios a la comunidad como pena alternativa, pese a que la misma norma contiene esta modalidad de sanción, cuando resultaría lo más recomendable puesto que los omisos aducen por lo general no tener empleo alguno, y en esta situación resulta más beneficioso para la comunidad como para ellos mismos que brinden sus servicios los fines de semana.

2.1.5 Derechos vulnerables en aplicación de la pena privativa de libertad

A) Derecho a la vida y la integridad:

La relevancia del derecho a la vida y la salud corren parejas con los riesgos de que ambos se vean agredidos a lo largo de la ejecución de la pena.

La salud penitenciaria sigue siendo sensiblemente más frágil que la de la sociedad libre y la escasa atención que se le presta y las dificultades de prevenir graves enfermedades en un espacio tan sanitaria e higiénicamente erosionado como un centro penitenciario, todavía aumentan los riesgos de que los internos sufran algún episodio más o menos grave contra su vida o su salud.

Como ya indicamos una de las enfermedades más comunes son tuberculosis y problemas respiratorios las cuales sin una intervención temprana hasta puede llegar a la muerte.

**B) Derecho a la salud:**

En los centros penitenciarios no se cumple con las condiciones mínimas de salubridad y en la actualidad la atención médica no se acomoda a las necesidades de los internos tanto los programas como los instrumentos no son suficientes y el traslado de los enfermos para que sean objeto de tratamiento externo es deficiente y muy demorado.

Las enfermedades infectocontagiosas predominan entre las enfermedades que padece la población carcelaria. En el caso de VIH/SIDA las cuales se transmiten por diversos motivos los cuales pueden ser por relaciones sexuales, violaciones, hasta por el consumo de drogas dentro del centro penitenciario.

C) Derecho al trabajo

En relación con el derecho al trabajo es importante anotar que su tratamiento legal difiere del trabajo del hombre libre y, por tanto no le es aplicable en toda su extensión lo dispuesto por el Código de trabajo, en principio el trabajo de los reclusos es una prestación de servicios de naturaleza civil de en la cual no existe propiamente relación de subordinación y por tanto no hay contrato de trabajo.

Y verificando la situación actual de los centros penitenciarios no existen muchos talleres donde se puedan desarrollar el recluso debido al hacinamiento carcelario y la corrupción dentro del centro penitenciario.

D) Derecho a la igualdad

Sí éste derecho se encuentra estipulado por la constitución ninguna persona, ni siquiera los reclusos, pueden ser sometidos a ningún tipo de discriminación, por razón de sexo, edad, raza, origen nacionalidad o familiar, lengua religión, opinión política o filosófica.

Entonces podemos colegir que el derecho a igualdad se ve vulnerado tanto dentro y fuera del penal pues los reclusos sufren la discriminación por parte de quienes resguardan el orden dentro del penal, debido a que estos no los tratan con respeto es más abusan de la situación dominante y dominado.

2.1.6 Sustitución de la pena privativa de la libertad

La sustitución de las penas en general constituye una respuesta político-criminales frente a la ineficacia de algunas penas, frente a los propósitos que busca el Derecho Penal, a través de ellas, particularmente de la pena privativa de libertad.

La sustitución de la pena privativa de libertad, busca encontrar medidas alternativas que la sustituyan fundamentalmente por sus efectos nocivos, particularmente en caso de las penas de larga duración y evitar las de corta duración que, desde una perspectiva político-criminal racional, resultan inidóneas, por tanto no recomendables. En efecto respecto de la pena privativa de libertad se han vertido una serie de críticas, cuestionamientos unos más agudos que otros, “... el criticismo en este punto afecta precisamente a la pena



más importante y extendida del sistema jurídico-penal, cuál es, la pena privativa de libertad, objeto de ininterrumpidos ataques desde diferentes posiciones, que han problematizado desde su naturaleza, esencia, fines y función, hasta su misma existencia y sentido político criminal” (Cobo, 1990).

Según Chang (2013) la sustitución implica el cambio de la pena de prisión por otra pena que haga percibir al condenado el daño de su acción, pero evitando la cárcel. En el Perú, al amparo del artículo 52 del Código Penal, se puede convertir o sustituir la pena privativa de libertad por las siguientes penas: multa, prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres y vigilancia electrónica personal. Sin embargo, el legislador establece ciertas diferencias en función de la duración de la pena privativa que sea impuesta al condenado. Así, tenemos:

- 1) Las penas de prisión no mayores de dos años se pueden sustituir multas.
- 2) Las penas de prisión no mayores a cuatro años se pueden sustituir por prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres, a razón de un día de prisión por un día de multa y de siete días de prisión por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres.



- 3) Las penas de prisión en general por la vigilancia electrónica personal, a razón de un día de prisión por un día de vigilancia electrónica personal.

Al respecto, cabe mencionar que el artículo 52 del Código Penal peruano establece que la sustitución de la pena puede ser dispuesta por el juez en los casos en los que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio; no obstante ello, deberían darse más facilidades para la sustitución que para la suspensión de la pena. La multa es la mejor alternativa a la prisión (sobre todo en sociedades capitalistas y consumistas), en la medida en que exista un buen sistema que permita calcularla de forma eficiente en función de la condición económica del condenado.

Al respecto, debe tenerse en cuenta la gravedad del delito y la capacidad económica del sujeto activo; pero en el presente caso no sería la más adecuada pues si la pena es impuesta debido a que el deudor alimentario se encuentra en esta posición es debido a que no posee la posibilidad adecuada entonces insistimos que la mejor y más efectiva pena alternativa que se puede aplicar es la de prestación de servicios alimentarios ya que no solo ayudara a la comunidad sino también no alejara al deudor alimentario con su familia y se reducirá la posibilidad del contagio criminal y no se le vulnerará los derechos antes descritos.

Si no se implementa un sistema que permita conocer con certeza estas variables, no se cumpliría realmente con la función preventiva de la pena. Una



multa bien calculada puede ser una alternativa a la prisión y, en países como el Perú, incluso puede servir como criterio adicional para determinar las pensiones alimenticias solicitadas en los juzgados de familia.

Ahora bien, para concebir a la multa como un real sustituto de la pena privativa de libertad, es imprescindible dejar de considerarla como un acompañamiento a la pena de prisión para convertirla en una alternativa. Esto, en el Perú, solo será viable en la medida en que el legislador deje de considerar a la pena de prisión como una pena conjuntiva a cualquier otro tipo de sanción, lo que en la práctica no acontece. Para lograr este objetivo será necesario contar con un buen sistema de cuantificación de ingresos, considerando que, por más malo que sea el sistema de cuantificación, nunca será más costoso que la infraestructura de un centro penitenciario. De igual forma, deberá tomarse en cuenta para su imposición la proporcionalidad, en tanto una multa desproporcional devendría en un despropósito a la luz del marco constitucional. En relación con la sustitución por trabajo en beneficio de la comunidad, cabe mencionar que es adecuado de cara a la función preventiva de la pena, en tanto permite que las personas aprendan de su delito.

El problema es que se tarda mucho en cumplirse, por lo que una persona podría no llegar a ver nunca sus antecedentes penales cancelados. Además, debe contar con la aceptación del condenado, en caso contrario, se estarían vulnerando sus derechos. Ello obliga a los jueces a que esta pena siempre sea impuesta de forma alternativa con otra pena, como la multa.



En el Perú, existen diversos delitos que contravienen lo señalado, en tanto contemplan como única sanción la prestación de servicios comunitarios. Un claro ejemplo es el artículo 163 del Código Penal peruano, que sanciona únicamente con 20 a 52 jornadas la supresión o extravío indebido de correspondencia. En este caso, la aceptación o no del condenado resulta irrelevante, pues no es posible imponerle una sanción alternativa. Por ello, a la luz del marco constitucional, los tipos penales que solo contemplan como sanción el trabajo en beneficio de la comunidad deben ser modificados incorporándoles una pena adicional, como por ejemplo la multa.

Conforme lo señala el artículo 53 del Código Penal peruano, previo apercibimiento judicial, la conversión quedará revocada en los casos en los que el condenado no cumpla injustificadamente con el pago de la multa o la prestación del servicio asignado a la jornada de limitación de días libres, debiendo ejecutarse la pena privativa de libertad fijada en la sentencia. En esos casos, la pena cumplida será descontada de la privativa de libertad a razón de un día de multa por cada día de privación de libertad, o una jornada de servicio a la comunidad, o una de limitación de días libres por cada siete días de pena privativa de libertad. En igual sentido, en caso que el condenado cometa, dentro del plazo de ejecución de la pena convertida, un delito doloso sancionado con pena de prisión no menor de tres años, también se le revocará la conversión automáticamente, estableciéndose ello en una nueva sentencia condenatoria



(previo descuento del tiempo de la parte convertida ejecutada: artículo 54 del mismo cuerpo legal).

SUBCAPITULO II

2.2 PENAS LIMITATIVAS DE DERECHOS: PRESTACION DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD

2.2.1 Definición de Pena Limitativa de derecho

En principio, todas las penas son limitativas o restrictivas de derechos la pena privativa de libertad y la multa limitan el ejercicio de los derechos de libertad y de propiedad. No obstante, cuando se habla de penas "limitativas" las sanciones aludidas son las que no afectan la libertad, sino otros derechos como el del ejercicio profesional o de la participación en la vida política del país. En ese sentido, el prototipo de las penas limitativas de derechos es la inhabilitación. (Prado, s/f)

Como menciona Rosas (2013) las penas limitativas están consideradas en los artículos 31° al 40° del Código Penal. Estas sanciones punitivas limitan el ejercicio de determinados derechos económicos, políticos y civiles, así como el disfrute total del tiempo libre. Son de tres clases: Prestación de servicios a la comunidad (variante especial del trabajo correccional en libertad), limitación de



días libres (el condenado sólo debe internarse en un centro carcelario por periodos breves que tienen lugar los días sábados, domingos o feriados) e inhabilitación (incapacidades suspensiones que pueden imponerse a un condenado).

Por su parte Velez (1995), señala que las penas limitativas de derecho fueron introducidas en el sistema de penas sin que exista una idea clara sobre sus posibilidades de desarrollo en nuestro país. La recepción de instituciones como la pena de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres estuvo motivada esencialmente por la búsqueda de sustitutos a la pena privativa de libertad de corta duración.

Según Ariel Doti citado por Prado Saldarriaga (s/f) manifiesta que "Son notables las perspectivas que ahora se abren en cuanto a las penas restrictivas de derechos y a la pena de multa. En cuanto a las primeras, la prestación de trabajo en favor de la comunidad, la interdicción de derechos y la limitación del fin de semana, traducen los intereses de defensa social y las exigencias de la comunidad jurídica que desde hace muchos años viene sustentando la necesidad de adopción de alternativas para la pena privativa de la libertad cuando el hecho fue de menor gravedad, o las condiciones personales de su autor así lo recomiendan. Tales penas, por tanto, son necesarias y suficientes para prevenir y suprimir el crimen y no trazan la marca de degradación social como ocurre con la prisión".



Todo lo contrario, identificándose con el sentido democrático de la pena criminal moderna, las restricciones de derecho contribuyen decisivamente para que no se margine al condenado y para que la sanción penal sea también utilitaria.

Así mismo, manifiesta Prado (s/f) considera a las “penas limitativas como aquel conjunto de procedimientos y mecanismos normativos que tienen como función común la de eludir o limitar la aplicación o la ejecución de penas privativas de la 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 como instrumentos de despenalización y su sustento se encuentra en la experiencia criminológica que demuestra que las penas de encarcelamiento de corta duración resulta estigmatizante y negativas para el condenado y por tanto contraproducentes ya que además atentan contra el principio de humanidad de las penas, por lo que, en todos los sistemas jurídicos, se ha buscado reemplazarlas por estos mecanismos alternativos, uno de ellos es justamente el que es materia de nuestro estudio como es el de la prestación de servicio a la comunidad”.

Y por su lado Navarro (s/f) considera como primer problema que ha de enfrentarse en la revisión de estas penas es el de su denominación. El título adoptado para denominarlas no resulta muy funcional para dar cuenta de su contenido. Al regularlas como una categoría independiente de las penas



privativas y restrictivas de libertad, el legislador asume que existe una diferencia cualitativa entre los bienes jurídicos afectados con estas penas. Sin embargo, no existe una frontera claramente delimitada entre la afectación de la libertad y la de los derechos. La primera es concebida como un sinónimo parcial del término derecho.

La libertad constituye una facultad natural que tiene toda persona de obrar de una manera o de otra o de abstenerse de obrar. Los derechos, en su acepción subjetiva, no vienen a ser sino los instrumentos establecidos por el ordenamiento jurídico para ejercerla. En consecuencia, la privación o la restricción de la libertad, mediante la imposición de una pena, es igualmente una forma de privar o limitar el ejercicio de un derecho.

Independientemente de este problema formal, lo cierto es que la introducción de la pena de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, así como la ampliación de los alcances de la inhabilitación responde a la necesidad de encontrar alternativas a la pena privativa de libertad.

En este sentido, el legislador señala que “los elevados gastos que demandan la construcción y sostenimiento de un centro penitenciario, obligan a imaginar nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectiva”. A esta ventaja de orden financiero, se agregan otras inherentes a su ejecución no carcelaria: mantenimiento del condenado en el sistema social (disminución de riesgos de



perdida de la socialización), utilidad de la prestación o actividad desarrolladas por el condenado (generación de beneficios sociales), disminución o neutralización de las condiciones generadoras del ilícito (prevención de acuerdo con la situación), concentración de esfuerzos en el tratamiento de los delincuentes llamados residuales (racionalización de objetivos).

2.2.2 Definición de la prestación de servicios a la comunidad

Navarro (s/f) manifiesta que la prestación de servicios a la comunidad consiste en una pena de prestación de determinadas horas de trabajo no remunerado y útil a la comunidad, durante el tiempo libre. Respecto a las características de esta pena cabe hacer algunas precisiones. Primero, el contenido de la prestación realizable por el condenado puede abarcar todo tipo de trabajos, incluido los trabajos calificados. De este modo, la amplitud de opciones facilitará la tarea de ejecución. Sería además discriminatorio establecer diferencias entre los trabajos calificados y no calificados. El criterio decisivo para establecer el alcance de las prestaciones susceptibles de ser comprendidas en la ejecución de la pena no es la calidad de la prestación in abstracto, sino las condiciones personales del condenado.

El legislador, fuera de los pocos casos en que prevé esta sanción como pena autónoma, deja en manos del juez la elección de la pena substitutiva de la pena privativa de libertad. Pero la función substitutiva de la pena de prestación



de servicios a la comunidad no está sujeta a criterios jerárquicos que privilegie su aplicación frente a otras penas. El problema que plantea el no ordenamiento jerárquico de las penas substitutivas es cómo puede el juzgador formar su decisión en favor de esta pena sin contar con los elementos necesarios para establecer su idoneidad en el caso concreto. A diferencia de otros países, en los que el órgano de ejecución y control cumple igualmente una función consultativa, antes de la elección de la pena, en el caso nuestro la decisión es más intuitiva.

Otra característica que ha sido materia de discusión tratándose de esta pena es el consentimiento del condenado. La legislación comparada y la doctrina han considerado indispensable dicho requisito para salvar objeciones relacionadas con la proscripción en los Convenios OIT del trabajo forzado. Hay sin embargo más ficción que realidad en esta salida. La voluntad del condenado es más un eufemismo legislativo frente al garrote de la pena privativa de libertad substitutiva que pende sobre el condenado. Resulta difícil imaginar que alguien prefiera la prisión que realizar un trabajo en favor de la comunidad. Se trata, como dice Vass, de una visión “voluntarista” que ha devenido en un “respetable mito” pues en la práctica no tiene significación alguna.

Abad (2004) indica que *“la prestación de servicios a la comunidad constituye una pena aplicada de manera autónoma, substitutiva o alternativa de la pena privativa de libertad, orientada a que el condenado preste servicio a favor del Estado, gobierno regional o local como retribución al daño causado*



con el delito cometido y atendiendo a interés de prevención especial en cuanto evitara el carácter estigmatizante de la prisión y coadyuve a la reeducación del penado, por su carácter resocializador".

Es de este entender que analizamos el artículo 149° del Código Penal no se castiga es sí la omisión de asistencia familiar se castiga el incumplimiento a la resolución judicial, por ende consideramos que la pena privativa de libertad es una medida excesiva para este caso. Lo más coherente no es generar deudas al estado sino que el que omitió la resolución judicial pueda contribuir con el Estado. Esta obligación de trabajo en una institución pública o de beneficio a la comunidad entraña también una naturaleza de carácter patrimonial en esta pena.

En suma, la prestación de servicios a la comunidad consiste en la obligación de prestar determinada cantidad de horas de trabajo no remunerado y útil durante los fines de semana, en beneficio de personas necesitadas o para el beneficio de la comunidad disminuyendo las consecuencias carcelarias.

Según el Art. 34 del Código Penal la prestación de servicios a la comunidad es una pena que tiene escasos precedentes en nuestro país, pues ni el Código Penal de 1863 ni el de 1924 la incluyeron como sanción y únicamente se le aplicaba como una medida sustitutiva de la prisión que se imponía al condenado que no cumplía con la pena de multa. Corresponde a las llamadas formas de trabajo correccional en libertad, y puede ser aplicada de modo directo o también de modo sustitutivo.



En este último caso, ella reemplazará a una pena privativa de libertad no superior a cuatro años, evitando así que el condenado sea recluido en un establecimiento penitenciario.

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

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

La prestación de servicios a la comunidad, limitando el fin de semana y la interdicción los derechos temporales reemplazan a la pena de prisión en los casos de delitos menores la gravedad en el hecho personal de las condiciones de autor así lo requieran. Esas sanciones deben ser de prestigio cuando se considere necesario y suficiente para la supresión y la prevención de la delincuencia, porque sus efectos son mucho menos degradantes en comparación con la privación de libertad. (De Padova, s/f)

Para Hans (1980) la prestación de servicios a la comunidad se cumple los días sábados y domingos, en jornadas de diez horas semanales. De modo



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

Como explica Prado (s/f), “la prestación de servicios a la comunidad, como pena directa, consiste en el cumplimiento de jornadas semanales dedicadas al desarrollo de servicios o tareas gratuitas en apoyo a centros asistenciales, sanitarios o educativos las que tendrán lugar los días sábados y domingos con un total de 10 horas, pudiendo el sentenciado pedir que le señalen otros días de la semana”.

Y así mismo, explica Roxin (1998), “el trabajo de servicios a la comunidad puede reemplazar en la mayoría de los casos a la multa, cuando el autor se aviene voluntariamente a ello y su ventaja consiste en que se trata de un trabajo constructivo, que compromete más a la persona que en el caso de la pena privativa de libertad y la multa, donde el autor solo tiene un rol pasivo”.

Indica el mismo autor que la libre de voluntad que debería promoverse impulsaría a la vez la disposición a cumplir la tarea asumida y provocaría en el sentenciado la sensación de estar haciendo o haber hecho algo socialmente útil, todo lo cual resulta a todas luces, más beneficioso para la resocialización del penado que las penas tradicionales.



La prestación de servicios a la comunidad no es otra cosa que una variante especial del trabajo correccional en libertad además; indica que actualmente, esta sanción está bastante difundida en la legislación penal extranjera. Reconociéndosele como pena independiente, alternativa a la pena privativa de libertad, o regla específica en los regímenes de condena condicional.

En la aplicación de la pena privativa de libertad se realza la capacidad resocializadora y su carencia de efectos estigmatizantes en el deudor alimentario. También a lo largo de nuestra investigación obstante, hemos observado que existen duras críticas, siendo quizá las más frecuentes, de un lado, aquellas que sostienen la ineficiencia e improductividad de los servicios o trabajos prestados por provenir de personas improvisadas. Y, de otro lado, aquellas que señalan que el trabajo del condenado puede ser una forma de competencia negativa para las fuentes de trabajo del ciudadano libre; es por eso que planteamos trabajos básicos que ayuden a la comunidad sin poner en riesgo la situación laboral de algún ciudadano.

En este sentido, Prado (s/f) Otra limitación de la libertad es el servicio laboral en beneficio de la comunidad, que en algunos países va acoplado a medidas de tipo probatio, pero que podría en otros casos ser sustitutivo de la detención. Aunque se resolvieran todos los problemas ligados a la organización de semejante servicio laboral en un país como el nuestro, quedaría un hecho por discutir: terminaría quizás por ser más castigo que la breve detención, en cuanto expondría al trabajador forzado al conocimiento por parte de todos aquellos que en caso contrario nada llegarían a saber de su condena.



Por otra parte, el trabajo forzado incluso en tiempos muy lejanos, fue una primitiva forma de pena. El hecho de humanizarlo o de adornarlo con adjetivos socialmente adecuados, nada le quita a este carácter originario y lógicamente irreductible.

Y así mismo Prado considera a la prestación de servicios comunitarios como pena directa la prestación de servicios a la comunidad consiste en el cumplimiento de jornadas semanales, dedicadas al desarrollo de servicios o tareas gratuitas en apoyo a centros asistenciales, sanitarios o educativos. Las jornadas tendrán lugar los días sábados y domingos con un total de diez horas. Sin embargo, el condenado puede pedir que los servicios asignados tengan lugar también en otros días de la semana y sustitutiva; la prestación de servicios opera conmutando las penas privativas de libertad hasta tres años y siempre que no fuere posible conceder al condenado una reserva de fallo o una condena condicional. En estos casos, la conversión opera en razón de un día de pena privativa de libertad por una jornada de prestación de servicios.

Y así Loza (2013) desprende que la por una parte la pena privativa de libertad es favorable debido a que realza su alta potencialidad resocializadora y su nula efectividad estigmatizadora pero también rescata lo desfavorable de ésta medida debido a que adolece de eficiencia y productividad, ya son realizadas por personas improvisadas e inexpertas. Además puede generar competencia negativa en el mercado laboral libre.

2.2.3 Fundamentos y origen de la prestación de los servicios a la comunidad

Como menciona el doctor Abad (2004), en principio, la prestación de servicios a la comunidad y la limitación de días libres encuentran su fundamento y origen con consecuencia de la crisis de la prisión de la libertad clásica y por la necesidad político criminal de “idear” nuevas penas y/o medidas que sustituyan a la pena privativa de libertad de corta duración y, en general, de liberar al delincuente de los efectos estigmatizantes que significa el paso , aun por breve plazo, por un establecimiento penitenciario.

A nivel del Derecho Penal contemporáneo, y conforme hemos podido apreciar, los países han podido adoptar e incorporar a sus respectivas normas sustantivas penales, la prestación de servicio a la comunidad

2.2.4 Finalidad de la Prestación de servicios a la comunidad

- i) Garantizar con mayor eficacia el cumplimiento de los derechos humanos, protegiendo la dignidad del delincuente en todo momento.
- ii) Una de las finalidades es de carácter punitivo: castigar al infractor por razones vinculadas a la retribución o, más modernamente, bajo la necesidad de afianzar en la conciencia colectiva la importancia del valor de los bienes jurídicos afectados por el delito. Sin perjuicio que las



medidas alternativas tiendan a evitar la desocialización y los riesgos criminógenos que presentan las penas privativas de libertad.

- iii) Asegurar una verdadera rehabilitación que permita realmente brindarle un adecuado tratamiento acorde a sus necesidades, reduciendo así a un mínimo la probabilidad de que vuelva a la delincuencia, para disminuir la reincidencia; y lograr su resocialización potencializando su integración social; determinando en el marco de cada medida no privativa de libertad cual es el tipo más adecuado de vigilancia y tratamiento para cada caso particular.
- iv) Otra de las finalidades es evitar la desocialización que produce la cárcel y su carácter criminógeno, cuando se trata de criminalidad menos grave. No se trata ya de resocializar sino que simplemente de no exponer al condenado a los riesgos del contagio criminal que conlleva la cárcel y a la consiguiente desocialización. Al evitar los efectos nocivos de la prisión se permite a la persona la mantención y mejoramiento de sus vínculos societarios, que es uno de los factores que al parecer tiene mayor incidencia en el hecho de no volver a delinquir.
- v) Reducir al máximo la aplicación de las penas de prisión, para reducir el número de internos evitando así el hacinamiento, que es uno de los principales fenómenos carcelarios, que ha concentrado duros reproches por sus múltiples efectos negativos, que conducen a una mayor



inseguridad. Las medidas alternativas tienen la posibilidad de potenciar la eficacia de la cárcel para los casos en que ésta sea la sanción adecuada, en la medida en que la existencia de un universo menor de presos permitiría un empleo más eficiente de los siempre limitados recursos del sistema penitenciario, posibilitando la implementación de tratamientos penitenciarios más individualizados, que son los únicos capaces de tener éxito.

- vi) Permitir al individuo a permanecer en sociedad con su familia, con el propósito de ayudar al delincuente a enmendar su conducta delictiva y fortalecer los vínculos con la comunidad, que también desempeñan un papel importante para que se pueda aplicar este tipo de penas, ya que sin la ayuda del entorno social que por lo general también generan rechazo a la persona delictiva se dificulta la práctica de las penas no privativas de libertad. Es importante alentar la participación de la sociedad pues constituye un recurso fundamental y uno de los factores más importantes para fortalecer los vínculos entre los delincuentes sus familias y la comunidad, por lo que se debe hacer cobrar conciencia a la sociedad de la necesidad de que participe en la aplicación de medidas no privativas de libertad.
- vii) Finalmente, también es necesario destacar los efectos positivos que tendrá una modificación a las medidas alternativas en relación a los costos que significa el sistema carcelario. Si bien es cierto el sistema de



medidas alternativas que se propondrá significa aumentar los costos del actual, de todas maneras éste resulta ser significativamente más barato que la cárcel, si las medidas alternativas se constituyen en auténticos sustitutos de la cárcel para los casos en que ellas procedan es posible esperar una reducción de los costos que le importaría al Estado invertir por concepto de la ejecución de las penas en el sistema carcelario tradicional.

Siendo la readaptación social el cimiento principal de las penas alternativas, por supuesto que es necesario implantarlas en el derecho penal contemporáneo, más aun en nuestro país donde la utilización de la cárcel se ha vuelto tan común, sin considerar las necesidades de rehabilitación del delincuente. Por constituirse estas penas en un medio de control menos dañino, asociado con el concepto moderno y militante de los derechos humanos, el Estado, sector privado y sociedad en general deben alentar su aplicación, para hacer de estas alternativas a la prisión una realidad en beneficio de todos.

2.2.5 Características de la prestación de Servicio a la Comunidad

Después de un amplio análisis del art. 49 (CP 95) se pudo extraer las siguientes características básicas:

- a) El consentimiento del penado aparece como premisa fundamental por cuanto la imposición de la pena sin su anuencia debe reputarse inconstitucional en



base a la prohibición expresa de los trabajos forzados proclamada en el art. 25. 2º de la Constitución española de 1978. En la misma línea, el art. 23 de la Constitución Peruana de 1993 establece que " Nadie está obligado a prestar trabajo... sin su libre consentimiento". La expresa utilización del pronombre "nadie", con un propósito globalizador, debe interpretarse conforme a su tenor literal. Por ello, puede difícilmente aceptarse la irrelevancia que el legislador penal peruano otorga al consentimiento del condenado en la imposición de la pena de prestación de servicios. La posición mantenida por un sector de la doctrina andina, justificando tan cuestionable decisión legislativa, basándose en su no contradicción con el contenido del art. 2 del Convenio nº 29 de la OIT sobre el Trabajo Forzoso de 1930, ni con los principales instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, debe ser seriamente cuestionada. La pretendida justificación de la obligatoriedad del trabajo en base al art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 desconoce que el mismo se refiere, en todo caso, a la "pena de prisión acompañada de trabajos forzados " y a la "persona presa". No debe confundirse el trabajo inherente al régimen penitenciario con la pena de prestación de servicios a la comunidad. En el primer caso, el trabajo deriva de la imposición de una pena privativa de libertad; en el segundo, el trabajo constituye la *ratio essendi* de la pena.

En el ámbito europeo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa (Resolución 10, de 9 de marzo de 1976), en su tercera Recomendación, insta a los Estados miembros a "examinar las ventajas del trabajo al servicio de la



comunidad y particularmente la posibilidad concedida (acorde, en el texto original) al delincuente de cumplir su sanción prestando un servicio a la comunidad". Si entendemos el verbo "conceder" como sinónimo de "otorgar", "dar", "ofrecer" y "consentir", habrá que concluir que la aceptación del penado constituye un presupuesto ineludible para la aplicación de la pena.

- b) La gratuidad de la prestación se enmarca dentro del contenido punitivo de la sanción por cuanto sería, al menos, paradójico que quien hubiese lesionado intereses de los que participa la sociedad se viera privilegiado con un trabajo remunerado. Y todo ello en una época en la cual la carencia de oferta laboral constituye una de las lacras más lacerantes de nuestra sociedad. Idéntica previsión encontramos en el art. 34 del texto punitivo peruano.
- c) Temporalmente, el trabajo en beneficio de la comunidad está sujeto a tres límites. En España, por razones de proporcionalidad dentro del sistema penal, la duración máxima es de trescientas ochenta y cuatro horas. Por razones de prevención especial, para evitar que una excesiva prolongación atente contra la dignidad del penado-trabajador, el tiempo límite máximo de cumplimiento es de un año. Finalmente, por razones laborales, la jornada no podrá exceder de ocho horas.
- d) El trabajo deberá ser, en el caso español, de utilidad pública y al servicio de la propia Administración o de asociaciones de interés general.



- e) En la legislación española, el control de la ejecución corresponde al Juez o Tribunal sentenciador. Aspecto éste merecedor de crítica por cuanto "supone una sobrecarga de la fase de ejecución de la sentencia que podría haberse confiado, a estos efectos, al Juez de Vigilancia penitenciaria". Desaparecida esta figura del Código de Ejecución Penal peruano de 1991, la ejecución, organización y supervisión de la pena queda a cargo de la Administración Penitenciaria, en concreto, del Instituto Nacional Penitenciario. Decisión que entendemos inoportuna e inadecuada por cuanto supone dar un sesgo marcadamente administrativo al control de la ejecución de la pena, materia reservada tradicionalmente al Poder Judicial.

Independientemente de la evidente parquedad en la redacción del art. 49 español, las mayores críticas se han centrado en la "inseguridad jurídica que supone la no fijación de su régimen jurídico básico a través del propio Código penal, produciéndose una remisión genérica al desarrollo reglamentario de dudosa constitucionalidad". La aplicación supletoria de la legislación penitenciaria denota, una vez más, la irreflexiva improvisación del legislador, si tenemos en cuenta la dificultad de su aplicación a una pena no prevista en ella. Si los trabajos en beneficio de la comunidad aparecen como pena privativa de derechos, no se entiende la remisión a la ley penitenciaria (en adelante, LOGP), cuando ésta, expresamente, proclama en su art. 1 que "las instituciones penitenciarias...tienen como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos,



presos y penados". Por ello, ni siquiera de forma analógica cabría aplicar el contenido de los arts. 26 y ss. de la LOGP, ni de los arts. 132 y ss. del nuevo Reglamento de 1996 (relativos al trabajo penitenciario). Similar crítica cabe formular a la legislación peruana. Pese a establecerse en la Exposición de Motivos del Código de Ejecución Penal que éste " no sólo regula la ejecución de la pena privativa de libertad...sino también otras penas incorporadas por el Código penal ", delegar en un organismo en el que " el personal con que cuenta está preparado y mentalizado para la ejecución de penas privativas de libertad" permite, cuanto menos, dudar de su conveniencia.

2.2.6 Naturaleza jurídica de la Prestación de Servicio de la comunidad

Según el análisis realizado por Abad (2004), nos dice, "que la naturaleza jurídica de la prestación de servicios a la comunidad nos lleva a determinar si esta debe ser considerada como pena o medida alternativa a la pena privativa de libertad".

Previamente cabe precisar que la tendencia actual es la de agrupar a los institutos penales en estudio dentro del catálogo de subrogados penales que se han elaborado a partir de los foros internacionales, los cuales son tomados en cuenta por los Estados cuando proyectan una reforma penal (en este caso en cuanto a su sistema de sanciones); sin embargo, dependerá de los criterios de política criminal que se manejen y que orienten la reforma penal de que se trate, la adopción o inclusión de tales recomendaciones, así como su decisión de



considerarlas ya sea como pena o medida alternativa, dependiendo de la ventaja que ofrezca, de lo que se quiere lograr con ella y a donde se proyecta la reforma.

Según el art. 49 del CP español (1995) citado por Renart (s/f) " Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes:

- I) La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez o Tribunal sentenciador, que, a tal efecto, podrá requerir informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que presten los servicios.
- II) No atentará a la dignidad del penado.
- III) El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin.
- IV) Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.
- V) No se supeditará al logro de intereses económicos.



Las demás circunstancias de su ejecución se establecerán reglamentariamente de acuerdo con lo dispuesto en la Ley penitenciaria, cuyas disposiciones se aplicarán supletoriamente en lo no previste expresamente en este Código.

SUBCAPITULO III

2.3 DEUDOR ALIMENTARIO

2.3.1 Definición De Omisión de Asistencia Familiar

Uno de los elementos constituyentes del bienestar familiar, si no el más importante, es el derecho a los alimentos, que se entiende como aquello que necesita un niño o un adolescente o esposa para su sustento, alimentación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica, vivienda, recreación y otros que requiera el titular del derecho para su normal desarrollo como ser humano. También los gastos de embarazo, desde la concepción hasta el parto. El derecho a recibir alimentos se encuentra legalmente establecido en la Constitución Política, en Tratados Internacionales y leyes de la República.

Siendo en esencia una obligación de carácter ineludible, es importante hacer notar que la indiferencia de muchos obligados generó la protección legal y al amparo de lo contenido en el Código Civil, no solo se estableció el marco legal de lo que se entiende por alimentos, sino también los alcances por mandato



expreso a los directamente obligados; sin embargo, la evolución de la humanidad no ha logrado superar el enorme porcentaje de niños, adolescentes y mujeres que han tenido que recurrir a las instancias judiciales a efectos de que se obligue por mandato judicial a quien tiene la obligación por naturaleza de asistirlos y cubrir sus necesidades de alimentos.

Sin embargo hay quienes aun con mandato judicial, no cumplen con su obligación. Es así que el legislador se vio en la necesidad de regular este delito de omisión, dándole la connotación de una acción penal típica, antijurídica y culpable; en ese contexto la acción de Omisión a la Asistencia Familiar es un delito que se materializa como consecuencia del incumplimiento de la obligación civil que se tiene de acudir con la pensión de alimentos ordenada por mandato judicial, en aplicación estricta del derecho reconocido por la ley, el cual otorga a una persona la posibilidad de recibir una cantidad de dinero por parte de otra, que esté o haya estado unida a ella por lazos de parentesco o por haber mantenido una relación de pareja reconocida judicialmente. (Carpio, 2009).

Ruiz(s/f) cita a varios autores entre ellos al profesor Santiago Mir Puig, quien sostiene que: “No todo bien jurídico requiere tutela penal”, sólo a partir de la concurrencia de suficiente importancia material y de necesidad de protección por el derecho penal, puede un determinado interés social, obtener la calificación de “bien Jurídico Penal”.

Entonces se considera la tipificación del Delito de Omisión a la Asistencia Familiar o llamado también Abandono Familiar, es su consideración como una mera criminología de deudas.



En el literal c) del artículo dos inciso veintidós de la Constitución Política del Estado Peruano, señala “Que no hay prisión por deudas, lo que significaría nos dice el doctor Bramont Arias y otros, que supondría que el artículo ciento cuarenta y nueve del Código penal, resultaría inconstitucional”.

Al sustentar que la criminalización de la Omisión a la Asistencia Familia 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, vestido, vivienda, salud, educación, capacitación para el trabajo, recreación, es decir, está relacionada con los elementos básicos de supervivencia y siendo la familia el elemento más trascendente del Estado, entonces existen fundamentos sólidos para desbaratar cualquier duda que exista sobre la intervención punitiva en la represión de tal conducta, más aún si el mismo artículo sexto del Texto Constitucional establece que es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos; sin embargo con la detención y posterior reclusión no se soluciona el problema.

En este sentido como lo hacen Bramont Arias / Bramont Arias Torres / García Contezano, que el “Bien jurídico que se protege es la Familia”. El delito de 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. El comportamiento en el ilícito instruido consiste en omitir el cumplimiento de la obligación establecida



por una Resolución Judicial. “Es decir, basta con dejar de cumplir la obligación para realizar el tipo y especialmente los deberes de tipo asistencial”.

2.3.2 La penalización del incumplimiento alimentario

Villa Stein (1998) es uno de los autores que también cuestionan la penalización de los incumplimientos alimenticios, indicando que “bajo este tipo penal se cobija una verdadera prisión por deudas lo cual sería inconstitucional.”

Al ser prisión por deudas contraviene a nuestra carta magna entonces sería inconstitucional y tal acto en la actualidad se vulnera aún más con la pena privativa de libertad; ahora si bien es cierto que el deudor alimentario comete una falta por el hecho de no cumplir con prestar asistencia alimentaria está debería ser sancionada con otra pena alternativa que no implique la prisión efectiva en un centro penitenciario; pues con la reclusión no beneficia en nada a los hijos alimentistas al contrario perjudica y hasta agrava la situación en la que se encontraba.

Y como indica Belluscio (s/f) indica que estos conflictos se debería resolver sin recurrir al juicio penal, porque lo importante es la obligación y el cumplimiento de lo civil y, lo accesorio y dependiente de aquel es lo penal.

Creemos que si se debería establecer una sanción penal pero no hasta el extremo de la pena privativa de libertad la cual debe ser utilizada como ultima ratio; por ser considerada una pena que afecta al individuo y su calidad de vida,



además vulnerando varios factores como sociales, de salud, trabajo, familiares, educativos, emocionales entre otros esto en el caso del deudor alimentario y del hijo alimentista pues si bien es cierto se le castiga al deudor alimentista pero como daño colateral tenemos que también daña al hijo alimentista por las razones que más adelante estaremos argumentando.

2.3.3 Fuentes del derecho alimentario

De la revisión del Código Civil de 1984, podemos indicar que en lo que se refiere al derecho alimentario, éste puede tener su origen en:

- a) **La voluntad del deudor:** es decir, es éste quien se obliga a atender las necesidades del alimentista, a pesar de no existir mandato legal alguno. Esta manifestación de voluntad puede constar en un testamento, en el cual conste haberse efectuado un legado a favor de un tercero, o en un contrato, como ocurriría en caso que se celebre un contrato de renta vitalicia en el que una de las partes se obligue a entregar a la otra una suma de dinero para que con ésta atienda a sus necesidades
- b) **La ley:** cuando sea ésta quien determine la obligación en mérito la existencia de una relación jurídica entre dos o más sujetos.

2.3.4 Características del derecho a los Alimentos

A continuación rescato las características del derecho alimentario expuestas por Ramos (s/f) que definitivamente, han permitido diferenciar a éste de otras obligaciones y derechos, convirtiéndolo en uno con características propias.

Estos caracteres que en parte han sido recogidos en el Art. 487 del C.C., permiten definir al derecho alimentario, en los siguientes términos:

I) **Derecho personalísimo**

El derecho alimentario, atendiendo a su finalidad, resulta ser un derecho *intuitio personae*, es decir, inherente a aquella persona que mediante su reclamo pretende satisfacer sus necesidades. Siendo ello así, el derecho alimentario no podrá ser objeto de transferencia, cesión, compensación, embargo o renuncia; inclusive a la muerte del alimentista, éste no se transmitirá a sus herederos pues siendo su objeto cubrir las necesidades de aquel, con su muerte dichas necesidades desaparecerán.

II) **Derecho intransmisible**

La intransmisibilidad del derecho alimentario, es consecuencia de la característica anterior, pues teniendo su sustento en la subsistencia exclusiva del alimentista, no podrá ser objeto de transmisión bajo título alguno.

Sin embargo, ésta característica nos obliga a diferenciar dos situaciones:



A) Muerte del deudor alimentario: en caso que fallezca el alimentante, la obligación alimentaria no se extiende a sus herederos salvo que el acreedor se aun “hijo alimentista”, en cuyo caso la pensión alimenticia gravará la porción disponible de la herencia “hasta donde fuera necesario para cumplirla”.

Asimismo, debemos precisar que la muerte del deudor alimentario, sin bien extingue la obligación respecto de él, ello no perjudica el derecho del alimentista a demandar a las personas que siguen en el orden establecido en los Arts. 475 del Código Civil y 93 del Código del Niño y Adolescente.

B) Muerte del alimentista: en este supuesto no existe tampoco razón para extender el derecho alimentario a los herederos del acreedor, pues, como ya se ha precisado, considerando que la pensión alimenticia tiene por objeto satisfacer exclusivamente las necesidades del alimentista, no encontrándose vivo éste, nadie más puede reclamar dicha pensión.

III) Derecho irrenunciable

Siendo el derecho alimentario uno de naturaleza personal y como tal intransmisible, podemos afirmar que como consecuencia de ello éste es irrenunciable. Esta característica se extiende también a las sumas por percibir, pues consentir la renuncia de éstas últimas, equivaldría a colocar en desamparo al alimentista al permitírsele que por acto propio se niegue a obtener los medios para proveer su subsistencia.

**IV) Derecho incompensable**

Aun cuando el Art. 1288 del C.C. permite la compensación de sumas líquidas, exigibles y homogéneas, para el caso que se pretenda la extinción de las obligaciones alimentarias, la persona que debe alimentos no puede oponer a su acreedor en compensación, lo que éste le deba a aquél, puesto que a través de la compensación no puede extinguirse una obligación cuyo cumplimiento permite la subsistencia de una persona.

V) Derecho intransigible

Esta característica reitera la condición de indisponible que tiene el derecho alimentario. Sin embargo, debe distinguirse el carácter de intransigibilidad del derecho alimentario de la posibilidad de las partes para llegar a un acuerdo respecto al monto de la pensión alimenticia o la forma como los alimentos puedan ser satisfechos, pues en este último caso no habría inconveniente en que se celebre una transacción, ya que a través de ella lo que se va a conseguir es justamente la materialización del derecho alimentario en cuanto al monto o forma de su cancelación.

De lo expuesto queda claro entonces que la posibilidad de una transacción respecto al monto o forma de prestar los alimentos, no ha de importar una renuncia al propio derecho alimentario, una transferencia del mismo, ni compensación entre otra obligación entre alimentante y



alimentista; por el contrario, con ello se consigue la ratificación de la exigibilidad de la obligación alimentaria.

VI) Derecho inembargable

Atendiendo a que la pensión alimenticia está destinada a la subsistencia de la persona a favor de quien ha sido fijada, no es posible que ésta sea susceptible de embargo. Este criterio ha sido asumido por nuestro legislador, advirtiéndose dicha limitación en el C.P.C

VII) Derecho imprescriptible

El comentario a esta característica, nuevamente nos obliga a distinguir el derecho alimentario, de la pensión de alimentos que en reclamo del citado derecho puede concederse.

En el caso del derecho alimentario, el ejercicio de la acción no prescribirá mientras exista el estado de necesidad, por lo que de mantenerse dicha situación, la acción se mantendrá vigente.

En cuanto a lo que se refiere a la pensión alimenticia, habría que distinguir entre aquellas que se encuentren atrasadas y las que se devenguen en el futuro. Respecto a éstas últimas, es evidente que no puede hablarse de prescripción alguna ya que aún no se habrían originado; en cambio en lo que se refiere a las pensiones atrasadas que no hayan sido cobradas, el Art. 2001



Inc. 4 del C.C. sanciona la prescripción de la acción, en caso haya transcurrido dos años desde que fue posible su reclamo. Sin embargo, el plazo antes mencionado, ha sido cuestionado por el Tribunal Constitucional en el Exp. Nro. 2132-2008-PA/TCICA, en el cual pronunciándose sobre lo dispuesto en el citado Art. 2001 Inc. 4 del C.C., indicó que “la aludida medida estatal examinada... al no superar los exámenes de necesidad y ponderación resulta incompatible con la Norma Fundamental, existiendo otras medidas tales como aquella contenida en el inciso 1) del mencionado artículo 2011 del Código Civil que establece la prescripción de la acción que nace de una ejecutoria en un plazo de 10 años, que logra el mismo fin constitucional (impedir situaciones de indefinición respecto del cobro de pensiones fijadas en tal sentencia ante la inacción de quien se encuentra legitimado para exigir tal cobro), pero con una menor restricción de los derechos de los niños y adolescentes a la efectividad de las resoluciones judiciales y a percibir alimentos”, es decir, de acuerdo a lo resuelto por el Tribunal Constitucional, el plazo prescriptorio aplicable a la acción proveniente de pensión alimenticia fijada a favor de un menor de edad, es de 10 años, pues se precisa que el mencionado Inc. 4 del Art. 2001 del C.C, no supera el control de proporcionalidad vulnerando el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho de los niños, niñas y adolescentes a percibir alimentos y del principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y del adolescente. Dicho esto, podemos concluir que para el caso del derecho alimentario de los menores de edad, habrá prescrito la acción tendiente a reclamar el pago de las pensiones alimenticias



devengadas, cuando hayan transcurrido 10 años sin que se haya solicitado el pago de las mismas.

El procedimiento para el reclamo de las pensiones devengadas y sus intereses, lo establece el Art. 568 del C.P.C., conforme al cual éstos se computan "...a partir del día siguiente de la notificación de la demanda...". Dicho esto, podríamos señalar que conforme a nuestra legislación procesal, la obligación alimentaria se impondrá siempre para el futuro más no para el pasado; sin embargo, una excepción a ello, es la disposición prevista en el Art. 92 del C. del N. y A., cuando en su último párrafo precisa que se consideran alimentos "... los gastos del embarazo dela madre desde la concepción hasta la etapa del post parto", así como la contenida en el Art. 414 del C.C., en el que se prescribe que "En los casos del artículo 402, así como cuando el padre ha reconocido al hijo, la madre tiene derecho a alimentos durante los sesenta días anteriores y los sesenta días posteriores al parto, así como al pago de los gastos ocasionados por éste y por el embarazo...". Se advierte así que excepcionalmente podrán fijarse los alimentos, a partir de hechos ocurridos antes que se haya producido la notificación de la demanda.

VIII) Derecho recíproco

La reciprocidad en el derecho alimentario, se encuentra sancionada en el Art. 474 del C.P.C., precisándose en él, el derecho obligación entre



cónyuges, los ascendientes, descendientes y hermanos para asistirse mutuamente en cuanto a la satisfacción de sus necesidades alimentarias.

Sin embargo, la reciprocidad en los alimentos queda limitada, en caso que el alimentista incurra en alguna de las causales que regula el C.C. para que se declare su indignidad o desheredación, en cuyo caso sólo podrá reclamar estrictamente necesario para subsistir.

IX) Derecho circunstancial y variable

Las pensiones alimenticias fijadas en sentencias o acuerdos conciliatorios, pueden ser modificadas en cuanto a su monto, de acuerdo a la variación de las necesidades del alimentista o las posibilidades del alimentante, a través de procesos judiciales de reducción, aumento, extinción, exoneración de dicha pensión e inclusive el cambio en la forma como ésta es prestada, lo cual resulta lógico ya que los elementos constitutivos que sirven de base para fijar la pensión alimenticia varían con el correr del tiempo.

2.3.5 Posibilidad Del Obligado

La posibilidad económica del alimentante, como condición para la concesión de una pensión, implica la existencia en el obligado de medios suficientes no sólo para proveer su propia manutención, sino también la de aquellas personas que por mandato legal, se encuentra obligado a satisfacer.



Al respecto el Art. 481 del C.C. precisa que: “Los alimentos se regulan en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos...”; en atención a ello es que la pensión alimenticia podrá ser aumentada o reducida según aumenten o disminuyan las necesidades del alimentista o las posibilidades del obligado.

En caso que el alimentante, atendiendo a la falta de posibilidades económicas, no pueda cumplir con su obligación sin poner en riesgo su subsistencia, podrá solicitar que se le exonere del cumplimiento de la misma pudiendo el alimentista en este caso conseguir el traslado de la obligación a otro pariente.

Por último, debemos indicar que para determinar las posibilidades económicas del obligado, el Juez no se encuentra obligado a investigar rigurosamente los ingresos de éste, tal como lo dispone el citado Art. 481 in fine del C.C., pudiéndose tener en cuenta para ello, las circunstancias en que vive, su nivel de vida, patrimonio inmobiliario, movimiento migratorio, carga familiar, deudas personales, etc.

2.3.6 Deudores alimentarios

Como menciona Reyes (s/f), la obligación alimentaria se origina dentro de las relaciones de orden familiar, por lo tanto, nacen recíprocas obligaciones y derechos. En nuestra legislación se ha establecido como obligados recíprocos a los cónyuges, los descendientes, los ascendientes y los hermanos.



Así está considerado en el artículo 474° del Código Civil: Se deben alimentos recíprocamente:

1. Los cónyuges.
2. Los ascendientes y descendientes.
3. Los hermanos

Con respecto a esta regla debemos hacer algunas precisiones. Para los casos en que resulten varios obligados a la vez, como puede suceder entre los cónyuges con los descendientes o ascendientes, y en otros casos cuando existen varios hermanos, la ley establece una prelación como se señala en los artículos 475° y 476° del C. C. (Art. 475°: «los alimentos, cuando sean dos o más los obligados a darlos, se prestan en el orden siguiente:

1. Por el cónyuge.
2. Por los descendientes.
3. Por los ascendientes
4. Por los hermanos.

Art. 476° «entre los descendientes y los ascendientes se regula la gradación por el orden en que son llamados a la sucesión legal del alimentista». Por ejemplo, cuando hay hijos y nietos, heredan en primer lugar los hijos. En el caso de los hermanos, se precisa: Art. 477° “cuando sean dos o más los obligados a dar los alimentos, se divide entre todos el pago de la pensión en



cantidad proporcional a sus respectivas posibilidades. Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales el Juez puede obligar a uno solo a que los preste, sin perjuicio de su derecho a repetir de los demás la parte que les corresponda”

2.3.7 Relación de los deudores alimentarios con los hijos

Lo define NAVARRO (2014) la relación padre-hijo en el caso de los deudores, no sólo se define a partir de la separación, sino por la cultura patriarcal que lo exime de algunas responsabilidades atribuidas a las madres.

En la percepción de los deudores la imagen de niño o niña está en un plano subjetivo ideal, casi etéreo, así tenemos las definiciones de niño: “Un niño es la realización de sus padres, es algo muy importante para la sociedad”, “Los niños son algo maravilloso”, “Un niño es un alma inocente”. “Algo bonito maravilloso” “un regalo”. Si bien las expresiones vertidas por los padres reflejan sentimientos afectivos y de ternura, el peligro está en situar a los niños y niñas en una categoría tan sublime, que no permite identificarlos como personas con derechos, puesto que siendo “almas inocentes”, “regalos”, o “algo maravilloso”, es difícil analizar y asumir con objetividad las necesidades concretas de acceso a derechos como la educación, el vestido, la alimentación, la recreación, pero también el derecho de ser respetados, incluidos y queridos, con un amor saludable y constructivo.

Esta ha sido la constante en la evolución de la historia de la infancia, al analizar la relación entre padres e hijos en épocas pasadas las describe como



“formales”, con padres distantes e inaccesibles que consideraban a los niños inferiores, con el consiguiente desapego emocional, descuido y un sistema represivo de disciplina. En la actualidad, aunque la plataforma normativa y el discurso es favorable para los derechos de los niños y niñas, todavía subsisten concepciones y prácticas cotidianas que no permiten asumirlos plenamente como sujetos de derechos, como en la percepción de los deudores que los idealizan o subliman, alejándolos de la realidad.

La relación padre-hijo al momento de la separación dependerá de la solidez de los vínculos construidos previamente, por lo que de acuerdo a lo explicado en los temas precedentes la paternidad se construyó en función al binomio madre-niño, como un referente de esta o un complemento.

En este sentido, ninguno de los entrevistados siquiera se ha planteado la posibilidad de que los hijos o hijas puedan ser criados por el padre asumiendo esta responsabilidad como inherente a la madre, percibiéndose los entrevistados como responsables también, pero en forma subsidiaria, y aun argumentando características negativas en la personalidad de la madre como “posesiva” o que los podría indisponer con ellos, asumen que su lugar natural es junto a la madre.

Los hijos de acuerdo a la percepción de los deudores dependerían de las mujeres y en caso de separación tendrían que quedarse con ellas, la relación con el padre se torna distante y autoritaria, no se enseña a ser padres en la educación formal.



CAPITULO III

3. RESULTADO DE LA INVESTIGACION: ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA MODIFICACION DEL ART. 149 DEL CODIGO PENAL PERUANO

3.1 Situación actual de la penalidad impuesta a los deudores alimentarios en el Perú

En el Perú, el delito de Omisión de asistencia familiar, se regulo con la ley Nro. 13906 del 24 de marzo de 1962 (ahora derogada) bajo el título de Ley de Abandono de Familia la cual adoptó en aquella ocasión una posición ecléctica teniendo la influencia de las legislaciones Española e Italiana.

También se encuentra regulada en el artículo 4 de nuestra Carta Magna donde el Estado protege a la familia reconociéndola como una institución natural y fundamental de la sociedad.

Actualmente se encuentra regulado en el Código Penal Vigente en el artículo 149 donde textualmente indica:

“El que omite cumplir la obligación de prestar los alimentos que establece la resolución judicial, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicios a la



comunidad de veinte a cincuenta jornales, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial”

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

3.2 Argumentos basados en el interés de los hijos alimentistas

3.2.1 Ruptura del vínculo familiar

Se considera como núcleo importante de la sociedad a la familia pues los momentos vividos dentro de la familia constituye de vital importancia para el desarrollo de los hijos; como dice Gutiérrez (2007) “en toda familia se vivencian experiencias básicas de la vida y si en esa relación existen fallas dicho aprendizaje pecará de idénticas falencias que pueden llegar a comprometer y marcar el devenir vital del sujeto que allí es criado”; el padre juega un papel importante en la socialización primaria y esto será determinante para establecer el comportamiento social del menor en su adolescencia y posterior adultez, es la familia el órgano encargado de moldear a la persona en su ámbito social y estructurar su personalidad y fortaleciendo su modelo de éxito. Y la interacción de los padres con sus hijos es de mucha ayuda para la elección de sus amistades y para poder brindar protección y ayuda incondicional. Entonces es correcto pensar que uno de los factores para el desarrollo integral de los hijos es su



presencia, apoyo y protección más allá de lo económico lo importante también es la ayuda emocional que este puede brindar a sus hijos.

Si bien es cierto que la estructura familiar se encuentra desquebrajada debido a que la madre del hijo alimentista se opone a que el padre deudor visite a sus hijos hasta que éste cancele la deuda pendiente, esta figura también debería ser regulada pues no se le debe condicionar el amor de padre e hijo por una suma económica como viene sucediendo en la mayoría de los casos de Omisión de Asistencia Familiar.

Cualquier relación se quiebra y más aún; si ambas personas se encuentran separadas y no tienen forma de mantener la relación familiar constante. Pues el menor alimentista tendrá restringida la visita a estos centros penitenciarios y más aún si la madre del menor no quiere llevarlo y no permite siquiera que lo visite.

Otra causa que conlleva a la ruptura familiar entre padre e hijo es todo lo referente a la estigmatización y vergüenza de ser hijo (a) de un preso.

También puede ser referente para la ruptura familiar la victimización por parte de la madre, quien considera todo acto de afecto hacia el deudor alimentario como traición pues ella en todo momento es la víctima y el malo es aquel que no pasa puntual la mensualidad sin considerar muchas veces que se trata de padres que no tienen trabajo seguro y que no poseen un salario mínimo. Es más se trata de hombres que no tienen nada estable en la vida como por



ejemplo: una vivienda, el trabajo, salud; pues solo él tiene que limitarse a cumplir con lo estipulado en alguna sentencia.

Para algunas madres es inapropiado establecer un contacto con el padre, si antes no permitían que este lo visite entonces después del encarcelamiento mucho menos debido que el rencor y resentimiento aún se encuentra presente.

3.2.2 Prolongación de la inasistencia alimentaria por parte del deudor alimentista

Debido al encarcelamiento el problema económico del obligado alimentista se incrementa. Pues analizando el problema la mayoría de deudores alimentistas son vulnerables y viven marginados mucho antes del encarcelamiento pues éstos se encontraban en la mayoría de casos desempleados o con un ingreso mínimo. Y después de la reclusión en un centro penitenciario la prolongación de la inasistencia alimentaria se acrecentara debido a que el deudor alimentario posee una deuda ya existente debido a la liquidación alimentaria y más aún, que mientras éste permanezca en la cárcel el deudor deberá continuar pasando mantención y la pregunta entonces es ¿si no tiene ningún ingreso económico entonces de donde podrán los deudores alimentarios pagar las mensualidades a tiempo? Es entonces donde también debemos de ponernos a favor del deudor alimentario y del menor alimentista y ver nuevas alternativas y aplicar penas no tan severas sino buscar una solución beneficiadora para todos sin perjudicar a la familia



3.2.3 Estigmatización social del niño

Los hijos alimentistas no solo se ven inmersos en el problema legal que están involucrados sus padres sino también tienen que afrontar ser hijos de padres encarcelados. El encarcelamiento y a veces la sola detención de los padres afecta a todos los niños quienes por lo general vienen de los sectores más vulnerables de la sociedad generando en los pequeños melancolía, confusión, ira, preocupación y soledad debido a la ausencia del padre siendo un impacto fuerte hacia el menor y sin mayor razón que solo el encarcelamiento o la mera detención del progenitor genera entre los niños la discriminación y estigmatización, generando un grave problema que las autoridades no tienen presente por el mal concepto que mientras más severa es la ley, erradicaremos el delito; generando así, ante el hijo alimentista de padre recluso odio social ante el sistema, apatía, baja autoestima, y descontrol social.

Otra de las consecuencias de la reclusión del deudor alimentario que pocos toman en consideración es que el hijo alimentista es víctima de marginación, desaprobación ante la sociedad por tener un padre recluso. Pues la sociedad es mala, perversa, cruda y en la mayoría de veces morbosa respecto a estos temas, pues nadie se toma la molestia de analizar el contexto de la detención y solo se limitan a juzgar y discriminar; como mencionamos podemos decir que estamos en una sociedad tan criolla que el simple hecho de tener al padre recluso genera varios anticuerpos sociales, piensan y señalan que el



menor también es un delincuente y por ende está en contacto del círculo criminal.

Las mismas visitas a un centro penitenciario generan estigmatización hacia el menor, pues, el menor alimentista se sentirá mal respecto a las visitas debido que al comentar dichas visitas con sus compañeritos de salón éstos se burlarán causando un daño irreversible, bajo rendimiento y bajo autoestima. Incluso a consecuencia de estas burlas debido al encarcelamiento se volverá introvertido, evitará hablar del tema y crecerá con resentimiento.

3.2.4 Afectación a la autoestima y al desarrollo psicológico del hijo alimentista

Como el tema abarcado es netamente social lo que se tiene que revisar son las consecuencias sociales que acarrea la reclusión en un centro penitenciario, pues el deudor alimentario tanto como el hijo alimentista se ven afectados directamente con este accionar, primero como consecuencia de la encarcelación el deudor alimentario se encuentran hacinado en los centros penitenciarios con infraestructura precarias agregando a esto; el hijo alimentista quien en realidad es una víctima inocente del sistema penal; pues se le arrebató la figura paterna y la protección que este les brindaba dejándolos en el desamparo total y dicho accionar tiene un impacto tan severo en los menores que daña su salud física y psicológica y esto se manifiesta en los menores en diversas formas como por ejemplo la iniciación temprana en drogas y el alcohol



que conllevara a su vez a la depresión, frustración por ver sus expectativas de futuro truncadas por este accionar, resentimiento social, baja autoestima pues el menor alimentista al experimentar el rechazo social, se hará a la idea que sus sueños también se han truncado por tener un padre recluido y que la sociedad por ende al ser hijo de un presidiario no le darán oportunidad para desarrollarse socialmente y perderá la confianza en sí mismo, y en la mayoría de casos crecen con ese pensamiento equivoco, pues las madres o entidades públicas no brindan ayuda psicológica en los casos de Omisión de Asistencia Familiar.

También se puede observar que la falta de autoestima del menor alimentista en los casos del Delito de Omisión de Asistencia Familiar, se debe a que; el menor se encuentra en conflicto de ser una buena o mala persona, pues equivocadamente los niños toman el concepto que fue por su culpa que los padres fueron encerrados. Y si estos no existieran la situación del padre deudor no sería la misma; por otro lado se sienten aliviados pues la madre del menor logro el objetivo que era hacer pagar las deudas pendientes y quizá “castigar” de cierto modo al padre que los “abandono” para que así pueda cumplir pagando una condena; es por este motivo que los menores al pensar de esta manera sienten que son malas persona por apoyar el encierro. Son por estos motivos que se debe de buscar nuevas alternativas de solución a este problema pues son más las consecuencias negativas las que acarrea la detención y posterior encierro del padre deudor.



3.2.5 Afectación en el rendimiento escolar del hijo alimentista

El impacto que acarrea la reclusión o la mera detención del padre es tan severa en la conducta del menor alimentista y se manifiesta con mayor claridad en el rendimiento escolar; debido, a que el hijo alimentista se encuentra inmerso primero en un pleito legal entre el padre y la madre sin saber cuál de los lados poder querer; pues sí, manifiesta el afecto por el deudor alimentario (padre) la madre estratégicamente hará saber el rechazo por tal acto pues lo tomará como una traición por parte de los hijos y esto se refleja en la actualidad en la mayoría de casos; pues, la madre sin pensar en las consecuencias usan a sus hijos para herir a aquellos sujetos a quien en algún momento de su vida depositaron su confianza y esperanza para que en un futuro pudieran formar una familia y quien las traiciono y abandono por múltiples motivos y solo ven la forma como poder vengar de una u otra forma la frustración de no realizarse como familia.

3.3 Argumentos basados en la dignidad e interés del deudor alimentista

El Estado garantiza el buen funcionamiento del sistema punitivo tratando de alcanzar el bienestar de todos; tanto del alimentista como también el bienestar del deudor alimentario tratando de reducir en lo posible la restricción de libertad de éste para así poder titular sus derechos; pues considero que el deudor alimentario no debe de ser tratado como criminal; pues, existen otras acciones que si merecen tal calificación y por ende el tratamiento criminal para su posterior rehabilitación.



Por lo tanto la pena que se debería imponer en los casos de Omisión de Asistencia Familiar debe de ser una pena diferente y con un tratamiento especial dando oportunidad de desarrollo e integración social del deudor alimentario y no precisamente los 3 años que se les impone en la actualidad. Pues las consecuencias de este accionar por parte del estado vulnera de manera la integridad y dignidad del Deudor Alimentario ya que éste no se podrá desenvolver ante la sociedad como antes de ser recluido en un centro penitenciario; en un análisis real y certero de la sociedad en nuestros tiempos es muy difícil conseguir trabajo teniendo antecedentes penales y se convierte en un círculo vicioso debido a que si no hay trabajo entonces no hay ingresos, y sin ingresos económicos con mucha más razón será difícil conseguir dinero para cumplir con el hijo alimentista; y así se fundamenta que la reclusión solo trae efectos perniciosos, desocializadores y por ende en artículo 149 del Código Penal debe modificarse y solo aplicar la prestación de servicios comunitarios creando así instituciones donde se regule la aplicación de dicha pena limitativa para efectivizar el cumplimiento de esta.

Si bien analizamos profundamente el tema de la reclusión del deudor alimentario contraviene lo estipulado en nuestra Carta Magna pues en su Artículo 2 por estos motivos se exige la aplicación de la prestación de servicios a la comunidad en vez del encierro enfatizando de esta manera la prevención antes que punición.



3.3.1 Criminalización del deudor alimentario

Al momento que la ejecución penal se efectiviza, y se somete al deudor alimentario automáticamente se le priva de un derecho fundamental como es el derecho a la libertad, la reclusión por un lado nos muestra que efectiviza el control pero genera abusos sobre el deudor alimentario; pues, no solo vulnera derechos debido a los maltratos cometidos sino también genera peligro y riesgo para la sociedad, pues es cierto que el deudor alimentario esta en falta al momento de omitir la asistencia familiar pero esto no se puede comparar con los demás delitos como por ejemplo los delitos de violación, robo, asesinato, entre otros que si necesitan de reclusión como señala el catedrático Mapelli quien considera que “cualquier reclusión por unos pocos días o meses lesiona gravemente las relaciones sociales del condenado... por lo que en el momento de su liberación el sujeto se encuentra de nuevo sólo frente a sus antiguos problemas, ahora incrementados. Se ha señalado también que las posibilidades de contagio criminal en los casos de penas cortas son muy altas.”

3.3.2 Imposibilidad de acceder a una actividad laboral remunerada conforme a su condición o habilidad profesional

Del análisis de los deudores alimentarios se tiene; que quienes más infringen en este delito son aquellos que no tienen posibilidad económica, que viven marginados y no poseen trabajo; pero esto se agrava cuando el deudor alimentario ingresa a un centro penitenciario; primero que tendrá antecedentes



penales y para la mayoría de trabajos el primer requisito es NO tener antecedentes penales por lo que se ven imposibilitados de conseguir uno; se ha visto entre los presos comunes que la mayoría regresa al centro penitenciario por diversos motivos como la falta de oportunidad laboral, necesidad económica, estigmatización social, contaminación criminal entre otros.

Por tales motivos se debería analizar estos casos para crear nuevas alternativas y programas para poder evitar que el deudor alimentario llegue al internamiento a un centro penitenciario debido a falta de pago de sus pensiones entonces el estado debe de anteceder el problema y crear nuevas soluciones y defender no solo al menor alimentista sino al deudor alimentario.

3.3.3 Estigmatización social

En la actualidad en nuestro país la aplicación de las penas de prisión se ha incrementado con mayor frecuencia utilizando el sistema carcelario disuadiendo que mientras más severa sea la pena se obtendrán mayores beneficios, causando daño irreparable en el preso aunque éste no sea su propósito es una consecuencia pues causa un daño grave, directo y permanente para quien lo recibe en este caso el deudor alimentario, del estudio de la población carcelaria se tiene que la mayoría de la población carcelaria provienen de sectores económicos y sociales desventajados.



A los presos se les atribuye la estigmatización por el simple hecho de haber convivido con la población carcelaria desacreditando al individuo; entonces se entiende que la estigmatización se da cuando un individuo posee alguna característica que le asigna una identidad social que lo denigra ante la sociedad. Es decir la estigmatización es la desvalorización del individuo pues este lleva consigo una “marca social” que lo diferencia entre otros individuos de la sociedad; es más, se les considera personas poco fiables, infectados con alguna enfermedad adquirida en el centro penitenciario, o que si antes no pertenecían a un grupo criminal ahora si pertenecen o son parte integrante de alguna banda criminal debido al contagio criminal. En consecuencia se considera la estigmatización como la valorización del individuo socialmente hablando pues entre la sociedad se tiene que el individuo es categorizado atribuyendo a cada uno con atributos positivos y negativos.

Y como sociedad rechazamos a las personas que consideramos diferentes en este caso a los que poseen atributos negativos y entre ellos sin duda se encuentran los que han ingresado a un centro penitenciario o los que han sido detenidos señalándolos como de inferior status en el orden social como respuesta a la reprobación de su acto.

Generando de esta manera que la pena privativa de libertad sea también una condena social; pues en una sociedad tan criolla como la nuestra interpretamos al encierro como sinónimo de rechazo y desmerecemos al individuo; pues se le considera como una persona contaminada aunque el individuo haya salido libre la estigmatización continua.



Y como otra consecuencia de la estigmatización es que el individuo no quiera juntarse con las personas no estigmatizadas por el miedo a ser rechazadas o juzgadas en cambio se sentirá cómodo con aquellos que también poseen el mismo estigma y compartirán la misma frustración y crearan así grupos criminales pues, ellos piensan que ya no perteneces o no caben dentro la sociedad y actuaran sin sentir remordimiento pues no se identifican con la sociedad y mucho menos con los valores que esta posee.

3.3.4 Afectación a su salud física y mental

Toda persona tiene derecho a disfrutar de un ambiente agradable y de buena salud tanto física como mental y los reclusos no están excluidos de dicho derecho; pero en la actualidad es un derecho que se vulnera en los centros penitenciarios debido a diversos aspectos como por ejemplo el hacinamiento, condiciones insalubres, falta de atención especialidad y esto es un gran problema social.

Pues en los centros penitenciarios la situación del servicio de salud es muy precario por sus malas condiciones como la ventilación, la mala iluminación, la humedad, falta de celdas pues hay algunos que duermen más de tres o cuatro personas por celdas, hasta en los pasadizos, falta de agua para realizar el aseo respectivos, faltan utensilios, mala alimentación, atención medica deficiente.

El hacinamiento no solo trae consigo problemas de salud para los reclusos del centro penitenciario sino también problemas de violencia dentro del



centro penitenciario. Generando así una violación a la integridad física y mental de los reclusos, de su autoestima y de la dignidad humana y por estos motivos expuestos considero que se debe analizar bien el artículo 149 del Código Penal y se debe considerar otras medidas alternativas a la pena privativa de la libertad pues de lo analizado se rescata que no cumple con su función resocializadora ni rehabilitadora al contrario aleja al individuo de la sociedad.

3.4 Propuesta legislativa

PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO N° 149 DEL LIBRO SEGUNDO, TITULO III, CAPITULO IV DE LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El presente Proyecto de Ley tiene por finalidad PROPONER la modificación del artículo 149°, en el libro segundo, título III, capítulo IV de la parte especial del Código Penal vigente (Decreto Legislativo N° 635), que toma como premisa el hecho que, si una pena no responde a los fines preventivos establecidos en la constitución, deviene arbitraria e injusta. Con un propósito socialista para velar por los derechos del deudor alimentario y bienestar de la sociedad en conformidad a la Constitución Política vigente del Perú que reconoce y tutela la dignidad de la persona humana, la libertad y derecho a



la salud y trabajo los cuales son vulnerados al momento de ingresar al deudor alimentario a un centro penitenciario.

La presente iniciativa se sustenta en las siguientes consideraciones:

- a) Toda persona tiene derecho a la libertad y a disfrutar de esta.
- b) Después de evaluar el delito de Omisión de Asistencia Familiar no considero que debe ser protegida por el derecho penal.
- c) La prestación de servicios comunitarios debe ser la pena considerada por los jueces como la más acertada para los casos de Omisión de Asistencia Familiar, ello de cara a la prevención y la resocialización de la pena.
- d) El deudor alimentario también tiene derecho a gozar de buena salud y se ve vulnerado al ingresar a un centro penitenciario.
- e) El Registro de Deudores Alimentarios Morosos también vulnera los derechos financieros del deudor alimentario recortando oportunidades económicas las cuales pueden servir para acrecentar las posibilidades económicas.
- f) Nuestra sociedad está fundamentada en la protección de los derechos humanos. Toda persona tiene derecho a no ser discriminado la cual es la consecuencia directa de la encarcelación.
- g) Una sociedad como la nuestra genera morbo y desigualdad entre los ex presidiarios.



- h) La prestación de servicios comunitarios no puede ser regulada como sanción conjunta a la pena privativa de libertad: debe considerarse como sanción alternativas.
- i) Otra razón por la cual se sustenta esta iniciativa es para salvaguardar la integridad física y psicológica del deudor alimentario.
- j) Genera ruptura familiar afectación directa a la constitución de la familia.

II. MODIFICACION DEL ARTÍCULO 149°

Artículo 149.- El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido 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 treinta a cuarenta y dos jornadas.

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.



III. ANALISIS COSTO BENEFICIO

Esta propuesta no afecta al tesoro público, al contrario le generará reducción económica al país y se invertirá mejor en quienes si necesitan de programas de rehabilitación y reinserción a la sociedad

Los beneficios que se pueden esperar de esta Ley son:

- a) Gozar de los derechos de libertad, salud, trabajo y familia que toda persona posee.
- b) Evitar el daño colateral que se ocasiona al menor cuando se entera de la detención y privación de libertad del padre.
- c) Evitar el contagio criminal, y la incrementación delincuencia entre los sectores más vulnerables cuales sus principales características son la pobreza y marginación.
- d) Evitar el alejamiento del padre hacia los hijos y enfrentamiento entre familias donde solo se genera sufrimiento
- e) Evitar que el deudor alimentario y el menor alimentista se han estigmatizados negativamente.



CONCLUSIONES

PRIMERA

De nuestra investigación concluimos primeramente que la medida que favorece los intereses de los hijos alimentistas es eliminar la pena privativa de la libertad, contenida en el Art. 149 del Código Penal Peruano, para los deudores alimentarios y preservar la prestación de servicios comunitarios; y de esta manera poder evitar gastos al estado, evitar la vulneración de derechos al deudor alimentario y fortalecer el bienestar del menor alimentista.

SEGUNDA

Asimismo, después del análisis del tema podemos concluir que la prisión efectiva de libertad no es el mejor correctivo para solucionar los problemas de deudas alimentarias; pues al contrario incrementa más problemas no solo para el deudor alimentario sino al entorno familiar y educativo del menor alimentista.



TERCERA

En nuestro estudio hemos podido verificar que falta programas que realmente acrediten el cumplimiento de la finalidad de la pena privativa de la libertad la cual es lograr la resocialización por ende es la menos indicada en los casos de Omisión de Asistencia, pues no se trata de delitos que merezcan una reeducación ni resocialización y mucho menos el internamiento en un centro penitenciario.

CUARTA

Finalmente como hemos visto a lo largo del estudio del tema el más vulnerado en este tema son los menores alimentistas. Y la prisión efectiva del padre solo incrementaría la afectación hacia el menor tanto emocional y educativo.



RECOMENDACIONES

PRIMERA

Se recomienda la utilización de las penas alternativas en lugar de la pena privativa de libertad, pues de lo investigado se puede colegir que no solo causa daño y perjuicio al reo sino también afecta de forma directa e irreversible al menor alimentista.

SEGUNDA

Se recomienda la creación de programas en las diferentes entidades del Estado como son las municipalidades regionales y locales para que ayuden a los padres deudores a conseguir un puesto de trabajo en vez de optar por mandarlos a la cárcel pues así ayudaríamos no solo a cumplir con la problemática de los alimentos sino reduciríamos el porcentaje de desempleo.

TERCERA

Se recomienda charlas educativas de paternidad responsable para aquellos deudores y así fomentar la concientización.

**REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS**

ABAD CONTERAS, Jorge Gustavo, (2004) “*Alternativas a la privación de Libertad Clásica*” editora jurídica Grijley. Lima Perú

AGUIRRE ABARCA Silvia Elena, (2011) “*La Cadena Perpetua En El Perú*”, Lima- Perú.

BELLUSCIO, Claudio (s/f) “*Prestación Alimentaria Régimen Jurídico – Aspectos Legales Jurisprudenciales Doctrinales y Prácticos*”, editorial Universidad Buenos Aires, Argentina; pagina 916.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, (2008), “*Manual de Derecho Penal – Parte General*”, Ed, 4ª edición, Lima, p.446.

BUSTOS RAMIREZ, Juan, (1984) “*Manual de Derecho Penal Español - Parte General*”, 1ª edición, Ariel, Barcelona, p.438. El mismo manual de derecho penal, Ariel, Barcelona, 1989, p.389.

CARDENAS IBARROLA, Tomás Damián, (s/f) “*Incumplimiento del Deber legal Alimentario Encuadre legal como hecho punible. Crítica y Propuestas*” recuperado de [//www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/penal/Tomas-Cardenas-Incumplimiento-del-Deber.pdf](http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/penal/Tomas-Cardenas-Incumplimiento-del-Deber.pdf)

CARPIO MEDINA Juan Pablo, (2009) “*Líneas Individuales De Pensamiento De Pensamiento Jurisdiccional*” Lima - Perú.



CHANG KCOMT, Romy. (2013). *Función constitucional asignada a la pena, <bases para un plan de política criminal*. Lima.

COBO DEL ROSAL, M. (1990) “Derecho Penal. Parte General” 3º Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, p.616.

CORDOBA RODA J, (1977) “*Culpabilidad y Pena*”, Editorial Bosch, Barcelona, p.66

CUELLO CALON, Eugenio, *cit en Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XXI, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, p. 996.

CUELLO CALÓN, Eugenio, (1974) “*La Moderna Penología*”. Reimpr. España. BUSCH, Casa Editorial.

DE PADUA MARCHI Antonio Júnior (s/f) “El papel de la acción pública en la Ejecución Penal”.

FERNANDEZ HERNANDEZ David, (1993). “*La pena de prisión: Propuestas para sustituirla o abolirla*” México: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas.

GARCIA VALDES, Carlos, (1987) “*Teoría de la pena*” Ed. Tecnos, Madrid.

GARRIDO, Luis, Cit. por GARAYCOTT ORELLANA. (2000). Norman, *en Comentarios al Código de Ejecución Penal*, Ed. San Marcos, Lima, p.25.

GONZÁLEZ HARKER Luis Jorge, (2000) “*Situación Penitenciaria Y Pena Privativa De La Libertad*” Santa Fe De Bogotá; página 101.



GUTIERREZ, Pedro A. (2007) “Delitos Sexuales sobre menores” Edición la Roca – Buenos Aires, Argentina; 1ra Edición, página 54.

HANS Jesck, (1980) “*Rasgos fundamentales del movimiento internacional de la reforma del derecho penal*” en La reforma del derecho penal. Barcelona, p. 19

HASSEMER Winfried, (1991) *Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos, en Pena y Estado*, Editorial P.P.U., Barcelona, Número 1, página 23.

HENTIG VON Hans, (1967) “*La pena I – formas primitivas*” ed. S.L.U Espasa, pagina 186.

HOWARD, (1995) “*El orden carcelario. Apuntes para una historia material de la pena*”, Editorial del Puerto, Buenos Aires, página 571.

LOZA AVALOS Giulliana, (2013) “*Comisión de Capacitación del Área Penal de la Corte Superior de Lima. Seminario el proceso por faltas*” Lima.

MAPELLI CAFFARENA B. (2005). “*Las consecuencias jurídicas del delito*” España, Editorial Arazandi. Páginas 63,72.

MELOSSI Darío, PAVARINI Massimo. (1985) “*Cárcel Y Fábrica, Los Orígenes Del Sistema Penitenciario*” México, Ed. S XIX

MUÑOZ CONDE, Francisco, (1998), *Derecho Penal, Parte General*, Tercera Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 555

NAVARRO ALTAUS, Martin “*El Sistema De Penas En El Código Penal Peruano DE 1991*” En Anurio De Derecho Penal. El Sistema De Penas Del Nuevo Código Penal. Lima



NAVARRO NAVARRO, Ysabel (2014) *“Incumplimiento Del Deber Alimentario Hacia Niños, Niñas Y Adolescentes”*, Lima. Perú.

PRADO SALDARRIAGA Víctor, (s/f) *“las penas de la reforma penal”* Lima, pagina 86 y ss.

RAMOS (s/f), Secciones de Pre Posgrado de la Facultad de Derecho de la USMP Universidad de San Martín de Porres. Lima

RODRÍGUEZ PÉREZ DE AGREDA Gabriel Modesto (2007) *“La Cárcel Punitiva, Naturaleza Histórica, Crisis Y Perspectiva”*, Habana, Página 17 y 18.

RODRIGUEZ DELGADO, Julio. (1999). *“La reparación como sanción jurídico-penal”* publicado en Editorial San Marcos, Lima

ROSAS TORRICO, Marcia (2013) *“Sanciones penales en el Sistema Jurídico Peruano”* ed. Librefur. Lima.

ROXIN CLAUS (1998) *“dogmática penal y política criminal”*. IDEMSA. Lima, Página 457.

RUSCHE, Georg - KIRCHHEIMER, Otto. (1984), *“Pena y Estructura Social”*. Bogotá, Editorial Temis, página. 3

SILVA PORTERO, Carolina. (2008) *“Ejecución Penal y Derechos Humanos”*, imprenta V y M Gráficas, Quito-Ecuador, pág. 18.

TERRADILLOS BASOCO Juan, (1994) *“Las Consecuencias Jurídicas del Delito”*, Editorial Civitas S.A., Madrid, España, página 63.



TOCARA, Fernando, (1990) “*Política Criminal en América Latina*”, librería del profesional, Bogotá, Pagina19.

TORRES GONZALES Eduardo (2010) “*el delito de la omisión a la asistencia familiar – cuestionamiento, discrepancias y confusiones que se presentan en su aplicación*”, Editorial Moreno S.A, Lima. Página 169 y ss.

VELEZ FERNANDEZ, Giovanna (2005) “*la problemática en la ejecución de las penas limitativas de derechos*” Lima. //www.justiciaviva.org.pe//

VILLA STEIN (1998) “*Derecho Penal Parte Especial*”, Volumen ID. Delitos contra el Honor la Familia y la Libertad, editorial San Marcos, página 94.