



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

**Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos**

Vol. 75, n.º 75, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2020.v75n75.02

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD COMO PENA ALTERNATIVA A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

The provision of community service as an alternative penalty to imprisonment in the crime of failure to provide family assistance

ALMA CECILIA CASANOTÁN AYAY

Poder Judicial del Perú

(Lima, Perú)

Contacto: acasanotana@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0009-0007-9720-9968>

RESUMEN

En el presente artículo se analiza la problemática actual referida a la aplicación de la pena de prestación de servicios a la comunidad como pena alternativa a la pena privativa de libertad en el delito de omisión a la asistencia familiar (artículo 149 del Código Penal); al respecto, se plantea que dicha aplicación resulta más beneficiosa para la protección del bien jurídico protegido en dicho delito.

Palabras clave: pena privativa de libertad; penas alternativas; incumplimiento de obligación alimentaria.

ABSTRACT

This article analyses the current problems related to the application of community service as an alternative penalty to imprisonment in the crime of failure to provide family assistance (article 149 of the Criminal Code); in this regard, it is argued that such application is more beneficial for the protection of the legal right protected in this crime.

Keywords: custodial sentence; alternative penalties; failure to provide family assistance.

Recibido: 15/06/2020 Aceptado: 15/09/20 Publicado: 10/12/2020

1. INTRODUCCIÓN

Según el Informe Estadístico Penitenciario 2018 (Instituto Nacional Penitenciario [INPE], 2018), la población del sistema penitenciario al mes de febrero de 2018 era de 104 643 personas. De ellos, 86 2292 se encontraban en establecimientos penitenciarios, debido a que tenían mandato de detención judicial o pena privativa de libertad efectiva y, en el caso de la población intramuros, el incremento a dicho mes y año fue de 5 % (3722 internos). Si dicho crecimiento fuera sostenido, se tendría un grave problema para poder albergarlos, ya que teóricamente se deberían construir dos establecimientos penitenciarios por año con una capacidad para 3500 internos, similares al Establecimiento Penitenciario de Lurigancho.

Asimismo, según el referido Informe, han surgido delitos que anteriormente no tenían mayor frecuencia en la población penitenciaria, los cuales ahora tienen cierto protagonismo, aunque paulatino crecimiento; entre ellos, destaca el delito de incumplimiento de obligación alimentaria (2.9 %).

Se puede afirmar que, en la actualidad, los establecimientos penitenciarios superan las cantidades de internos para las cuales fueron construidos; esto nos motiva a plantearnos los siguientes preguntas: ¿cuál es la necesidad de aplicar una pena privativa efectiva en el delito de omisión a la asistencia familiar?, y aún más, ¿por qué, al momento de emitirse sentencias condenatorias, no se suele optar por aplicar las penas alternativas de prestación de servicios a la comunidad que se regulan, actualmente, en nuestro ordenamiento jurídico respecto a dicho delito?

Para un tratamiento adecuado de la problemática planteada, en primer lugar, se hará referencia a la naturaleza y los fines de la pena; en segundo lugar, al delito de omisión de asistencia familiar; luego, se abordarán las medidas alternativas a la privación de libertad y a las razones que favorecen la aplicación de la pena alternativa de prestación de servicios a la comunidad en el delito de omisión de asistencia familiar, en lugar de la pena privativa de libertad.

2. NATURALEZA Y FINES DE LA PENA

La discusión en torno a la naturaleza y los fines de la pena cobra relevancia especial cuando se abordan los fundamentos de la pena privativa de libertad como principal consecuencia jurídica del delito en el modelo de Estado actual. A lo largo de la historia de la dogmática penal, diversos han sido los criterios teóricos adoptados al respecto. A continuación, se hace referencia a algunos de ellos.

Para Kant y Hegel (citados en Choclán, 1997, p. 55), la pena es retribución justa desprovista de todo fin, es decir, el contenido de la pena es el talión («si ha matado, debe morir»); ello se plantea en la teoría absoluta de la pena.

Por su parte, al decir de Franz von Liszt, la pena es prevención y puede operar de tres formas: asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de estos; intimidando al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante su corrección. Se alude a la enseñanza de Platón, según la cual «ningún hombre sensato castiga porque se

ha pecado, sino para que no peque»; esto corresponde a las teorías relativas de la pena y, particularmente, a la prevención especial (Roxin, 1997, pp. 85-86).

Según Feuerbach (citado en Hans, 1956, p. 238), la pena es intimidación; su finalidad principal se encuentra en la influencia psicológica inhibitoria del delito sobre la generalidad, lo que implica que la pena conlleva graves amenazas; ello de acuerdo con la teoría relativa de la pena, especialmente en lo que respecta a la prevención general negativa y positiva.

Finalmente, a criterio de Roxin, la pena es una síntesis de los diferentes puntos de vista mediante la diferenciación de distintos momentos de la misma: durante la amenaza, el fin de la pena es la prevención general; en la determinación de la pena, los fines preventivos son limitados por la medida de gravedad de la culpabilidad; y, en el momento de la ejecución, adquiere especial significación el fin de la resocialización; esto es lo que se plantea en la teoría de la pena de la unión (Calderón & Choclán, 1999, pp. 416-425).

Sobre la naturaleza y los fines de la pena tenemos que nuestro ordenamiento jurídico actual, a pesar de acoger las teorías relativas (de prevención general y especial), se inclina, predominantemente, hacia una prevención general negativa, lo cual se explica, en gran parte, en virtud de la influencia de los medios de comunicación al reflejar, hasta cierto punto tendenciosamente, una alarmante realidad criminal en el país. En respuesta a ello suele suceder que en las propuestas, las aprobaciones y las promulgaciones de leyes penales referidas a delitos y modificaciones de estos, se observa una marcada intimidación, por cuanto existe una cuantiosa conminación penal que se traduce en la elevación de penas. Inclusive, en el proyecto del Nuevo Código Penal, actualmente en trámite de aprobación por el Congreso de la República, se evidencia claramente el generalizado incremento de penas.

Así, en lo que respecta al delito de omisión de asistencia familiar, en dicho proyecto se plantea que la pena conminada prevista para el tipo base se incremente de una mayor de tres años (regulación actual) a una no menor de tres ni mayor de cinco años.

Ahora, es de suponer razonablemente y afirmar que el constante aumento de penas conminadas para delitos, con el subsecuente pretendido efecto de prevención general negativa, sin que se aborde y se haga frente, debidamente, a los problemas sociales que subyacen antes y tras el delito, ocasionará una agudización del hacinamiento en los centros penitenciarios, una mayor «profesionalización» del delito al interior de los mismos y un incremento de delitos dirigidos desde los penales. Por ello, a efectos de coadyuvar a que dicho panorama sea, en alguna medida, contrarrestado, resulta adecuada y justificada la promoción de la aplicación de penas alternativas a la pena privativa de libertad, como sucede con la pena de prestación de servicios a la comunidad, tanto más en tipos penales, como el de omisión de asistencia familiar o incumplimiento de obligaciones alimentarias (artículo 149 del Código Penal), en los cuales se prevé expresamente la posibilidad de imposición de pena de prestación de servicios a la comunidad.

Cabe precisar que, atendiendo a que la pluralidad de sujetos que delinquen lo hacen en diversas conductas delictivas y presentan particulares condiciones personales, la respuesta punitiva debería ser, evidentemente, diferenciada, tanto más si, en términos constitucionales, la finalidad es que los condenados se resocialicen, reeduquen y rehabiliten para ser reinsertados en la sociedad. Y dicho trato punitivo diferenciado no se circunscribe únicamente al aspecto cuantitativo, sino también al cualitativo (un tipo de pena en función del agente delictivo, el hecho y sus circunstancias).

Así, en un primer grupo, puede comprenderse a los condenados por ciertos delitos, como el delito de incumplimiento de obligación alimentaria. Con respecto a ellos y siempre que el caso, por sus particulares características, no amerite una privación efectiva de libertad, en líneas generales, la imposición de pena de prestación de servicios a la comunidad puede resultar adecuado y hasta más beneficioso tanto para ellos como para los respectivos agraviados, toda vez que, entre otras razones, pueden rehabilitarse trabajando en libertad; además, resulta poco probable que, en caso de ser reclusos en algún centro

penitenciario, se interesen por cumplir, siquiera tardíamente, con el pago de sus obligaciones alimentarias.

En un segundo grupo se puede incluir a los condenados por ciertos delitos con una pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, y sujetos a un determinado período de prueba. En ellos, su evolución dependerá de reglas condicionales de conducta que deberán cumplir, las cuales deben diferenciarse en función del delito que se trate y las condiciones personales de los agentes.

En un tercer grupo se puede reunir a los condenados que cumplen penas privativas de libertad efectivas, sin que la cuantía sea elevada u obedezca a la comisión de un delito especialmente grave. Con respecto a dichos sujetos, debe propiciarse que, al interior de los centros penitenciarios donde se encuentren reclusos, se les enseñe un oficio para que puedan trabajar y sean incentivados a estudiar. De tal modo, sus mentes estarán ocupadas en actividades cotidianas en provecho de ellos mismos y de la sociedad, lo cual tendría que dar lugar a una adecuada rehabilitación, reeducación y reinserción social.

Finalmente, en un cuarto y último grupo se puede comprender a los sujetos condenados a cadena perpetua o a cuantías de penas privativas de libertad elevadas, por haber incurrido en la comisión de delitos especialmente graves. Respecto a estas personas, debe considerarse la especial tendencia a la actividad delictiva que pueden presentar, lo cual no implica descartar, sin más, que puedan reinserirse en algún momento a la sociedad; asimismo, no estaría de más que se les practique determinadas evaluaciones médicas o psicológicas y que sean sometidos a terapias para que sus estados de salud sean salvaguardados.

3. EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

Inicialmente, la omisión o el incumplimiento de los deberes de la familia no era sancionado penalmente y las demandas de alimentos solo se limitaban al campo civil. Fue recién en 1924, en Francia, cuando se penalizó por primera vez esta conducta, la cual fue

calificada como «abandono de familia»¹, mediante la Ley del 7 de febrero. Anteriormente, solo se sancionaban las conductas familiares desordenadas.

En el ordenamiento jurídico peruano, los orígenes se remontan a 1962, año en el cual se promulgó la Ley n.º 13906, denominada Ley de Incumplimiento de la Obligación Alimentaria, pero se le conoció como Ley del Abandono de Familia, en razón de que el respectivo Proyecto de Ley tenía dicha denominación. Esta ley estipuló, en su artículo primero, lo siguiente:

El que teniendo obligación de prestar alimentos a un menor de 18 años de edad, o al mayor incapaz, que está bajo su patria potestad, tutela u otra forma de dependencia, al ascendiente inválido o necesitado, o al cónyuge indigente no separado legalmente por su culpa, se sustrajera intencionalmente de su cumplimiento, **será reprimido con prisión no menor de tres meses ni mayor de 2 años, o multa de seiscientos soles a diez mil soles, sin perjuicio de exigírsele el cumplimiento de su obligación alimentaria.**

La pena será de penitenciaria o prisión no mayor de seis años, si como consecuencia directa del estado de abandono familiar sobreviniere algún daño grave o la muerte de la persona desamparada (énfasis agregado).

1 Vara González (2016), haciendo referencia al ordenamiento jurídico español, indica lo siguiente: «Hasta la ley del divorcio de 1981 los cónyuges separados seguían siendo cónyuges y subsistía entre ellos el vínculo “familiar” (el matrimonio no causa “parentesco”), y el consecuente deber de alimentos, de naturaleza claramente asistencial; por eso tenía sentido que el delito de abandono de familia incluyera el impago de pensiones entre cónyuges separados, dada su esencia asistencial. Tras la ley del 81, el legislador penal debía haber discriminado la naturaleza jurídica de las obligaciones entre cónyuges posteriores a la ruptura, para castigar penalmente —si esa seguía siendo era la opción de política legislativa— la desatención de deberes alimenticios o asistenciales, respecto a otros de naturaleza exclusivamente patrimonial, como de algún modo había hecho la ley del divorcio republicana. No se hizo en el momento adecuado —la reforma de 1989—, quizá por mantener la inercia en la configuración de un tipo penal que contaba con tradición doctrinal y cierto desarrollo jurisprudencial. Tampoco se hizo en el Código Penal de 1995 ni en la reforma vigente de 2003, y la jurisprudencia posterior solo ha excluido de la represión criminal las consecuencias colaterales de la liquidación del régimen matrimonial, pero no el impago de la pensión compensatoria en ninguna de sus variantes» (p. 157).

El legislador otorgó un tratamiento especial a estos procesos a efectos de darles mayor celeridad y simplicidad; se dictó, por ello, el Decreto Legislativo n.º 17110 y se dispuso un plazo máximo de 90 días improrrogables para su tramitación (Torres, 2010, pp. 19-20).

Al respecto, se puede advertir que el ilícito estuvo previsto inicialmente en el campo civil; empero, en vista de las deficiencias que se presentaban en dicha vía, se optó por regularlo, con criterio de drasticidad, en la vía penal. Además, hay que resaltar que si bien se priorizó la celeridad en la tramitación del encausamiento por dicho delito, ello nunca se cumplió, tornándose los procesos con singular duración y generando, en muchos casos, impunidad a los justiciables.

El Código Penal vigente incluye dicho delito en el capítulo IV de su título III, el cual se rotula «Los delitos contra la familia», y lo contempla, específicamente, en el artículo 149, cuyo tenor literal transcribimos:

Omisión de prestación de alimentos

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

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

Si resulta lesión grave o muerte y estas 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 (énfasis agregado).

Sobre el particular, cabe precisar lo siguiente:

- a) El delito en mención tiene como bien jurídico protegido a la familia y los deberes de tipo asistencial, por cuanto en estos procesos quien fue demandado ha dejado la vida conyugal.

Respecto al deber de tipo asistencial, este debe partir por ambos padres, y no solo de la idea de que es responsabilidad del que se aleja del hogar, situación muy común en este tipo de delito.

- b) En lo concerniente a la conducta omisiva de cumplir con el pago de la pensión alimenticia ordenada en la resolución judicial, no se debe soslayar que dicho incumplimiento no debe ser tomado como un simple dejar de hacer por parte del demandado, sino que la tarea del juzgador debe consistir en verificar si realmente el demandado estuvo en posibilidad de hacerlo y que, aun así, incumplió² (como todo delito omisivo, por regla, se configura solo cuando el sujeto que pudo haber realizado una determinada conducta no la cumplió). A propósito de ello, en la emisión de las sentencias por el delito *sub examine*, no suele tratarse el aspecto referido a la solvencia económica del demandado y se enfatiza que, en la vía civil, el obligado alimentario no cumplió con el pago de la pensión de alimento fijada, por lo que, al llegar a la vía penal, difícilmente tal aspecto es objeto de prueba y la libertad del acusado queda sujeta, sin más, al pago inmediato de cuantiosas cantidades de dinero³ o, peor aún, haciendo los pagos o habiendo pagado la deuda alimentaria en partes. De todos modos, son condenados, incluso a pena privativa de libertad efectiva, al considerarse la sola existencia del incumplimiento a un mandato judicial, configurándose así el tipo penal imputado. Estas consideraciones, en nuestra opinión, omiten evaluar la finalidad resocializadora de la pena y el criterio según el cual, en especial, el encarcelamiento efectivo debe ser utilizado siempre como *ultima ratio* (las penas privativas de libertad cortas efectivas no son rehabilitadoras).

2 Véase el vigésimo fundamento jurídico de la Sentencia de Casación n.º 131-2014-Arequipa, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, fechada el 20 de enero de 2016.

3 En nuestra labor funcional diaria, hemos advertido que los deudores alimentarios, para afrontar sus obligaciones alimentarias, suelen sacar préstamos bancarios, vender sus propiedades (vehículos, inmuebles, etc.), manifestar encontrarse enfermos de salud, tener otras familias de las cuales son también responsables, entre otras excusas.

- c) Sobre el elemento subjetivo hay que tener presente que se trata de un delito doloso. El demandado debe tener conocimiento de que tiene una obligación, dado que, en aquellos casos en donde no se demuestre que tenía conocimiento de la existencia de su deber, no se configuraría el tipo penal, pues esta modalidad no admite modalidad culposa⁴.
- d) Es un delito de mera actividad porque se configura con la sola realización de la conducta descrita. En lo que respecta al tipo base, se trata de un delito de peligro abstracto, en tanto que no se exige la necesidad de ocasionar un daño, basta solo con su incumplimiento.
- e) Es un delito instantáneo con efectos permanentes, ya que el plazo prescriptivo⁵ se debe establecer luego de vencido el plazo de requerimiento judicial, bajo apercibimiento de la denuncia penal correspondiente del delito⁶.
- f) Sujeto activo es la persona establecida por resolución y el sujeto pasivo es aquel beneficiario de las pensiones alimenticias.

4. PENAS ALTERNATIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROBLEMÁTICA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD COMO PENA ALTERNATIVA EN EL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR

Al decir de Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga (2011, pp. 353-360), en la doctrina y la legislación extranjeras, se denominan medidas alternativas, sustitutivos penales o subrogados penales a los diversos

4 Un claro ejemplo es el caso de aquellos padres que no han firmado el acta de nacimiento de sus menores hijos, por lo que, en tales casos, puede presumirse que desconocían que existían.

5 Véanse el tema n.º 2 del Acuerdo Plenario del Pleno Jurisdiccional Penal Nacional (Ica, 14 de noviembre de 1998) y el tema n.º 1 del Primer Pleno Jurisdiccional Distrital Penal (Huancavelica, 23 de octubre de 2008).

6 Véase el fundamento quinto de la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente n.º 174-2009-PHC/TC, del 6 de abril de 2009.

procedimientos y mecanismos normativos que se han previsto para eludir o limitar la aplicación o el cumplimiento efectivo de penas privativas de libertad de corta o mediana duración, penas que resultan cuestionables al carecer, difícilmente, de efectos de prevención general o especial y por influenciar negativamente al condenado. Su función es la de impedir definitiva o provisionalmente la ejecución efectiva de la privación de libertad.

Sostienen también dichos autores que las medidas alternativas han sido seriamente criticadas; sin embargo, muchas de las críticas han sido respondidas por quienes defienden los efectos favorables de las medidas alternativas. Por un lado, se deja en claro que el objetivo de estas no es la abolición de las penas privativas de libertad y, por otro lado, se ha argumentado que, a pesar de sus disfunciones, estos sustitutivos son medios de control penal menos dañinos que dichas penas. De ahí que no debe considerarse negativo que en las leyes se incorporen sustitutivos penales en mayor o menor proporción.

Finalmente, aseveran que resulta atinado y coherente, para una política criminal garantista, seguir favoreciendo las medidas alternativas. Eliminarlas o reducirlas, frente a lo que representa la prisión, comporta rechazar de manera inconsecuente uno de los pocos medios que permiten compatibilizar el castigo penal con la dignidad humana y facilitar la prevención especial.

En cuanto a las clases de medidas alternativas o sustitutivos penales, un primer referente es el Informe de la secretaria de las Naciones Unidas, presentando en el marco del Segundo Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Londres, agosto de 1960). Según dicho documento, los siguientes mecanismos y procedimientos pueden operar como sustitutivos de la pena privativa de libertad:

- Suspensión condicional de la pena.
- Aplicación de libertad vigilada en régimen de prueba.
- Multa.
- Arresto domiciliario.

- Prestación de trabajos o servicios al Estado o instituciones oficiales o semioficiales.
- Reparación de los daños causados.
- Asistencia obligatoria a centros de educación.
- Promesa, con fianza o sin ella, de observar buena conducta en un período.
- Amonestación o represión judicial administrativa, a puerta cerrada o en sesión pública.
- Obligación de comparecer durante un corto tiempo ante una autoridad determinada.
- El perdón judicial.
- La revocación temporal o definitiva del permiso de conducir.
- Prohibición de ausentarse del país durante un tiempo no mayor de seis meses, sin previa autorización judicial o administrativa.
- Obligación de someterse al ciudadano o asistencia a un servicio social con el fin de seguir un tratamiento como paciente externo durante cierto tiempo.

Otro referente en torno a las modalidades de medidas alternativas lo sugiere Prado Saldarriaga (2016, pp. 319-322), al indicar que los instrumentos internalizados como Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad o Reglas de Tokio, aprobadas por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1990, registraban, en su numeral 8.1, un amplio y variado catálogo de medidas alternativas, muchas de las cuales coexisten en los sistemas penales contemporáneos:

- Sanciones verbales, como la amonestación, la represión y la advertencia.
- Liberación condicional.
- Penas privativas de derechos o inhabilitaciones.
- Sanciones económicas y penas de dinero, como multas sobre los ingresos calculados por días.

- Incautación o confiscación.
- Mandamientos de restitución a la víctima o de indemnización.
- Suspensión de la sentencia o condena diferida.
- Régimen de prueba y vigilancia judicial.
- Imposición de servicios a la comunidad.
- Obligación de acudir regularmente a un centro determinado.
- Arresto domiciliario.
- Cualquier otro régimen que no entrañe internamiento.
- Alguna combinación de las sanciones precedentes.

4.1. MEDIDAS ALTERNATIVAS EN EL PERÚ

En cuanto al ordenamiento jurídico peruano, Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga (2011, pp. 353-360) explican que uno de los principales rasgos característicos del proceso de reforma penal que tuvo lugar en el Perú entre 1984 y 1991 fue la clara vocación despenalizadora que guio al legislador. Esta posición político criminal favoreció la inclusión sucesiva de nuevas medidas alternativas a la pena privativa de libertad, diferentes a la condena condicional.

En el vigente Código se incluyen cinco modalidades de medidas alternativas:

- Sustitución de penas privativas de libertad.⁷
- Conversión de penas privativas de libertad.⁸

7 García Caveró (2012) señala que «[l]a sustitución de penas es un subrogado penal que permite reemplazar la pena privativa de libertad por otra de distinta naturaleza que no suponga la privación de la libertad ambulatoria. El artículo 32 del Código Penal regula la sustitución de penas al disponer que el juez podrá imponer penas limitativas de derechos como sustitutivas a la pena privativa de libertad, cuando ésta no supere los cuatro años. El artículo 33 del Código Penal establece que esta sustitución se debe hacer conforme a las equivalencias previstas en el artículo 52 del Código Penal, a saber, siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres» (p. 863).

8 Musco y Fiandaca (2006) plantean lo siguiente: «Se rige por lo dispuesto en los artículos 52 al 54, [...]». Al igual que la sustitución de penas, es una medida que corresponde a

- Suspensión de la ejecución de la pena.
- Reserva de fallo condenatorio.⁹
- Exención de pena.

Puntualizan que las dos primeras substituyen la pena privativa de libertad por penas de otra índole, las dos siguientes son medidas de régimen de prueba y la tercera constituye el perdón judicial. De todas ellas, solo la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva de fallo condenatorio y la conversión de penas han sido aplicadas con regularidad y son de gran utilidad en la praxis judicial. Las otras dos no han sido aplicadas por factores relacionados, sobre todo, con su deficiente regulación legal.

4.2. PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD Y DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS

Como ya se mencionó líneas arriba, en el delito de omisión a la asistencia familiar, regulado en nuestro ordenamiento jurídico, el órgano jurisdiccional se encuentra facultado legalmente para aplicar, como pena alternativa a la pena privativa de libertad, la pena de prestación de servicios comunitarios de veinte a cincuenta y dos jornadas, sin que requiera efectuar el procedimiento de conversión de penas.

Cabe señalar que con la pena de prestación de servicios a la comunidad, también denominada en la legislación comparada pena de trabajo en beneficio de la comunidad (Mapelli, 2005, p. 224), no solo se evita la segregación del condenado, porque el trabajo es una importante fuente de relaciones sociales, sino que se estimula en él

las de reemplazo o conmutación. Consiste en conmutar la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia por una sanción de distinta naturaleza. La pena privativa de libertad puede ser convertida: en pena de multa, de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres» (p. 360).

- 9 Según Campana (2002): «exclusivamente a la Omisión de Asistencia en la modalidad de adeudo de pensiones alimenticias, y en la teoría que el agente no tenga ninguna otra acción de este tipo y haya realizado pagos parciales que demuestren su intención de cumplir con su obligación legal y natural, la procedencia de la reserva del fallo condenatorio será oportuna» (p. 131).

la solidaridad con los demás mediante una serie de ocupaciones, fundamentalmente en el campo de la asistencia social (función socio-pedagógica). No puede negársele al trabajo su capacidad resocializadora en una sociedad que gira en torno a la sociedad laboralmente activa y en la que se reconoce la desocupación como primera causa criminógena (Mapelli, 2005, pp. 224-225).

Ahora bien, surgen las siguientes inquietudes: a) ¿suele aplicarse la pena alternativa de prestación de servicios a la comunidad en el delito de omisión a la asistencia familiar?; b) ¿es favorable al bien jurídico protegido en este delito la sanción con pena privativa de libertad?

Respecto a la primera interrogante, la respuesta es negativa: hoy en día no es común la aplicación de pena alternativa de prestación de servicios a la comunidad en el delito de omisión de asistencia familiar. Entre las razones que pueden explicar dicho proceder en el sistema de justicia, es pertinente señalar las siguientes: i) falta de confianza en los efectos intimidatorios de prevención general negativa que pueda dejar de surtir la imposición de la pena de prestación de servicios a la comunidad; y ii) desconocimiento en los órganos fiscales y jurisdiccionales respecto a la naturaleza y los fines de la pena de prestación de servicios a la comunidad.

Para muestra de la inaplicación de la pena de prestación de servicios a la comunidad en el delito en mención, se tiene que de las resoluciones¹⁰ emitidas por la Primera y la Segunda Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, durante los años 2017 y 2018, al momento de emitir condena, se establecieron penas privativas de libertad efectivas y suspendidas.

En cuanto a la segunda interrogante, cabe anotar que, en atención a que el bien jurídico protegido por este delito guarda relación con la familia y los deberes de tipo asistencial, propugnándose el pago de pensiones alimentarias, la imposición de pena privativa de libertad al

10 Véanse los Expedientes n.ºs 5623-2015, 8212-2015, 9895-2013, 18545-2013, 16159-2914, 7217-2015, 20116-2014, 9905-2015, 13399-2014 y 17786-2014.

agente del delito de omisión de asistencia familiar no resulta un medio adecuado a efectos de salvaguardar el mencionado bien jurídico.

Cabe mencionar que si se trata de proteger el referido bien jurídico, se debe tener presente que dos aspectos importantes para el pago de las pensiones alimentarias son el monto adeudado (a mayor cantidad adeudada, se dificulta el cumplimiento del pago de la obligación alimentaria) y el tiempo (en los procesos de alimentos, suele ocurrir que la demora en el proceso causa el incremento del monto adeudado). Asimismo, hay que tener presente que si estamos frente a un caso en el cual el demandado no realizó los pagos porque carece de los recursos económicos necesarios, ello torna inviable el pago de la deuda alimentaria, terminándose de afectar así al alimentista.

En tal sentido, convendría que se atienda el problema, decididamente, ni bien se admita la demanda de alimentos; ello en beneficio tanto del alimentista como del demandado. Ahora bien, entre los problemas más frecuentes para un adecuado y oportuno encausamiento civil, se encuentra el consistente en que se dificulta la localización del demandado. Es indispensable que los auxiliares jurisdiccionales cumplan con la debida notificación del mismo, bajo responsabilidad, debiendo cursarse la notificación a todos los domicilios del procesado señalados en autos (hoja de datos personales, Ficha Reniec, Sunat, etc.). Además, es de considerarse la respectiva invocación al demandado vía edictos, con el apercibimiento de que, en caso de no concurrir, se ordenará su detención y será conducido bajo grado fuerza, y, de no apersonarse el demandado y dar respuesta a la demanda, se cursarán los oficios respectivos para su captura a nivel nacional e internacional, ordenándose su impedimento de salida del país y, posteriormente, el embargo de todos sus bienes y cuentas bancarias.

Si la imposición de pena privativa de libertad en el delito de omisión de asistencia familiar es efectiva, difícilmente dará lugar o ayudará a que el deudor alimentario cumpla con los respectivos pagos en salvaguarda del alimentista. Contrariamente, puede devenir en un mal mayor, entre otras razones, debido a que se aleja al condenado de su entorno familiar, se le estigmatiza y aísla de la sociedad, no pudiendo trabajar libremente, sin perjuicio del riesgo de reiteración delictiva.

Por ello, sugerimos que los fiscales y los jueces consideren seriamente la posibilidad de aplicar la pena alternativa de prestación de servicios a la comunidad en el delito de omisión a la asistencia familiar. Es cierto que la suspensión de la ejecución de la pena también posibilita que el condenado cumpla con sus obligaciones alimentarias en régimen de libertad y evita los efectos nocivos del encarcelamiento; sin embargo, no debe soslayarse que la condicionabilidad de la suspensión de la pena siempre se sujeta al cumplimiento de determinadas reglas de conducta, entre las cuales se suele incluir el cumplimiento del pago de la reparación civil; asimismo, se prevé un limitado período de prueba, lo cual puede dar lugar a una revocatoria inmediata de la suspensión de la pena o a que el condenado, al no realizar el pago de la reparación civil, que puede ser significativa, durante el lapso del período de prueba, igualmente sea recluido.

Entonces, la pena de prestación de servicios a la comunidad, que implica la realización de trabajos a favor de la sociedad, tiene mayor viabilidad no solo de hacer que el condenado se «reinserte» a la sociedad sin haberse apartado de ella, internalizando los valores de dedicación o esfuerzo y solidaridad implicados en el trabajo, sino también, principalmente, de hacer que cumpla con sus deberes de asistencia familiar al poder trabajar en condición de libertad ambulatoria y caiga en la convicción de la importancia del cumplimiento de su rol como progenitor con su prole, lo cual resulta importante para la protección del bien jurídico protegido que se pretende proteger en el delito de omisión de asistencia familiar.

5. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR

Finalmente, conviene hacer referencia a que cierto sector de la doctrina llega a cuestionar que la omisión de asistencia familiar o el incumplimiento de obligación alimentaria tenga relevancia penal. Así, Vara González (2016, p. 157) sostiene que la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria entre cónyuges separados o divorciados es de orden económico patrimonial, no alimenticia ni asistencial, por

lo que es constitucionalmente dudosa la opción de política legislativa consistente en reprimir su incumplimiento por vía penal.

Sin embargo, en el ordenamiento jurídico peruano, es la propia Constitución Política del Estado la que prevé la criminalización de la omisión de asistencia familiar al señalar, en el literal c del numeral 2 de su artículo 24, que el principio de la inexistencia de prisión por deudas no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.

En tal sentido, es de recibo la justificación de la criminalización de la omisión de asistencia familiar efectuada por Torres (2010, p. 24), quien apuntó que otros campos del ordenamiento jurídico han mostrado su ineficiencia para otorgar verdadera protección a los alimentistas y, por otro lado, se confunde la verdadera naturaleza de esta obligación que es distinta a las deudas, las cuales son esencialmente patrimoniales. Entre las características del derecho alimentario se destaca el ser irrenunciable, intransmisible, intransigible, inembargable, imprescriptible, etc., pero sobre todo es de orden público y personalísimo. De este modo, se desvirtúan los cuestionamientos de aquellos que objetan su criminalización alegando que se trata de un supuesto de prisión por deudas.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El constante incremento de penas conminadas para delitos, con el subsecuente pretendido efecto de prevención general negativa, sin que se aborde y se haga frente, debidamente, a los problemas sociales que subyacen antes y tras el delito, ocasionará, entre otros problemas, una agudización del hacinamiento en los centros penitenciarios.

Con la pena de prestación de servicios a la comunidad, no solo se evita la segregación del condenado, porque el trabajo es una importante fuente de relaciones sociales, sino que se estimula en él la solidaridad con los demás mediante una serie de ocupaciones, fundamentalmente en el campo de la asistencia social (función socioeducativa).

Los órganos jurisdiccionales no suelen aplicar la pena de prestación de servicios a la comunidad a los condenados por el delito de omisión a la asistencia familiar.

La imposición de pena privativa de libertad en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria puede no llegar a resultar favorable para la protección del bien jurídico protegido en el delito, el cual guarda relación con la familia y los deberes de tipo asistencial, propugnándose el pago de pensiones alimentarias.

Por estos motivos, los fiscales y los jueces deben considerar seriamente la posibilidad de aplicar la pena alternativa de prestación de servicios a la comunidad en el delito de omisión a la asistencia familiar. De otro lado, deben realizarse jornadas de capacitación para los operadores de justicia en torno al sentido, la naturaleza y los fines de la pena de prestación de servicios a la comunidad.

REFERENCIAS

- Calderón, Á., & Choclán, J. A. (1999). *Derecho penal. Parte general. Tomo 1*. Bosch.
- Campana, M. (2002). *El delito de omisión a la asistencia familiar*. Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Choclán, J. A. (1997). *Individualización judicial de la pena*. Editorial Constitución y Leyes (Colex).
- Comisión de Magistrados del Pleno Jurisdiccional Penal. (1998). Acuerdo Plenario del Pleno Jurisdiccional Penal Nacional [Ica: 14 de noviembre de 1998]. En Poder Judicial, *Plenos Jurisdiccionales* (pp. [8-14]). Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/186b8a8046d47648a3fba344013c2be7/Presentacion_plenosj+C+6.+5.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=186b8a8046d47648a3fba344013c2be7
- Congreso de la República. (1962). *Ley n.º 13906*. Lima: 24 de enero de 1962. <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/13906-jan-24-1962.pdf>

- Corte Superior de Justicia de Huancavelica. (2008). *I Pleno Jurisdiccional Distrital Penal*. Huancavelica: 23 de octubre de 2008. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/88999b804592e91888a0ce7db27bf086/6.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=88999b804592e91888a0ce7db27bf086>
- García Cavero, P. (2012). *Derecho penal. Parte general* (2.^a ed.). Jurista Editores.
- Hans, W. (1956). *Derecho penal. Parte general*. Roque de Palma Editor.
- Hurtado Pozo, J., & Prado Saldarriaga, V. (2011). *Manual de derecho penal. Parte general. Tomo II* (4.^a ed.). Idemsa.
- Instituto Nacional Penitenciario (INPE). (2018). *Informe Estadístico Penitenciario*. <https://www.inpe.gob.pe/documentos/estad%C3%ADstica/2018/657-febrero2018/file.html>
- Mapelli, B. (2005). *Las consecuencias jurídicas del delito* (4.^a ed.). Thomson Civitas.
- Ministerio de Justicia. (2020). *Código Penal. Decreto Legislativo n.º 635. El Peruano*. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/07/C%C3%B3digo-Penal-31.7.2020-LP.pdf>
- Musco, E., & Fiandaca, G. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Temis.
- Naciones Unidas. (1960). *Nuevos tipos de delincuencia de menores: su origen, prevención y tratamiento. Informe de la secretaria*. Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Londres: 8-20 agosto de 1960. https://www.unodc.org/documents/congress/Previous_Congresses/2nd_Congress_1960/017_ACONF.17.7_New_Forms_of_Juvenile_Delinquency_S.pdf
- Prado Saldarriaga, V. (2016). *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Idemsa.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Thomson Civitas.

- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2016). *Sentencia de Casación n.º 131-2014-Arequipa*. Lima: 20 de enero de 2016. <https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/CasN131-2014.pdf>
- Sala Segunda del Tribunal Constitucional. (2009). *Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente n.º 174-2009-PHC/TC*. Lima: 6 de abril de 2009. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00174-2009-HC.pdf>
- Torres, E. (2010). *El delito de omisión a la asistencia familiar*. Idemsa.
- Vara González, J. M. (2016). Prisión por deudas: Inconstitucionalidad del delito de Impago de Pensión Compensatoria. *Revista de Derecho Civil*, 3(4), 151-157. <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/228>